

revista

Justicia  
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO  
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR  
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

# REVISTA

## Justicia Laboral

### CONSEJO ASESOR

**Jesús Cruz Villalón** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CÁDIZ.

**Javier Gárate Castro** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

DE COMPOSTELA. **Joaquín García Murcia** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO.

UNIVERSIDAD DE OVIEDO. **José María Goerlich Peset** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL

TRABAJO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **José Luis Goñi Sein** CATEDRÁTICO DE DERECHO

DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA. **Julia López López** CATEDRÁTICA DE

DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA. **Lourdes Martín Flórez** URÍA &

MENÉNDEZ. ABOGADOS. **José Luis Monereo Pérez** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO.

UNIVERSIDAD DE GRANADA. **Jesús R. Mercader Uguina** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL

TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA. **María del Carmen Ortiz Lallana** CATEDRÁTICA DE

DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. **Luis Enrique de la Villa Gil** CATEDRÁTICO

DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. ABOGADO.

### DIRECTOR

#### **Ignacio García-Perrote Escartín**

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE URÍA & MENÉNDEZ. ABOGADOS.

### SECRETARÍA TÉCNICA

#### **Jesús R. Mercader Uguina**

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

© LEX NOVA 2002

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

## Sumario:

### EDITORIAL:

- [5] **La doctrina constitucional sobre la “mal” llamada prueba de indicios: pronunciamientos recientes sobre una cuestión clásica**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
JESÚS R. MERCADER UGUINA

### DOCTRINA:

- [13] **La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)**

LUIS PÉREZ CAPITÁN

- [37] **El objeto de la protección por desempleo tras el Real Decreto-Ley 5/2002: la involuntariedad en la situación de desempleo**

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO

- [47] **La nueva regulación de la jubilación parcial (un nuevo paso en el acceso gradual a la jubilación)**

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### [299] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Editorial

## LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA “MAL” LLAMADA PRUEBA DE INDICIOS: PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES SOBRE UNA CUESTIÓN CLÁSICA

En todo proceso de despido, el análisis y decisión sobre el fondo parte siempre de la previa invocación formal de una causa, pues en caso contrario la calificación ha de ser necesariamente de nulidad. Es dicha causa la que delimita el contenido del proceso y sobre la que debe recaer la prueba. De este modo, si la invocación se ha efectuado, y se ha hecho con los debidos requisitos de forma, carece de trascendencia la eventual discordancia entre causa aparente (invocada) y causa oculta pero real. No habiéndose probado la causa invocada, tanto da que ello se deba a insuficiencia del material probatorio en relación a la causa real invocada, como a la inexistencia de dicha causa, que demostraría la existencia de una causa real oculta, puesto que en ambos casos la consecuencia ha de ser la misma –improcedencia–, y no resulta posible declarar la causa real para tratar de extraer de ella unas consecuencias determinadas. La situación cambia en el supuesto de vulneración de derechos fundamentales del trabajador, en este caso, la discordancia entre causa invocada y causa real asume, relevancia a los efectos de prueba de ésta segunda y de la correspondiente calificación y efectos.

En estos casos, la posibilidad de valoración de la causa real requiere haber sido alegada por el trabajador en la demanda. Producida ésta, surge la necesidad de demostración de los hechos en que se funda, y es aquí donde jurisprudencia y legislación procesal articulan un específico sistema de prueba, consistente en la prueba de presunciones, ajustado a la situación procesal planteada en la que la causa real, precisamente por ser oculta, es de una difícil demostración. Lo que no excluye, por supuesto, que en ocasiones la presunción pueda ser innecesaria por haberse probado directamente la causa.

Como toda presunción, ésta precisa para su existencia de la prueba de la afirmación sobre la que se construye, que deberá realizarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho. Sustentada esta afirmación –indicio–, la presunción consiste en la extracción por el juez de otras afirmaciones que se declaran probadas. Por lo que respecta al supuesto del que hablamos, y procurando evitar la confusión frecuente entre hechos y significado jurídico o entre prueba y valoración jurídica, compete al demandante la prueba de los hechos que afirma, deduciéndose en virtud de la presunción el hecho que fundamenta la resolución: la causa del despido.

En la jurisprudencia, el tema se expresa con una claridad que ha quedado ya acuñada como fórmula al señalarse que no basta la mera alegación de la vulneración de derechos fundamentales, sino que es preciso acreditar la existencia de “indicios racionales” de tal vulneración. Como es obvio, no se trata de que la alegación sea irrelevante, pues mediante ella se introduce la cuestión en el proceso. De lo que se trata es de que la decisión judicial sólo puede fundarse sobre la prueba practicada, y ésta, que ha de recaer sobre la causa, puede generarse sobre una presunción que requiere, en todo caso, partir de la prueba ordinaria de los hechos en que se sustenta. A partir de entonces corresponde al empresario demandado la aportación y prueba de los hechos que impidan la actuación de la presunción, bien sea porque destruya la acreditación de tales hechos, bien porque pruebe la existencia de otros que imposibiliten la obtención de la presunción.

La lógica de este esquema es precisa y sus consecuencias evidentes. La mera alegación o la prueba de los hechos generadores de la presunción no sitúan al juez ante la exclusiva alternativa de la calificación de procedencia –si se prueba la causa invocada– o nulidad del despido, porque, en virtud de la posibilidad siempre existente del despido sin causa, es preciso la prueba de la causa consistente en vulneración de derechos fundamentales para que la nulidad pueda ser declarada. Destruída la presunción mediante la demostración de la inexistencia de dicha causa, la causa real del despido vuelve a ser irrelevante.

En los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de enfrentarse con distintos perfiles de la anterior cuestión.

En primer lugar, la STC 14/2002, de 28 de enero, resolvió la controversia planteada por un trabajador afiliado al sindicato UGT que reprochaba a su empresa que el despido efectuado obedecía a móviles antisindicales. Apoyaba el recurrente en amparo dicha afirmación en el hecho de que la empresa había venido teniendo un trato discriminatorio con trabajadores de UGT y, en concreto, con el actor, que no aparecía en el organigrama de la dirección, ni había sido llamado a las reuniones con los mandos intermedios cuando con anterioridad sí venía siendo convocado a ellas. El Juzgado de lo Social consideró acreditados los indicios de discriminación al no haberse probado por la empresa razón objetiva alguna de las medidas adoptadas, y declaró consiguientemente nulo el despido del ahora demandante de amparo. Recurrida en suplicación la Sentencia dictada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, después de revisar los hechos declarados probados por la Sentencia de instancia, consideró que los indicios aportados no tenían la entidad suficiente para justificar “la utilización de una técnica de defensa del orden público constitucional cuando no existen ni siquiera visos de que el litigio presente lo comprometa”, por lo que procedió a revocar la declaración de nulidad.

El Tribunal Constitucional desestima el amparo solicitado después de repasar la doctrina ya conocida sobre la necesidad de aportar una “prueba verosímil” (STC 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5) o “principio de prueba” revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales (por todas, STC 214/2001, de 29 de octu-

bre, FJ 4). A tal fin, considera que para que se invierta la carga de la prueba no basta con que el trabajador despedido tenga afiliación sindical conocida, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. Igualmente, la falta de cita o la cita defectuosa en el organigrama de la dirección de la empresa un año concreto es considerado un hecho marginal, desde el cual, considera la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, “no puede arrancar una discriminación por razón de afiliación sindical”. Igualmente, se entiende en dicha resolución judicial que resulta irrelevante que en una empresa de gran dimensión no se convoque a un trabajador determinado a las reuniones de mandos intermedios, al ser posible que tal omisión obedezca a una “multitud de circunstancias”. De lo anterior, entiende el Tribunal, no es posible deducir la existencia del hecho a probar: en este caso, la existencia de un indicio o principio en el que basar la presunción de vulneración del derecho de libertad sindical alegado por el recurrente en amparo. El resultado es, pues, que, no habiéndose aportado indicios suficientes de la vulneración constitucional, no se produce la inversión de la carga de la prueba, de modo que el demandado venga obligado a probar la inexistencia del propósito lesivo del derecho fundamental.

Finalmente, se analiza, una vez más, la cuestión relativa a la relevancia constitucional que pudiera tener el carácter inmotivado del despido, tal y como demuestra la declaración de su improcedencia, al no apreciarse motivo objetivo alguno que justificase la forma de actuar empresarial. A tal efecto, recuerda el pronunciamiento aquí analizado que, tanto la STC 21/1992, de 14 de febrero, FJ 5, como la STC 135/1990, de 19 de julio, FJ 4, declararon que el hecho de que “el acto extintivo fuera improcedente no implica que, además, fuera discriminatorio”. De ello debe deducirse, añade, que “ni la declaración de procedencia del despido permite descartar que éste sea lesivo de derechos fundamentales, ni tampoco de la declaración de su improcedencia se deriva automáticamente dicha lesión”.

De gran interés fue el supuesto enjuiciado en las SSTC 29/2002 y 30/2002, ambas de 11 de febrero. Las demandantes de amparo venían prestando servicios para la Agencia EFE, S.A., con una beca primero y con un contrato de trabajo en prácticas después. El contrato se fue prorrogando sucesivamente hasta que la empresa le comunicó su extinción por cumplimiento del plazo máximo legalmente establecido. Las actoras tuvieron una participación sindical activa en su empresa, como lo demuestra el hecho de que en el primero de los pronunciamientos la demandante de amparo era miembro del Comité de empresa, elegida en la lista de CC OO, y como tal participó en las negociaciones del nuevo convenio y, en el segundo, la actora, que se encontraba afiliada a las CC OO, denunció durante la vigencia de su contrato ante el Comité de Empresa al Jefe de servicio por problemas ligados a su jornada laboral, perdiendo como consecuencia de ello el sistema de turnos y un plus, que luego le fue restituido, conflicto que provocó la paralización de las negociaciones del convenio.

En ambos casos, los recurrentes en amparo demandaron por despido, estimándose su demanda por discriminación sindical en instancia, siendo revocada la misma por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, tanto en uno como en otro, rechazó que la extinción del contrato de trabajo en prácticas pueda calificarse de despi-

do nulo por discriminación sindical, toda vez que la empresa esgrimió un motivo razonable para justificar la finalización del vínculo (cumplimiento del plazo máximo del contrato), entrando la decisión sucesiva de no contratación por tiempo indefinido dentro del ámbito de organización interna de la Agencia EFE, S.A. Contra dicha resolución se presentaron sendos recursos de amparo en los que se sostiene, frente a la posición judicial, que se aportaron sólidos indicios de la discriminación sindical denunciada, habida cuenta de que la actora fue la única trabajadora en prácticas que no fue contratada por tiempo indefinido al vencimiento del contrato formativo.

El Tribunal considera que la correlación y proximidad temporal de los diferentes hechos (SSTC 87/1998, de 21 de abril, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 5; 214/2001, FJ 6), la conflictividad previa (STC 90/1997, FJ 6), y el diferente trato en la contratación por tiempo indefinido una vez vencido el contrato temporal previo (recientemente, STC 80/2001, de 26 de marzo), eran factores que sometían la actuación empresarial a la sospecha vehemente de una posible vulneración de la libertad sindical de la recurrente. Por ello, existente dicho principio de prueba o apariencia verosímil de la vulneración de derechos fundamentales —aquí de la libertad sindical—, esa carga probatoria correspondía al empresario incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, como era el caso, y que no precisan por tanto ser motivadas, ya que, entiende el Tribunal, que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del trabajador.

Por todo ello, considera el Tribunal, en los pronunciamientos analizados no puede reputarse suficiente el dato “de que en el plano de la legalidad ordinaria la extinción de un contrato de trabajo temporal por la llegada de su término final opera como causa de finalización de la relación laboral [art. 49.1.c) LET] o que su renovación o conversión en otro por tiempo indefinido no resulta en principio obligada, perteneciendo esa medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador”. Por el contrario, concurrente un panorama como el descrito, “era exigible una justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada, esto es, la genérica capacidad organizativa y la libre determinación de la Agencia EFE, S.A., en el ámbito de la contratación. La libertad de contratación presenta aquí una clara dimensión constitucional, pues encuentra un límite infranqueable en el derecho fundamental a la libertad sindical: los poderes empresariales, como se recordó anteriormente, se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido la utilización lesiva de éstos” (FJ 7).

En definitiva, la genérica explicación de la empresa resulta insuficiente, pues no acredita *ad casum* que existiese alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión de postergar a la trabajadora respecto de los demás contratados en prácticas cuya

vinculación contractual también había finalizado, ni excluyó, por tanto, que su decisión fuese ajena a todo propósito discriminatorio. Estas conclusiones conducen, en ambos pronunciamientos, a la estimación del amparo solicitado por vulnerar el derecho fundamental protegido por el art. 28.1 CE.

Por su parte, la STC 41/2002, de 25 de febrero, contempla un caso en el que una trabajadora embarazada es despedida pero el empresario desconoce tal circunstancia. En la demanda, la trabajadora alegaba discriminación por razón de embarazo y sostenía que el despido era la culminación de uno anterior llevado a cabo al poco tiempo de haberse reincorporado a la empresa tras una baja maternal, pero que se frustró gracias a la intervención de los Sindicatos que consiguieron que la empresa creara un nuevo puesto para mantenerla en la empresa. Para abordar este problema, el TC reitera las reglas del juego de la carga de la prueba cuando se alega que un despido encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador.

Sobre esta base, el TC señala que la existencia de un despido anterior tras la reincorporación de la trabajadora de una baja maternal y posterior readmisión en un nuevo puesto de trabajo creado *ad hoc* como consecuencia de la presión sindical, no puede aducirse como indicio del carácter discriminatorio del segundo despido, que es el que ahora se discute. Y aunque admite que cuando la Sentencia de instancia reconoce que tales circunstancias parecen en principio constitutivas de un “indicio racional de que pudiera existir discriminación en el despido de la actora”, precisa que tal referencia debe entenderse hecha al primer despido acaecido cuando la empresa tenía conocimiento previo del embarazo de la trabajadora y de su permiso maternal, pero no así respecto del segundo. Por ello, no sólo niega que este indicio sea suficiente, sino que, además, entiende que queda desvirtuado cuando lo que se pretende es que el segundo despido se declare nulo por razón de embarazo pese a que la empresa no conoce tal estado de gestación, pues, en este caso, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia. El TC, en consecuencia, no entiende procedente realizar una interpretación global de los hechos acaecidos, ni entiende como circunstancia relevante el hecho de que constara como probado que el desconocimiento empresarial fue consecuencia directa de una consciente voluntad de la trabajadora por temor a una nueva reacción negativa empresarial, haciendo uso de su derecho a la intimidad pues éste no fue en ningún caso alegado en el procedimiento judicial ni en la demanda de amparo. En este punto parece alejarse de la reciente Sentencia del TSJCE de 4 de octubre de 2001, caso Tele Danmak A/S, en la que se declara que la ocultación del estado de embarazo pertenece al ámbito de intimidad de la mujer trabajadora, en tanto no decida en otro sentido para activar determinadas protecciones legales cuando su estado no es notorio, sin que pueda entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad susceptible de justificar por sí mismo la decisión extintiva.

La falta de un panorama indiciario suficiente lleva al Tribunal a concluir que tampoco cabe apreciar vulneración alguna en la distribución de la carga de la prueba pues, en tal caso, el órgano judicial no tiene obligación de proceder a la inversión de la carga de la prueba de modo que la empresa demandada venga obligada a probar la inexistencia del

propósito lesivo del derecho fundamental. Sin que pueda tampoco afirmarse que la declaración de improcedencia del despido (al no apreciarse motivo objetivo alguno que justifique la amortización pretendida), aboque siempre a su nulidad habida cuenta de que de la improcedencia no se deriva automáticamente la vulneración de derechos fundamentales (STC 21/1992, de 14 de febrero, FJ 5, y de la STC 135/1990, de 19 de julio, FJ 4).

Con posterioridad, la STC 84/2002, de 22 de abril, conoció de la demanda de amparo presentada por dos trabajadores, miembros del sindicato CC OO, que consideraron vulnerado su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Se reclamaba por los recurrentes en amparo que se les reintegrara en todas las funciones y responsabilidades propias de su cargo de jefes de zona de las que había sido privados. Los mismos alegaban distintos hechos que, a su juicio, debían justificar la referida declaración de antisindicalidad.

Con cita de doctrina constante del Tribunal Constitucional, entra a valorar si los recurrentes han aportado una “prueba verosímil” (STC 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5) o “principio de prueba” revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales o de una quiebra del derecho fundamental de que se trate (por todas, SSTC 214/2001, de 29 de octubre, FJ 4, y 14/2002, de 28 de enero, FJ 4). El Tribunal concluye de “la correlación y proximidad temporal de las anteriores circunstancias que se han venido sucediendo sin solución de continuidad (SSTC 87/1998, de 21 de abril, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 5; 214/2001, de 29 de octubre, FJ 6), la conflictividad previa (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 6) y el clima de confrontación preexistente, así como el dato de que la reunificación de oficinas llevara aparejado un cambio de funciones, sin que ningún órgano competente así lo hubiese declarado imponiéndose el mismo por vía de hecho”, la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos que someten la actuación empresarial a la sospecha vehemente de una posible vulneración de la libertad sindical de la recurrente al convertir los anteriores hechos en indicios racionales de la lesión alegada.

Alcanzada la anterior conclusión, y con arreglo a la doctrina constitucional, correspondía a la empresa la carga de probar que sus decisiones se basaban en causas reales, serias y suficientes para destruir la apariencia de discriminación creada por los trabajadores. El Tribunal concluye estimando el amparo solicitado al entender que “la libertad de organización empresarial presenta aquí una clara dimensión constitucional, pues encuentra un límite infranqueable en el derecho fundamental a la libertad sindical: los poderes empresariales, como se recordó anteriormente, se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido la utilización lesiva de éstos (STC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 7). En definitiva, no existió en la actuación procesal de la demandada ninguna actividad probatoria tendente a demostrar que la decisión de modificar o suspender las funciones que hasta la fecha venían desarrollando los demandantes de amparo tenía como causa un motivo justificado, obje-

tivo y razonable; puesto que esa invocada reestructuración de oficinas no derivó de ningún acuerdo previo ni de ningún programa dirigido a buscar una mayor eficacia en la gestión recaudatoria, con lo que puede establecerse indiciariamente entre la actividad sindical de los recurrentes y la modificación de sus funciones una relación de causa a efecto. Correspondía, por todo ello, al Organismo Provincial de Asistencia Económica y Social justificar suficientemente los motivos de autoorganización en que se fundó una medida que, como la adoptada, aparece desprovista de otro fin conocido que el de limitar el ejercicio del derecho a la libertad sindical”.

Finalmente, en la misma línea cabe situar la STC 114/2002, de 20 de mayo, Sala Primera. En ella se resuelve la demanda de amparo planteada por un funcionario de la Diputación Provincial de Burgos en la que se alegaba que dicho organismo utilizó con fines antisindicales el periodo que transcurrió entre la celebración de elecciones sindicales y la constitución de la nueva Junta de Personal, periodo en el que el funcionario había cesado en su cargo de representante sindical, para decidir un cambio de adscripción del puesto de trabajo, cambio que tenía como destino, además, un consorcio (el citado Patronato de Turismo) no integrado en la estructura de dicha organización jurídico pública, con lo que, a juicio del recurrente, se culminaba un largo proceso de varios años de discriminación de este funcionario por razón de su actividad sindical. Concluye el Tribunal, que “el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios no modifica la exigencia de esa carga probatoria por parte de la Diputación Provincial, a la que la Administración debe atender ‘incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales’, aunque se aceptara que aquéllas no precisaran ‘ser motivadas, ya que como hemos declarado, ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales’ del funcionario (STC 84/2002, de 22 de abril, FJ 6)” [FJ 7].

**IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**  
**JESÚS R. MERCADER UGUINA**



# La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)

**LUIS PÉREZ CAPITÁN**

Director Territorial-Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra, Profesor asociado de la Universidad Pública de Navarra

## Sumario:

1. Introducción. 2. El régimen de responsabilidades empresariales del artículo 42.3, párrafo primero, de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social: fundamento, antecedentes. Críticas al mecanismo de la responsabilidad solidaria. 3. El concepto de empresario principal. 4. Los requisitos de la responsabilidad ex artículo 42.3 de la LISOS. A) La infracción ha debido haber acaecido en el centro de trabajo de la empresa principal. B) La infracción ha de cometerse durante la vigencia de la contrata. C) Las empresas principal o comitente y contratada o subcontratada han de concurrir en la misma actividad. D) Un supuesto especial: el promotor. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La exteriorización del trabajo, la denominada algo pedantemente “descentralización productiva” y su numerosa tipología<sup>1</sup>, plantea problemas jurídicos de toda índole en el

(1) Existen numerosas estrategias empresariales, disminuyendo o no aumentando la plantilla, pero procurando alcanzar el objetivo productivo final. En algunos casos, las empresas “(...) conciertan la realización de todas o algunas fases de su ciclo de producción, bien con otras empresas que aportan su propia plantilla de trabajadores asalariados, bien con trabajadores autónomos que cumplimentan directamente el encargo (a través de contratos civiles y mercantiles típicos –contrato de empresa o arrendamiento de servicios– o atípicos –franquicia, factoring, marchandasing, engineering, contrato de logística, contrato de transporte, y supuestos próximos al contrato de suministro–). En otros, se efectúan “estrategias de filialización que permiten a la empresa principal exteriorizar la actividad pero, al mismo tiempo, mantener el control”, constituyéndose empresas de grandes dimensiones integradas por toda una “miríada de empresas menores”, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas”, *Revista de Derecho Social*,

ámbito del Derecho Social con el fin de evitar el claro riesgo de que tal forma de organización del tejido económico suponga una significativa aminoración de los derechos de los trabajadores adscritos a empresas cuya capacidad de decisión respecto a sus propias estrategias productivas es totalmente dependiente de otras entidades. En estos supuestos, el operario, a pesar de prestar sus servicios a la empresa con la cual está vinculado laboralmente, cumple con su prestación el objetivo productivo de la empresa que podríamos denominar principal, estando total o parcialmente afecto tanto en sus condiciones de trabajo como en el desarrollo de su prestación personal por las decisiones de ésta.

Para evitar que el fenómeno de la subcontratación se convierta en un método de exención de las obligaciones impuestas en la órbita del Derecho Social, el legislador ha puesto en marcha una serie de mecanismos que imponen a la empresa principal una serie de obligaciones, y, por ende, de responsabilidades de muy distinto orden a fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores de la empresa contratada/subcontratada. El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores fue durante mucho tiempo el eje principal de tal régimen de responsabilidades de la empresa principal en lo que concierne a obligaciones salariales y también de Seguridad Social<sup>2</sup>.

Pero tal sistema de salvaguarda no es el único. Nos trae a esta Ponencia la exposición y análisis de la regulación de las responsabilidades que el Derecho Sancionador establece en materia de Prevención de Riesgos Laborales en los supuestos de contratación/subcontratación.

## **2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES DEL ARTÍCULO 42.3, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL: FUNDAMENTO, ANTECEDENTES. CRÍTICAS AL MECANISMO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

El respeto a los principios constitucionales que giran sobre el Derecho Sancionador, y consecuentemente sobre el Derecho Sancionador Administrativo Laboral –legalidad, tipicidad, imputabilidad–<sup>3</sup> obliga a la determinación de los sujetos que pueden ser afectados por el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador. La pieza clave del

número 15, pág. 112. Sobre las razones de la subcontratación en el sector de la construcción *conferre* GONZÁLEZ, M., ARRUÑADA, B. y FERNÁNDEZ, A., “La decisión de subcontratar: el caso de las empresas constructoras”, *Investigaciones económicas*, vol. XXI, 1997, pp. 501 a 521.

(2) Acompañado en este campo de la regulación de la Ley General de la Seguridad Social –artículos 104.1 y 127.1– y de los artículos 10.3 y 12.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, con sus sucesivas modificaciones. En esta materia pueden consultarse entre otros, PÉREZ CAPITÁN, L., “La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas”, *Revista de Derecho Social*, número 5, pp. 159 a 180. En general, SALINAS MOLINA, F., “Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora”, *Revista de Derecho Social*, número 5, pp. 21 a 47.

(3) CRUZ VILLALÓN, J., “Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social”, *Justicia Laboral*, número extraordinario 2001 con Comentarios al Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, pp. 5 a 37.

## La responsabilidad administrativa en las contrata y subcontratas

Derecho Sancionador Administrativo en el Orden Social, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8) determina en sus artículos 2º y 42 los posibles sujetos responsables por incurrir en los tipos contenidos en la misma. En relación a los supuestos de responsabilidad ante situaciones de contrata y subcontrata es el párrafo primero del número 3 del citado artículo 42 el que establece la regulación aplicable:

“3. La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.”

La justificación de la imposición de esta responsabilidad a fin de evitar que la descentralización productiva se convierta en un sistema empresarial de evasión de la normativa preventiva ha sido advertida claramente por la doctrina<sup>4</sup>. Es natural “que haya de imponerse una mayor carga obligatoria sobre aquel empresario que, por ostentar su titularidad, está en mejores condiciones de controlarlo y tomar decisiones sobre el mismo”<sup>5</sup>.

El fundamento jurídico de esta responsabilidad de la empresa principal respecto de las infracciones que afectan a los trabajadores de las empresas contratistas es desarrollado con nitidez y con argumentos aun válidos por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de junio de 1996 (RJCA, 1996, 717), al comentar el artículo 40 de la antigua Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 7 de abril de 1988:

(4) “La exigencia así de que la contrata y subcontrata tengan lugar sobre la propia actividad de las empresas trata de hacer frente a las tendencias de externalización de la producción, de forma que la responsabilidad corresponde, en todo caso, al empresario que opta por acudir a este modo de explotación particular, ya que es beneficiario de la actividad realizada por otros trabajadores en un ámbito sobre el que tiene una particular posición de dominio sobre los riesgos y sobre las empresas con las que contrata. Se trata, en definitiva, de evitar que la transferencia económica lleve aparejada una transferencia de la responsabilidad en materia preventiva, debiendo asegurar, en última instancia, la protección de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, pues eso es lo que se desprende para estos trabajadores que cuentan con el refuerzo del mecanismo jurídico de la responsabilidad solidaria”, SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M. y *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, 2ª edición, 1998, p. 189.

(5) IGARTUA MIRÓ, M. T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 145 y 146.

**LA IMPUTACIÓN SE BASA  
EN LA ATRIBUCIÓN DE UNA  
RESPONSABILIDAD  
IN VIGILANDO POR  
EL INCUMPLIMIENTO DEL  
DEBER EMPRESARIAL  
DE ACTUAR CON LA DEBIDA  
DILIGENCIA EN  
EL CUMPLIMIENTO DE  
LAS OBLIGACIONES QUE  
IMPONE LA LEGISLACIÓN  
EN MATERIA DE SALUD  
LABORAL**

“Quinto.– (...) Pudiera parecer que la responsabilidad de la empresa principal tiene un carácter de responsabilidad objetiva, vedada en el derecho sancionador, mas estamos ante un incumplimiento del deber de diligencia del contratista principal respecto de aquellas empresas con las que subcontrata. Tal responsabilidad se atribuye cuando aun existiendo un sujeto responsable de la infracción existe otro sujeto que legalmente tenga el deber de haber prevenido la infracción cometida. (...) La necesidad de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo o de prevención de riesgos laborales configura un deber de diligencia o de cuidado para todos los operadores empresariales. Caso de no materializarse aquel deber la conducta se reprocha no sólo al productor directo sino también al indirecto. Al causante directo por haber incumplido personalmente las obligaciones establecidas por la normativa laboral mientras al contratista principal por haber incumplido el deber de vigilancia garantizando el trabajo sin riesgos objetivos.”

No estamos frente a la responsabilidad objetiva aducida por los empresarios principales recurrentes frente a la imputación de su responsabilidad. El fundamento teórico, la justificación de la imputación de la responsabilidad, se basa en la atribución de la “responsabilidad *in vigilando*”, la “culpa *in vigilando*”<sup>6</sup> a través del incumplimiento del deber empresarial de actuar con la debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la legislación vigente en materia de Seguridad y Salud laboral<sup>7</sup>.

Pese a las interpretaciones que se han vertido sobre este precepto, a las que más tarde haremos referencia, y el artículo a que éste se remite, el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como identificador de lo que ha de entenderse como empresario principal, la norma impone con claridad la responsabilidad solidaria<sup>8</sup> y no directa del empresario principal. Tal especie de responsabilidad no es una primicia propia de la Ley de Infracciones y Sanciones de 4 de agosto de 2000, sino que deviene de la regulación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 en precepto de igual número y distinto apartado, el 2º, y que fue, como no podía ser de otra forma, trasladada incólume al nuevo Texto Refundido. Con su regulación, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales volvió a la imputación normativa de una variante de la responsabilidad en los supuestos contrata y subcontrata que había sido tradicional en

(6) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de junio de 1996 (RJCA, 1996, 798) Fundamento de Derecho V. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de diciembre de 1999 (RJCA 1997, 2903), Fundamento de Derecho II.

(7) La teorización de la “culpa *in vigilando*” como fundamento de la responsabilidad administrativa del empresario es admitida por numerosas Sentencias del orden contencioso-administrativo. Véanse únicamente a título de ejemplo: Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo, 2 de julio y 14 de octubre de 1996 (RJ 1996, 4496, 5605 y 7528) y 25 de febrero del 2000 (RJCA 2000, 166); Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de marzo de 1997 (RJCA 1997, 1694); Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de junio de 1996 (RJCA 1996, 2312); Madrid de 21 de septiembre de 1996 (RJCA 1996, 1154) y 27 de febrero de 1997 (RJCA 1997, 342).

(8) Entendemos por responsabilidad solidaria con NIETO: Aquella en que “cada uno de los sujetos responsables lo es, frente a la Administración por el importe total de la sanción, sin perjuicio de que luego, en sus relaciones internas, pueda exigirse participación en lo ya pagado por uno de ellos. Pero lo que en todo caso queda claro es que el pago realizado por un responsable libera a todos los demás.”, NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 328.

## La responsabilidad administrativa en las contrata y subcontratas

nuestro Derecho Sancionador Administrativo y que gozaba como antecedentes inmediatos del artículo 153, párrafo segundo, de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971<sup>9</sup> y del artículo 2.3 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio, sobre procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones por infracción de las leyes sociales<sup>10</sup>, añadiendo, empero, un elemento de cualificación del empresario principal para ser considerado responsable que no aparecía en los textos citados, la coincidencia en la actividad. Requisito originado en la regulación establecida en materia de responsabilidad en los supuestos de contrata y subcontratas por el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>11</sup>.

El párrafo segundo del artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, origen del actualmente vigente 42.3 LISOS, modificó los criterios de responsabilidad que en materia de subcontratación establecía la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 7 de abril de 1988 en el párrafo segundo del artículo 40. Este precepto establecía frente a la responsabilidad solidaria del antiguo 153 OGSHT la responsabilidad directa<sup>12</sup> del empresario principal:

“Los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo el empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista.”

Reflexionar sobre el sentido del artículo 40 de la antigua LISOS, no es baladí, si advertimos que uno de los puntos de crítica que levantó la LPRL es la sustitución del mecanismo de responsabilidad de aquél, considerado por un sector de la doctrina como de “indudable sentido social”<sup>13</sup> y útil en cuanto que “la forma de resolver el reparto de responsabi-

(9) “La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza respecto a los trabajadoras que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal.”

(10) “En todo caso, la empresa principal será solidariamente responsable con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones salariales, de la Seguridad Social y de las condiciones de Seguridad e Higiene en el trabajo, con respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal.”

(11) La problemática planteada por la aplicación del artículo 153, párrafo segundo, de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 y su vigencia “virtual”, al menos durante un importante período, ante la inaplicación del mismo por los tribunales que habitualmente se remitían a considerar únicamente como sujeto responsable al empresario ligado por el vínculo laboral con el trabajador o trabajadores afectados por la infracción es analizada por DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., “Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 30, 24-30 de julio de 1995, pp. 517 a 519. En cuanto a las contradicciones jurisprudenciales al más alto nivel respecto a la derogación del artículo 153 por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores *conferre ibidem*, p. 520. Observemos que diversas Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, entre otras de 16 de febrero y 1 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 777 y 9702), consideraron derogado el artículo 153 OGSHT por el artículo 42 ET en cuanto al régimen de responsabilidades en materia de subcontratación, llegando a negar la existencia de responsabilidad solidaria, frente a otras anteriores del mismo Tribunal y Sala que lo consideraron vigente, aun cuando adicionando el requisito de la misma actividad por aplicación del artículo 42 ET: Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1982 (RJCA 1982, 8011), 28 de junio de 1985 (RJCA 1985, 3935).

(12) DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., “Responsabilidad de la empresa principal...”, *cit.*, p. 524.

(13) *Ibidem*, p. 522.

lidad en los casos de concurrencia de varias empresas en el mismo centro de trabajo era atendida satisfactoriamente”<sup>14</sup>, por un sistema de responsabilidad que se interpretaba como “un auténtico retroceso desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales”<sup>15</sup>, dando carpetazo a lo que se consideraba una verdadera innovación en el ámbito del Derecho Sancionador Administrativo, instituyendo un régimen cuya valoración final no puede ser sino negativa<sup>16</sup>. Por otro lado, reflexionar sobre la denominada responsabilidad directa del empresario principal es importante en cuanto que en la actualidad un sector de la doctrina y agentes jurídicos mantienen la vigencia de este postulado.

Sin embargo, pese a lo expresado *supra* nuestros Tribunales no eran ni mucho menos unánimes a la hora de calificar la naturaleza o tipo de responsabilidad que el artículo 40 de la LISOS imponía al empresario principal.

Un importante grupo de Sentencias al aplicar el artículo 40 de la LISOS de 1988 califican de solidaria la responsabilidad del empresario principal impuesta por tal precepto<sup>17</sup>. Argumentando, en algún caso, tal imputación de responsabilidad por derivación del artículo 42.2 ET, en una extraña combinación con el precepto de la LISOS<sup>18</sup>. No obstante, dentro de este grupo de Sentencias la opción por una lectura de imputación de responsabilidad solidaria en el artículo 40.2 LISOS era en muchos casos más fruto de una inadecuada inteligencia del concepto de responsabilidad solidaria que de la negativa a imputar una responsabilidad directa<sup>19</sup>. Sin embargo, adviértase que la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común daba un poderoso instrumento para sostener tal postura al albur de su artículo 130 en su número 3<sup>20</sup>, y que un sector de la doctrina consideraba la responsabilidad solidaria como la más adecuada<sup>21</sup>.

(14) PÁRAMO MONTERO, P., “En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción.”, *Actualidad Laboral*, 1997, Tomo II, p. 521.

(15) Díez GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., “Responsabilidad...”, cit., p. 534.

(16) A juicio de PÁRAMO MONTERO, P., “En torno...”, cit., pp. 521 y 522.

(17) Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, en su Salas de lo Contencioso-Administrativo de: Galicia de 13 y 14 de noviembre de 1996 (RJCA 1996, 2000 y 2223) y 13 de enero de 1997 (RJCA 1997, 138) —éste mezcla ambas responsabilidades, la directa y la solidaria—; de Madrid de 23 de noviembre de 1996 (RJCA 1996, 2395), de Castilla y León de 14 de febrero de 1997 (RJCA 1997, 1942) y Cataluña de 21 de junio de 1996 (RJCA 1996, 717),

(18) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 1997, Fundamento de Derecho II.

(19) En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de junio de 1996, se advierte con claridad —Fundamento de Derecho I— que la empresa principal impugna la resolución sancionadora a ella practicada sin perjuicio de las actas practicadas a las empresas contratadas en relación con los incumplimientos que afectaban a sus respectivos trabajadores, lo cual implica claramente un supuesto de responsabilidad directa y no solidaria. Un supuesto similar ante un accidente de trabajo que genera un dualidad de procedimientos sancionadores —empresa principal y contratada, la propia del accidentado— se advierte en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre de 1996.

(20) “Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan (...)”

(21) GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral*, Civitas, Madrid, 1989, p. 163.

Otro grupo, entre las cuales sorprendentemente se hallan Sentencias de Salas de los mismos tribunales que los que mantenían la postura reseñada anteriormente, sostiene que el artículo de referencia determina, cuando los requisitos que en el mismo se contienen se actualizan, una imputación de responsabilidad directa al empresario principal<sup>22</sup>.

El debate antes resumido ha sido zanjado por el Tribunal Supremo, si bien tardíamente, cuando ya la norma no estaba en vigor, al fallar en Sentencia de 3 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 2001, 3714) que: “(...) el artículo 40, párrafo segundo (sustituido, por cierto, por el art. 42.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con una redacción más parecida en este punto a la Ordenanza) estableció una responsabilidad en primer grado (Convenio 155 OIT) y no solidaria, del empresario principal de garantizar la seguridad de los trabajadores del contratista o subcontratista cuyo incumplimiento generaba la responsabilidad directa en la que lógicamente es necesaria la existencia de dolo o culpa como elemento necesario para que pudiera ser tenida como infracción y sancionada administrativamente”<sup>23</sup>.

Hemos podido comprobar que la interpretación, ya judicial, ya doctrinal, del artículo 40 de la LISOS no fue uniforme, ya sea porque su dicción fuera confusa<sup>24</sup>, ya porque la creación de un vínculo de aquel precepto con el artículo 42.2 ET diera lugar a interpretaciones complejas. Pues bien, vigente este panorama normativo, no exento de críticas doctrinales<sup>25</sup> es

**PARA LA MAYORÍA DE LA DOCTRINA EL ART. 42.2 DE LA LPRL ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL EMPRESARIO PRINCIPAL “COMO GARANTE” CUANDO CONCURREN LOS REQUISITOS EXIGIDOS LEGALMENTE**

(22) Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 12 de enero de 1995 (RJCA 1995, 222), 1 de junio de 1996 (RJCA 1996, 798), 25 de enero y 18 de julio de 1997 (RJCA 1997, 566 y 1620) y de Andalucía de 2 de junio de 1999 (RJCA 1999, 2076).

(23) En el mismo sentido, afirmando la “existencia de una responsabilidad directa del empresario principal compatible con la responsabilidad del empresario inmediato, siempre que se dé una doble condición: propia actividad y producirse en el centro de trabajo de la empresa principal.” Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de julio de 2001, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 7 al 13 de enero de 2002.

(24) Tal confusión se aprecia también en la doctrina, como muestra la siguiente afirmación: “La redacción del artículo 42.2 LPRL aclara, por otro lado, el alcance del artículo 40 de la LISOS, que no especifica el carácter o naturaleza de la responsabilidad de la empresa principal”, SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, 2ª edición, 1998, p. 189.

(25) “(...) hay que convenir que se trata de una pura responsabilidad objetiva, en la que no hay, pues, juicio de valor de la conducta, lo que supone una anomalía, pues aquella se traslada al empresario principal. Probablemente, se parte de la idea de que este último tiene un deber *in vigilando* que le obliga a comprobar que se cumplen con los deberes y obligaciones en materia de seguridad e higiene respecto de la actividad contratada y en relación con el personal del contratista o subcontratista si la prestación tiene lugar en el centro de trabajo del empresario principal. Sin embargo, ello parece insuficiente, si no se reconoce expresamente en una norma ese deber, fijando su alcance y contenido, lo que se agrava más al no aparecer en el artículo 40 ninguna mención a circunstancias o acontecimientos que pudieran condicionar, reducir, también aumentar, el grado de esa responsabilidad. Y es que, en realidad, un principio básico del derecho sancionador es que solamente debe responder de una conducta el sujeto que está obligado a cumplir con un deber normativo y no otro, sin que, en este supuesto, quede suficientemente claro esa necesaria imputación que atribuye la Ley al empresario principal en los términos en que tiene lugar”. GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral*, cit., pp. 162 y 163.

cuando se aprueba la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995.

Pese a las críticas antes apuntadas y a las dudas que genera la nueva regulación en lo que concierne a la responsabilidad del empresario principal, no es menos cierto que existen elementos claramente positivos en la nueva regulación. Se explicita expresamente<sup>26</sup> el deber del empresario principal de vigilar el cumplimiento de la legislación preventiva con relación a los trabajadores de las empresas contratadas/subcontratadas<sup>27</sup>, estableciendo con ello la base o fundamento para la posterior exigencia de responsabilidad. Base de la cual carecía la anterior imputación de responsabilidad del artículo 40 de la LISOS. En realidad, la LPRL establece en su artículo 24 los principios de las exigencias en materia de coordinación empresarial ante la concurrencia en un mismo espacio físico o centro de trabajo de varias empresas, determinando, asimismo, las obligaciones de la empresa principal<sup>28</sup>.

Para la mayor parte de la doctrina el artículo 42.2 LPRL, y, por ende, el posterior 42.3 LISOS, establece la responsabilidad solidaria del empresario principal “como garante”<sup>29</sup> cuando concurren los requisitos exigidos legalmente<sup>30</sup>, aun cuando en algún caso se

(26) Art. 24.3 LPRL.

(27) Lo que no acaece en el artículo 23.2 de la LISOS al imponer el mismo tipo de responsabilidad con relación con las infracciones muy graves en materia de Seguridad Social, lo cual le hace acreedor de las críticas de vulneración del principio de imputabilidad dirigidas por CRUZ VILLALÓN: “De igual forma, resulta incompatible con el principio constitucional de imputabilidad contemplar la posibilidad de sancionar a un sujeto a quien no se le impone ni la obligación de cuya transgresión normativa deriva la infracción administrativa ni siquiera se le impone un deber *in vigilando* del cumplimiento de tal deber respecto de quien debe cumplirlo conforme a la legislación laboral desde el punto de vista material. Caso paradigmático de inconstitucionalidad se produce, a nuestro juicio, en el caso del artículo 23.2 LISOS, cuando dispone la sanción al empresario principal respecto de incumplimientos que se refieren a obligaciones que corresponden en exclusiva a la empresa contratista, sin que ni siquiera la norma sustantiva prevea forma de control o vigilancia por parte de la empresa principal del cumplimiento de este tipo de obligaciones por parte de la empresa usuaria.”, CRUZ VILLALÓN, J., “Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social”, *Justicia Laboral*, número extraordinario 2001, p. 35.

(28) Sobre esta materia puede consultarse entre otros el estudio de MIÑARRO YANNINI, M., “Obligaciones en materia de prevención de riesgos en los supuestos de coincidencia física en un mismo lugar de trabajo de trabajadores de varias empresas”, *Aranzadi Social*, núm. 11, octubre de 2001, pp. 41 a 60.

(29) PERELLÓ DOMENECH, I., y DUQUE VILLANUEVA, J.C., “Responsabilidades administrativas: el problema de la responsabilidad solidaria”, en la obra colectiva *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 320.

(30) “(...) el artículo 42.2 LPRL fija una responsabilidad de naturaleza solidaria entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas en relación con las obligaciones en materia de prevención y seguridad que afecten a los trabajadores de la empresa contratista en la empresa principal, siempre que la infracción de seguridad se haya producido en el centro de trabajo de esta última, que se convierte así en el escenario principal de la actividad laboral sobre el que se proyectan este conjunto de deberes y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.”, SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., p. 189. En este sentido: SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, E., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, 1996, p. 181. LLUIS Y NAVAS, J., *Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 76. ABAT DINARÉS, J., “Tutela administrativa de la salud laboral: requerimiento, paralización de trabajos, infracciones y sanciones administrativas”, en la obra colectiva publicada por el Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 79. “Sin duda la innovación más importante de la regulación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es el restablecimiento de la responsabilidad solidaria para el empresario principal en lugar de la responsabilidad directa pura y simple que preveía el artículo 40 de la Ley 8/1988...”, FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M<sup>a</sup>. (dirección), *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Civitas, Madrid, 1999, p. 333. FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 231 y 232.

## La responsabilidad administrativa en las contrata y subcontratas

interprete o matice el sentido de tal solidaridad<sup>31</sup>. La misma postura mantienen los Tribunales administrativos<sup>32</sup>.

Sin embargo, un importante sector de la doctrina y de los agentes jurídicos encargados de la aplicación de la norma han observado con recelo la regulación instituida por la LPRL y, consecuentemente, han procedido a su crítica. Algunas de las críticas ya han sido expuestas. Sinteticemos en dos líneas de actuación frente a esta norma:

Por una parte se ha criticado en sí mismo el sistema de responsabilidad solidaria por considerarlo contrario a los principios constitucionales que inspiran y rigen el Derecho Sancionador Administrativo<sup>33</sup>, argumentado que vulnera el principio de culpabilidad personal. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 1990 (RJ 1990, 777) es un fiel reflejo de esta postura y la traemos a colación a pesar de que se refiere al artículo 153 OGSHT dado que la crítica va dirigida directamente al tipo de responsabilidad imputado, la responsabilidad solidaria:

(31) Para MOLTÓ estamos ante una “responsabilidad conjunta por los resultados” que la Ley “llama solidaria”. “El empresario principal no es responsable solidario ‘de’ –es decir, de las obligaciones–, sino responsable solidario ‘con’ –es decir, de los efectos del incumplimiento–”, MOLTÓ, J.I., *Prevención de Riesgos en las Obras de Construcción*, Madrid, 1998, pp. 202 y 203. La postura de la Subdirección General de Asistencia Técnica de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es algo confusa, tal como se contiene en los CT 23/99, “Criterios técnicos para la determinación de la responsabilidad administrativa por infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales”, hoja núm. 8: “En primer lugar, bueno es recordar que el principio general es el de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las infracciones del contratista o subcontratista, como la consecuencia jurídica del incumplimiento de la obligación de vigilancia que le impone el artículo 24.3 de la LPRL”. Sin embargo, se admite la posibilidad de una responsabilidad directa del empresario principal, aunque no se aclara ni el fundamento de ésta ni si procede en el supuesto de que el incumplimiento afecte a trabajadores no propios de ésta: “Lo anterior no significa que se trate de una responsabilidad sin límites, puesto que caven supuestos en que la infracción, por las circunstancias concurrentes, sea imputable exclusivamente a contratista o subcontratista, normalmente aquellos no relacionados con la ejecución del trabajo en el centro o cuando sea imposible su control por el empresario principal (v.gr.: el empresario principal puede verificar la formación y el control de la salud de los trabajadores de la contratista). O que quepa la responsabilidad directa del empresario principal por sus propios incumplimientos, sin implicación de contratistas y subcontratistas”.

(32) *Obiter dicta* la ya recogida Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2000. También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de enero de 2000: “(...) el artículo 42.2 de la Ley 31/1995, contiene una prescripción muy parecida a la que se establecía en aquel otro precepto –se refiere al artículo 40 de la LISOS–, incluso de carácter más riguroso, al atribuir a la empresa principal la responsabilidad solidaria con contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en relación con trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal y siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”. A responsabilidad solidaria como fruto del artículo 42.2 de la LPRL se refiere la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 1 de junio de 2000 (RJCA 2000, 1976). Sin embargo, existen Sentencias que inducen a la confusión en este aspecto, así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de diciembre de 1999 (RJCA 1999, 2903) para la cual el nuevo 42.2 de la LPRL no “establece un tipo de responsabilidad distinta de la anterior”.

(33) “(...), los sistemas de responsabilidad solidaria idóneos en el ámbito de la responsabilidad civil, se compadecen mal con la responsabilidad administrativa, siempre basada en el principio de imputabilidad. Por mucho que este tipo de responsabilidad se recoja en la legislación ordinaria –por ejemplo, art. 42 LISOS– ello a nuestro juicio es incompatible con el principio constitucional de imputabilidad de las sanciones públicas.”, CRUZ VILLALÓN, J., “Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social”, *Justicia Laboral*, en número extraordinario sobre Comentarios al Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, 2001, p. 35. Puede verse en el estudio de PÁRAMO MONTERO un catálogo de las posturas contrarias al mecanismo de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Sancionador, PÁRAMO MONTERO, “En torno al artículo 42.2...”, cit., pp. 521 y 522. Contrario también al mecanismo de responsabilidad solidaria es DOMÍNGUEZ PEREJÓN: “(...), la aplicación sistemática del mecanismo de imputación solidaria a todos los supuestos del número 3 del artículo 24, presenta a mi juicio un grave problema de técnica sancionadora, ya que puede resultar en muchos casos difícilmente conciliable con las exigencias de los principios de culpabilidad (STC 246/1991) y de proporcionalidad que han de informar la actuación administrativa sancionadora, pues la aplicación sistemática de la misma responsabilidad a diversos sujetos impide el previo juicio de culpabilidad de cada uno y la ponderación del grado de culpabilidad de los mismos”, DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C., *Coordinación de actividades preventivas*, estudio al que pudimos acceder por la amabilidad de su autor, p. 7.

“(…) Si se entendiera en contra de lo indicado que el precepto establece una extensión de la infracción a empresario principal, por los incumplimientos del contratista, chocaríamos con la exigencias constitucionales indicadas, lo que conduciría a entender derogado el precepto por la Constitución. En todo caso, la idea de la solidaridad resulta difícilmente conciliable con el sentido propio de un régimen sancionador, en el que lo lógico es que el Estado sancionador imponga la sanción a todos y cada uno de los sancionados, y no a cualquiera de ellos (lógicamente al más solvente si llegara a primar una concepción recaudatoria), a reserva de que luego en el ámbito de sus relaciones internas se aplique entre ellos el reconocimiento propio de la mancomunidad. La solidaridad tiene sentido aplicada a la responsabilidad civil (vid. art. 107 del Código Penal), y en relación con ella a las prestaciones en favor de los trabajadores devenidas del evento en que se haya producido la infracción de medidas de seguridad; mas no en relación con la sanción misma”<sup>34</sup>.

Frente a esta postura, la mayor parte de la doctrina admite sin mayores problemas la responsabilidad solidaria en el caso específico del ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo, considerando que su instauración ha sido convalidada por la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>35</sup>. Además los problemas de imputabilidad que genéricamente

(34) Por su interés reproducimos en la presente nota la argumentación de la Sentencia citada:

“(…) la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, como la del Tribunal Constitucional vienen aplicando al derecho administrativo sancionador los mismos principios esenciales del derecho penal, como manifestación ambas de una potestad sancionadora del Estado, substancialmente unitaria. Dentro de ese marco unitario es elemento fundamental el principio de culpabilidad, como ha recordado la Sentencia de 17 de octubre de 1989 de la Sala Especial de este Tribunal Supremo (...), que rescindió otra Sentencia de la antigua Sala V, en la que se mantenía la existencia de una responsabilidad objetiva de una empresa por la actuación de sus empleados, en función de culpas *in eligendo* y *in vigilando* como determinantes de una sanción. Supone tal principio la exigencia primero de individualización de la propia conducta y después la de carácter doloso o culposo de la conducta infractora. Tales exigencias se oponen a criterios de responsabilidad establecida en razón de previsiones estrictamente objetivas, basadas tal vez en implícitas presunciones *ex lege* de culpa (más aun si la presunción implícita es de las de carácter *iuris et de iure*), que son contrarias al derecho fundamental de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), como ha destacado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 105/1988, de 8 de junio.

Así pues, exigencia de culpabilidad en la infracción y presunción de inocencia suponen una barrera infranqueable a normas infraconstitucionales que establezcan supuestos de responsabilidad por una infracción al margen de la propia conducta personal: Sobre tal base es obligado examinar con cautela las normas, cuyo sentido pueda ser contrario a esos límites, buscando entre las posibles, si cabe, la interpretación respetuosa con los mismos, aun a costa de recortar sus supuestos aplicativos, y utilizando, si no es posible la interpretación de la norma en sentido constitucional, las técnicas bien de la derogación por la Disposición Transitoria Tercera CE, si son preconstitucionales, bien de la inaplicación, si se trata de norma de rango reglamentario (...), bien en caso extremo del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si se trata de normas con rango de Ley (...).” En idéntico sentido, la Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 1 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9702), citando otras resoluciones jurisdiccionales de la misma naturaleza afirma la carencia de vigencia del artículo 153 OGSHT, concluyendo que “la exigencia de culpabilidad en la infracción y la presunción de inocencia suponen una barrera infranqueable de normas infraconstitucionales que establezcan supuesto de responsabilidad al margen de la propia conducta personal”.

(35) *Conferre* la jurisprudencia contenida y analizada en los estudios de: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención...*, cit., p. 231. GARCÍA RUBIO, M.A. y GOERLICH PESET, J.M., “Las sanciones: régimen y criterios de imposición”, *Justicia Laboral*, número extraordinario 2001, p. 221, nota (12). Un estudio específico sobre esta materia puede consultarse en PERELLÓ DOMENECH, I. y DUQUE VILLANUEVA, J.C., “Responsabilidades administrativas: el problema de la responsabilidad solidaria”, cit., pp. 300 a 320. Como concluyen los autores citados después del estudio de la jurisprudencia constitucional: “(...) no sólo encontramos en la legislación administrativa cláusulas o reglas de responsabilidad solidaria, sino que además el Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente a favor de la admisibilidad de las mismas en el campo del Derecho Administrativo Sancionador”, señalando la diferencia con el ámbito penal “puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal (...) que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable *a posteriori* entre los distintos responsables individuales.”, *ibidem*, p. 310.

## La responsabilidad administrativa en las contratas y subcontratas

origina en el Derecho Sancionador Administrativo el mecanismo de responsabilidad solidaria están subsanados en el ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo a través del “acotamiento funcional (“propia actividad”) y espacial del supuesto, así como la preexistencia de un deber de vigilancia establecido legalmente...”<sup>36</sup>.

La segunda línea de ataque al artículo 42.3 de la LISOS es más interesante por su derivación práctica. Ante las dificultades que supone la aplicación del mecanismo de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Sancionador y la imposibilidad de llegar a la aplicación con el mismo de una solución “justa”<sup>37</sup>, se procede desde el prisma de la culpabilidad a variar radicalmente la interpretación del precepto, estableciendo un sistema de responsabilidades directas sobre la base del artículo 42.1 de la LISOS<sup>38</sup>. Responsabilidad directa que se imputará a la empresa del trabajador, contratada o subcontratada, o a la empresa principal en función de la capacidad que posean unas u otras de adoptar o no las medidas preventivas exigibles<sup>39</sup>, llegando a establecer un reparto, un catálogo de responsabilidades imputables de forma directa a la empresa principal y a las

**LA RESPONSABILIDAD  
DIRECTA DEL EMPRESARIO  
PRINCIPAL SÓLO SURGE  
ANTE EL INCUMPLIMIENTO  
DE LAS OBLIGACIONES  
DE COORDINACIÓN DEL  
ARTÍCULO 24.1 Y 2 DE  
LA LPRL**

(36) GARCÍA RUBIO, M.A. y GOERLICH PESET, J.M., “Las sanciones: régimen y criterios de imposición”, *Justicia Laboral*, número extraordinario 2001, pp. 221 y 222. Refleja NIETO la admisión del mecanismo de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Sancionador Administrativo por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de abril de 1990, *Derecho...*, pp. 324 a 330. Critica la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1995, de 5 de junio, como uno de los puntales de la admisión de la responsabilidad solidaria, PÁRAMO MONTERO, P., “En torno...”, cit., p. 512. CARRETERO señala que “la responsabilidad de la empresa principal respecto de la coordinación de actividades empresariales que refiere el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para la subcontrata de obras o servicios correspondientes a la propia actividad podemos decir *in genere* que no es objetiva, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal.”, CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Acercamiento jurisprudencial a los principios informadores del Derecho administrativo sancionador en el ámbito laboral”, *Poder Judicial*, núm. 49, p. 850.

(37) “(...) la experiencia aplicativa que podemos percibir en el escaso tiempo de vigencia de este renovado procedimiento pone de manifiesto que con frecuencia se produce el efecto perverso consistente en que el empresario principal traslada forzosamente al contratista –normalmente la parte más débil de la relación– la responsabilidad íntegra de la infracción mediante la simple operación de distraer el importe de la sanción de la liquidación correspondiente al contrato concertado entre ambos, produciéndose así una concreción de la responsabilidad indeseada y, en muchos casos, inmerecida.”, BERNADO JIMÉNEZ, I., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Actuaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales”, en la obra colectiva *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 198. No obstante, a renglón seguido el mismo autor reconoce la “eficacia preventiva del mecanismo de la solidaridad al servir como poderoso acicate para que el empresario principal se esmere en el ejercicio de sus funciones de vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa preventiva por parte de contratistas y subcontratistas...”, *ibidem*.

(38) “1. Las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores determinarán la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos.”

(39) “Tal inconveniente, a mi entender, debe poder ser obviado, existiendo para ello la alternativa de la imputación de las responsabilidades directas en base al número 1 del artículo 42 (tipificado en base al concepto objetivo o económico de empresa) tanto a la empresa principal, como a la empleadora del trabajador afectado, o a una o a otra, dependiendo de la concurrencia o no de conducta infractora en cada sujeto (desde el prisma de la culpabilidad), y en grado proporcional al nivel de implicación de cada uno. Lo determinante será constatar quién o quiénes tienen la capacidad material (por su posición de soberanía o de dominio) para adoptar la medida exigida por la normativa de prevención, o como señalan J. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ y J. R. SECO RUIZ-BRAVO, las obligaciones preventivas deben atribuirse al empresario con capacidad de crear u ordenar las condiciones de trabajo y aplicar las correspondientes medidas protectoras y preventivas sobre ellas, y la exacción de responsabilidades será proporcional al juicio de desvalor que, en cada caso, merezca la conducta del infractor.”, DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C., *Coordinación...*, pp. 7 y 8.

contratadas<sup>40</sup>. En esta misma postura, otros autores mantienen la existencia junto a la responsabilidad solidaria de otra responsabilidad, esta vez directa, del empresario principal “cuando la infracción no fuera imputable a la empresa contratada, sino que lo fuera únicamente a la empresa principal”, no siendo óbice a tal responsabilidad “el hecho de que los trabajadores afectados no pertenezcan a su plantilla, habida cuenta de la amplitud del concepto de ‘empresario infractor’”<sup>41</sup>.

A mi juicio, esta tesis subvierte la regulación del artículo 42.3 de la LISOS, desnaturalizándola, volviendo al criterio de la responsabilidad directa que establecía el artículo 40 de la LISOS de 1988 y que la LPRL expresamente derogó. Sin duda, el sentir expresado *supra* de juzgar la “nueva” regulación como un paso atrás, como una regresión, influye en el mantenimiento de la tesis expuesta. Sin embargo, ya no por el peso de la opinión doctrinal arriba destacado, sino simplemente por la lectura de la norma, no es admisible esta interpretación que obvia la claridad de la dicción del artículo 42.3 de la LISOS de 4 de agosto de 2000 y que efectúa una interpretación extensiva e incluso analógica de la norma, prohibida en el Derecho Sancionador<sup>42</sup>. El mantenimiento de esta tesis supone imputar una responsabilidad que, justa o injustamente, la ley no imputa, al igual que acaece con idéntico grado de justicia o injusticia en el supuesto de los fabricantes, importadores o suministradores, coordinadores de seguridad y salud en las obras de construcción, etc. Así como en otros colectivos a los que la ley impone obligaciones, relegando a otros ámbitos la actuación sancionadora. En este supuesto, no se adopta una solución tan drástica pero sí se limita la responsabilidad de la empresa principal a la solidaridad. En realidad, lo que nos reseñan estos autores es que es injusta la imputación de responsabilidad ya no a la empresa principal sino a la empresa del trabajador por incumplimientos de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo que la misma no puede prevenir ante la ausencia de dominio sobre las condiciones de trabajo, advirtiendo la ausencia de culpabilidad del empresario del trabajador afectado por la infracción. Sin embargo, y sin entrar a enjuiciar la bondad del sistema *de lege data* cabe observar con el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que llevada al extremo esta tesis

(40) “El reparto de responsabilidades, en principio (a salvo de la de las implicaciones concretas de la conducta de cada empresa) quedaría del siguiente modo: el incumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con el lugar o centro de trabajo (comunicación de apertura, señalización, medidas de emergencia y de evacuación, protección contra incendios, etc.) serían imputables a la empresa principal, el incumplimiento de las obligaciones específicas con respecto a los trabajadores (formación, información, constitución y funcionamiento de los servicios de prevención, derechos de participación de los representantes de los trabajadores, vigilancia de la salud, etc.) a cada empresa con respecto a sus propios trabajadores; y las obligaciones de seguridad relativas a las condiciones de trabajo concretas, solidariamente a la principal y a la empresa empleadora (deficiencias relativas a protecciones colectivas y personales) salvo que la posición de dominio sobre la medida concreta correspondiera en exclusiva a una de las empresas, en cuyo caso ella será la responsable.”, DOMÍNGUEZ PEREJÓN, *ibidem*, p. 8. En las páginas siguientes se establece un cuadro de reparto de responsabilidades. Un esquema de reparto similar propone PÁRAMO MONTERO, P., “En torno...”, *cit.*, pp. 514 a 516.

(41) BERNARDO JIMÉNEZ, I., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Actuaciones...”, *cit.*, p. 199. En el mismo sentido, imputa a la empresa principal responsabilidad directa “por infracciones sólo a ellas imputables, cualquiera que sea el trabajador afectado por la infracción (art. 4 Ley 31/1995), en la medida en que ejerce el control de la obra o de parte de ella y en los términos descritos anteriormente.”, PÁRAMO MONTERO, P., “En torno...”, *cit.*, p. 515.

(42) SUAY RINCÓN, J., *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 181.

## La responsabilidad administrativa en las contratas y subcontratas

supone exonerar al empresario de las obligaciones que le impone la norma respecto de sus propios trabajadores<sup>43</sup>.

La responsabilidad directa del empresario principal sólo surge, dentro del ordenamiento sancionador administrativo de la Seguridad y Salud en el Trabajo ante el incumplimiento de las obligaciones que en materia de coordinación establece el artículo 24 en sus apartados números 1 y 2<sup>44</sup> y <sup>45</sup>. Infracciones que tienen una expresa tipificación legal y en las cuales se concreta con meridiana claridad los posibles sujetos responsables<sup>46</sup>. El sistema de responsabilidad querido por la norma es claro, sea o no el mejor. En el supuesto de incumplimiento de los deberes reseñados en los números 1 y 2 del artículo 24 de la LPRL, se aprecia la responsabilidad directa por mor de los preceptos citados *supra*. En el supuesto de incumplimiento del deber inserto en el artículo 24.3 el artículo 42.3 de la LISOS impone la responsabilidad solidaria<sup>47</sup>.

(43) Así, ante las alegaciones de la empresa subcontratada y vinculada laboralmente como trabajador de ausencia de información de la situación de peligro dada su condición el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 26 de marzo de 1998 (RJCA 1998, 799) reseña: "1º La protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo establecida (...) es un derecho del trabajadores derivado del contrato de trabajo y, por tanto, constituía un deber de obligado cumplimiento para la sancionada el conocimiento de las condiciones de seguridad del concreto lugar de trabajo donde trabajaban sus operarios. (...). 2º Sólo desde el conocimiento de las condiciones de trabajo de sus operarios podía haber adoptado la sancionada, las medidas necesarias en orden a prevenir los riesgos que afectan a la vida, integridad y salud de los trabajadores. No exonera de responsabilidad a la mercantil las alegaciones en torno a la falta de información por tratarse de empresa subcontratada o el error del coordinador técnico perteneciente a otra empresa, dado que era imposible la adopción de las medidas citadas y el control de las condiciones de ejecución del trabajo, si el empresario desconocía totalmente las condiciones en que desarrollaban los trabajadores sus tareas. De forma inequívoca debe concluirse que el empresario no adoptó ninguna medida de seguridad ni de vigilancia en aras a la protección de sus trabajadores desplazados para el desarrollo de sus tareas a una empresa distinta a la que pertenecían".

(44) *Conferre* junto a los estudios que aquí se citan la Ponencia presentada a las Jornadas sobre el papel de Inspección de Trabajo y Seguridad Social –Lanzarote, 7 y 8 de junio de 2001–, LARA RUIZ, J. A., "La coordinación de riesgos laborales: una obligación jurídica autónoma. Significado y alcance".

(45) Y aun en esta materia existe controversia, puesto que un importante sector de la doctrina mantiene sobre la base de la aplicación del artículo 130.3 LRJAP-PAC la existencia de responsabilidad solidaria. Esta controversia, las posturas y argumentos de cada una de las posturas enfrentadas, es convenientemente sintetizada por MIÑARRO YANNINI, M., "Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos de coincidencia física en un mismo lugar de trabajo de trabajadores de varias empresas", *Aranzadi Social*, núm. 11, octubre de 2001, pp. 52 a 57. Con la autora citada nos inclinamos por considerar que cada uno de los empresarios concurrentes responderá de la infracción cometida, *ibidem*, p. 55. Adviértase, empero, que el criterio de la Subdirección General de Asistencia Técnica de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es matizadamente diverso, tal como se reseña en los "Criterios técnicos para la determinación de la responsabilidad administrativa por infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales", hoja núm. 4: si el incumplimiento de las infracciones tipificadas en los números 47.13 y 48.9 de la LPRL –hoy 12.13 y 13.7 de la LISOS– es total y de todas las empresas inmersas en el mismo centro de trabajo, "responderán solidariamente todos los empresarios que compartan el centro de trabajo como dispone el artículo 130.3, párrafo primero, de la LRJAP-PAC".

(46) Arts. 12, apartados 13 y 14, y 13, apartados 7 y 8, de la LISOS:

(47) Un esquema similar de responsabilidad parece haberse impuesto en el ámbito del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad: "(...) el contratista responde siempre del recargo de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional debidos a falta de medidas de seguridad pero el **empresario principal** o comitente **sólo responde** de este recargo, respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista cuando, además de ser **las obras de su propia actividad haya participado en la infracción** de las normas de seguridad", SALINAS MOLINA, F., "Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora", *Revista de Derecho Social*, núm. 5, p. 37. SEMPERE y MARTÍN JIMÉNEZ advierten en su estudio sobre la jurisprudencia dos criterios: uno tradicional conforme al cual no responde la empresa principal y el vigente que decreta "la condena solidaria a ambos empresarios siempre que contraten obras o servicios de la misma actividad, que el accidente se produzca en el centro de trabajo de la empresa principal y, en fin, siempre que las normas de prevención, vigilancia y control hayan sido asumidas contractualmente por la empresa principal. Y ello, aunque se trate de una Administración Pública que actúe como empresario.", SEMPERE NAVARRO, A.V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El Recargo de*

Sin embargo, pese a lo expuesto, aún no queda agotada la problemática alrededor de la responsabilidad en los supuestos de contrata y subcontratas.

### 3. EL CONCEPTO DE EMPRESARIO PRINCIPAL

La primera cuestión a resolver no es sino la delimitación del propio concepto de “empresario principal” en la LPRL y en la LISOS. Las tesis al respecto son muy variadas tanto en la doctrina como en los órganos judiciales. Para algunos autores, empresario principal es únicamente “la primera comitente en la cadena de contratación”<sup>48</sup>. Para otros, la condición de empresario principal se asume al efectuar una contrata o subcontrata, no siendo exclusiva del primer comitente, lo que implica que en el supuesto de una cadena de sucesivos contratistas o subcontratistas, todos los comitentes adquirirían la condición de principales<sup>49</sup>, asumiendo, a su vez, todos ellos respecto de los que se encontraran en un eslabón inferior de la cadena el deber de vigilancia del artículo 24.3 de la LPRL y, por tanto, la responsabilidad solidaria ante su incumplimiento establecida en el artículo 42.3 de la LISOS<sup>50</sup>. Esta última interpretación, la más acertada a mi juicio, no sólo porque coin-

Prestaciones, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 92 y 93. Incluso puede en el ámbito del recargo de prestaciones la existencia de Sentencias aisladas en las que se condena al empresario principal –*ibidem*, pp. 96 y 97–, sobre la base de un concepto disímil del de la LISOS de empresario infractor: “No cabe duda que la determinación del empresario responsable del pago de recargo de prestaciones en los supuestos de contrata y subcontratas tiene mucho que ver con la opción que se haya elegido en cuanto a la naturaleza del recargo. Si éste se asimila a las sanciones administrativas, es decir, si se entiende incluido en el ámbito del *ius puniendi* del Estado, la consecuencia lógica derivada de la interpretación restrictiva de ésta será que sólo el empresario del trabajador accidentado es responsable del pago del recargo. Por el contrario, si se entiende que esta institución tiene encaje adecuado en las indemnizaciones, responsables de éstas serán las empresas que hayan generado el riesgo causante de las lesiones del trabajador. Por último, si el recargo se configura como una cláusula penal de origen legal, la obligación del pago del recargo recaerá, al igual que en el caso anterior, en el empresario causante del riesgo del accidente, debiendo entenderse que dicha obligación se transmite automáticamente (total o parcialmente) en los casos que un trabajador preste sus servicios en una empresa distinta de aquella con la que está vinculado contractualmente”, *ibidem*.

(48) PÁRAMO MONTERO, P., “En torno...”, cit., p. 511. Para el autor, en el sector de la construcción en el supuesto de que “no haya empresa principal, y que la propiedad contrate directamente con varios contratistas según la fase de la obra, (...) no puede aplicarse el presente precepto” –se refiere al artículo 42.2 de la LPRL–, *ibidem*. En el mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I., “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral en los supuestos de contrata y subcontratas. Consideraciones en torno al artículo 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en la obra colectiva *Descentralización productiva...*, cit., p. 294.

(49) Siguiendo a GOERLICH, SALCEDO considera “acertada la interpretación (...) que señala que tal obligación afecta a los sucesivos empresarios que puedan adquirir la condición de principales, utilizando como argumento fundamental el hecho de que comparten un mismo lugar de trabajo, con lo que el empresario principal vigilará a sus contratistas y éstos lo harán respecto de los posibles subcontratistas”, SALCEDO BELTRÁN, M. del C., *El deber de protección empresarial de la Seguridad y Salud de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 114. En contra GARCÍA NINET: “la exigencia de que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal hace que la responsabilidad solidaria sólo quepa exigirla al empresario principal y no a toda la cadena de contratistas y subcontratistas, sino al principal con el concreto empresario del trabajador afectado precisamente por la infracción de la normativa de prevención”, *ibidem*.

(50) “El empresario que contrate o subcontrate tareas de su propia actividad y que se realicen en su centro de trabajo, (...), debe vigilar el cumplimiento de las normas de prevención por los contratistas y subcontratistas, de los incumplimientos que se produzcan. A su vez, el contratista también responde cuando el incumplimiento sea de un subcontratista, pudiendo sostenerse al respecto, la existencia de un auténtico encadenamiento de responsabilidades.”, ALFONSO MELLADO, C.L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 109. Idénticamente: “(...) de existir una cadena de contratación entre varios empresarios –contratistas y subcontratistas– la responsabilidad se extiende a todos ellos en cadena”, SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 181. En un sentido similar parece pronunciarse LLUISY NAVAS: “Dicha ley tiende a establecer las obligaciones y responsabilidades prevenciónistas a todos los empresarios concurrentes al lugar

cide con la literalidad del artículo 24.3 de la LPRL<sup>51</sup>, sino porque es la que más se acomoda a una interpretación finalista o teleológica de los preceptos aquí estudiados. La intención del legislador es vincular al comitente con sus contratistas o subcontratistas, asegurando una verdadera línea o cadena de responsabilidades cuya ruptura supondría el favorecimiento de conductas elusivas de las obligaciones preventivas que el legislador obviamente no busca. Por lo demás, la imputación de responsabilidad solidaria en cadena ha sido admitida por el Tribunal Supremo en el ámbito de una figura jurídica muy cercana al Derecho Sancionador, si es que no es puramente sancionadora, como el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad<sup>52</sup>.

En el sector de la Construcción, la regulación instituida por el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, ha venido a complicar esta situación puesto que si bien de una parte identifica al contratista con el empresario principal<sup>53</sup>. Por otra, atribuye a los “contratistas y subcontratistas”, por igual, en función de su posición en la cadena de contratación, las “obligaciones sobre coordinación de actividades previstas en el artículo 24 de la LPRL”<sup>54</sup> y la responsabilidad de “la ejecución correcta de las medidas preventivas en el plan de seguridad y salud en lo relativo a las obligaciones que les correspondan a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados”<sup>55</sup>, imponiendo a aquellos la responsabilidad solidaria “de las

**LA RESPONSABILIDAD DE  
LA EMPRESA PRINCIPAL SE  
ACOTA GEOGRÁFICAMENTE  
A SU CENTRO DE TRABAJO  
ENTENDIDO COMO  
ESPACIO FÍSICO DONDE  
SE PRESTA EL TRABAJO Y  
SOMETIDO AL CONTROL  
DEL EMPRESARIO  
PRINCIPAL**

de trabajo, cualquiera que sea la causa de concurrencia: empresa principal, contratistas y subcontratistas, empresas concurrentes físicamente en un lugar”, LLUISY NAVAS, J., *Los procedimientos administrativos de Infracción y Liquidación de Trabajo y Seguridad Social*, Cedecs, Barcelona, 1997, p.76.

(51) “Las empresas que contraten o subcontraten con otras...”

(52) En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4705), se recoge un supuesto en el que se confirma la solidaridad en el recargo de la empresa del trabajador accidentado –pintor especialista que efectuaba en el momento del accidente labores como tal– con la empresa que subcontrató su actividad y con la primera comitente o empresa que contrató a la segunda de las citadas para que le efectuaran labores de pintura en su nave de calderería. También aparece una cadena de empresas responsables –promotor, empresa principal y empresa subcontratada– en el supuesto dirimido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 9 de junio de 1997 (AS 1997, 4836).

(53) Al definir al subcontratista el artículo 2º, apartado i), del mencionado RD explicita: “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución”.

(54) Art. 11.1, apartado c).

(55) Art. 11.2, párrafo primero, del RD 1627/1997.

consecuencias que se deriven del incumplimiento de las medidas previstas en el plan, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 42 de la LPRL<sup>56</sup>. Preceptos cuya interpretación coonestada refuerzan, a pesar de su ambigua redacción, la última interpretación aludida.

#### 4. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 42.3 DE LA LISOS

La responsabilidad administrativa del empresario principal tanto en la imputación de la responsabilidad directa de la LISOS de 1988, como en la actual, ha exigido la concurrencia de una serie de requisitos **acumulativos** cuya exégesis ha dado lugar a una variedad de respuestas, generadoras en algún caso de grave inseguridad jurídica. Expongamos los requisitos exigidos normativamente a la luz de la respuesta de los tribunales:

##### A) La infracción ha debido haber acaecido en el centro de trabajo de la empresa principal

La responsabilidad de la empresa principal queda acotada geográficamente a un espacio definido: su centro de trabajo. Es allí donde la conculcación de su deber de vigilancia supone la imputación de la correspondiente responsabilidad. Fuera del centro de trabajo no existe tal responsabilidad<sup>57</sup>. Fuera del centro de trabajo, aun cuando se utilicen maquinaria, equipos o productos del empresario principal, no se extiende esta obligación de vigilancia, restando tan sólo las obligaciones que impone el artículo 24.4 de la LPRL<sup>58</sup>. El concepto de centro de trabajo que mantienen los Tribunales es amplio, va más allá del dibujado en el artículo 1.5 del ET. Centro de trabajo es equivalente a “lugar de trabajo”<sup>59</sup>, “espacio físico donde se presta el trabajo y sometido al control del empresario” principal<sup>60</sup>. Coherentemente con tal amplitud conceptual se considera que las empresas de actividad itinerante tendrán el centro de trabajo “allí donde la construcción o montaje se realicen (...), aunque se valgan de elementos estructurales previamente

(56) Art. 11.2, párrafo segundo.

(57) Recordemos la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de enero de 2000, para que concurra la responsabilidad del artículo 42.2 de la Ley 31/1995 es necesario que junto a los otros requisitos legales “la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

(58) Precepto que imputa al empresario principal las obligaciones del artículo 41.1 de la LPRL para los fabricantes, importadores y suministradores.

(59) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de enero de 1997 (RJCA 1997, 138). Un concepto legal de lugar de trabajo hallamos en el artículo 2º del RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad en lugares de trabajo: “1. (...) se entenderá por lugar de trabajo las áreas del centro de trabajo edificadas o no, en que los trabajadores deben permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo. Se consideran incluidos en esta definición los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores. 2. Las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo se consideran como parte integrante de los mismos”.

(60) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero de 1995 (RJCA 1995, 222).

## La responsabilidad administrativa en las contrata y subcontratas

manufacturados por ellos en otro lugar, que, sin duda, también es centro de trabajo suyo”<sup>61</sup>. Y es que el centro de trabajo no tiene por qué coincidir con el domicilio social, puesto que “es allí donde se desarrolla la actividad con organización específica donde se encuentra el centro o uno de los centros de trabajo de la empresa”<sup>62</sup>. Llegando en algún supuesto a identificarse centro de trabajo con “la finca de su propiedad sobre la que se cimentaba la obra”<sup>63</sup>, superando incluso el ya amplio concepto de lugar de trabajo.

Sin embargo, tal amplitud tiene sus restricciones, no se considera centro de trabajo de la empresa municipal el de la contratista que efectuaba el servicio para el cual fue contratada por la primera<sup>64</sup>.

### **B) La infracción ha de cometerse durante la vigencia de la contrata**

La infracción ha de producirse durante la vigencia de la contrata. No obstante, “no debe entenderse esta acotación referida al período concertado formalmente para la ejecución de la obra o servicio, sino al momento efectivo de la realización de los trabajos contratados, aunque éste no coincidiera precisamente con aquél”<sup>65</sup>. De esta forma no existirá responsabilidad una vez extinguida ésta cuando a la empresa subcontratada sucede otra<sup>66</sup>.

### **C) Las empresas principal o comitente y contratada o subcontratada han de concurrir en la misma actividad**

Es éste el requisito cuya apreciación mayor género de dudas plantea en el estudio de la jurisprudencia española. Observemos que el condicionante “propia” o “misma actividad” no es exclusivo de la responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos salariales, sino que, muy por el contrario, ha sido y es utilizado con tal carácter para la determinación de la concurrencia de responsabilidad en materia de responsabilidades laborales, especialmente salariales e indemnizatorias, y de Seguridad Social por muy diversas normas. El concepto de propia actividad, merecedor por su ambigüedad y trascendencia de un estudio específico, posee un carácter interdisciplinario, siendo las Sentencias que mejor han llegado a precisarlo las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9274) y de 18

(61) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 9 de enero de 1998 (AS 1998, 134).

(62) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de diciembre de 1996 (RJCA 1996, 2288).

(63) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7209).

(64) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de julio de 2001, recogida en *Actualidad Laboral*, número 2, 7 al 13 de enero de 2002, ref. 38.

(65) BERNARDO JIMÉNEZ, I., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social...”, cit., p. 197.

(66) La empresa sucesora no asume responsabilidad alguna por las infracciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales de la sucedida, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de julio de 1996 (RJCA 1996, 1054).

de enero de 1995 (RJ 1995, 514). Sentencias cuya influencia en el ámbito de estudio en el que nos encontramos es indudable, siendo citadas expresamente por Sentencias del orden contencioso-administrativo como pautas de esencial referencia<sup>67</sup>.

Para las sentencias relacionadas, estamos ante la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa comitente cuando se trata de “obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, los que forman parte de las actividades principales de la empresa”<sup>68</sup>, entendiendo por ciclo productivo, “el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado, en el cual se identifica el fin de la empresa”<sup>69</sup>. El criterio que determina la coincidencia en la actividad es, a juicio del Tribunal Supremo, más que la inherencia al fin de la empresa “la indispensabilidad para conseguirlo”<sup>70</sup>. En suma, estaremos ante contrata o subcontrata de este tipo cuando de no haberse concertado la contrata o subcontrata, “la obras o servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”. Se asume, por tanto, un concepto *in extenso* de contrata correspondientes a la propia actividad de la empresa. “Sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma”<sup>71</sup>. Para que se cumpla el requisito de la “propia actividad” no es necesario que se trate de empresas adscritas al mismo “grupo sectorial laboral (...), pues puede tratarse de industrias diferentes y, no obstante, por la variedad de cometidos de la principal, coincidan esencialmente con los de la auxiliar y sean propios de ella”<sup>72</sup>.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo advierte que la aplicación de un criterio amplio en la interpretación del concepto “propia actividad” no puede llegar a desvirtuar el sentido del precepto. Y si el legislador ha establecido como limitación que se trate de obras y servicios comprendidos en la propia actividad del empresario comitente, es porque no todas o casi todas las contrata o subcontratas estarán normalmente relacionadas con el desarrollo de la actividad de aquél.

Estas dos premisas: interpretación amplia del concepto de “propia actividad”, pero sin que tal diluya la existencia de la limitación legal, llevan al Tribunal a una tercera conclusión: “la solución a la problemática apuntada, sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto”.

(67) Vg.: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de mayo de 2000 (RJCA 2000, 1605).

(68) Sentencia de 18 de enero de 1995, Fundamento de Derecho II.

(69) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, Considerando IV de la Sentencia apelada, recogido por el Tribunal Supremo.

(70) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995.

(71) *Ibidem*.

(72) Recogiendo la doctrina del Tribunal Central de Trabajo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1997 (AS 1997, 2795).

## La responsabilidad administrativa en las contratas y subcontratas

Esta última conclusión, ha dado pie a una casuística judicial no sólo no uniforme sino en ocasiones contradictoria<sup>73</sup>, cuya mera exposición por la doctrina da lugar a resultados realmente sorprendentes<sup>74</sup>. Incluso ciñéndonos a la esfera propia de este estudio, los resultados son difíciles de admitir.

Se considera que empresa principal y contratada coinciden en la “propia actividad” en los siguientes supuestos:

– Dentro del ámbito de la construcción, empresas que efectúen labores complementarias, necesarias para la finalización y entrega acabada de la obra. Se considera, en consecuencia, que concurre el requisito de la “propia actividad”: cuando la principal está encargada de la ejecución de la obra y la empresa subcontratada se dedica a labores de instalación y montaje específicas<sup>75</sup>; cuando la empresa principal y contratada ejecutan fases o acciones específicas dentro de la misma obra –albañilería y encofrado<sup>76</sup>, realización de la obra y montaje de andamios en la misma<sup>77</sup>, realización de la obra y albañilería<sup>78</sup>, realización de la obra y ejecución de estructuras de hormigón<sup>79</sup>, ejecución de unas naves y pintura de las mismas<sup>80</sup>, realización de una obra e instalación eléctrica de la misma<sup>81</sup>–.

**LA INFRACCIÓN DEBE PRODUCIRSE DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONTRATA, REFERIDA NO AL PERÍODO CONTRATADO PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA SINO AL MOMENTO EFECTIVO DE REALIZACIÓN DE LOS TRABAJOS CONTRATADOS**

(73) En el mismo sentido, TOLOSA TRIBIÑO, C., “La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, julio de 1998, p. 11. En el citado estudio puede hallarse un apretado compendio de supuestos analizados por los Tribunales Superiores de Justicia durante el año 1996, *ibidem*, p. 13.

(74) *Conferre* una síntesis de los indicios interpretativos para la doctrina del concepto “propia actividad” en el estudio de TOLOSA TRIBIÑO, C., “La responsabilidad...”, cit, p. 11. Recoge una jurisprudencia posterior y en muchos casos claramente contradictoria: PÉREZ CAPITAN, L., “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 18, enero de 1999, pp. 65 a 68.

(75) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2000, ya citada –empresa encargada de la ejecución de un pabellón deportivo y empresa que procede a la instalación de la cubierta del mismo–.

(76) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de noviembre de 1996 (RJCA 1996, 2223).

(77) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 1997 (RJCA 1997, 1620).

(78) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 1998 (RJCA 1998, 4478).

(79) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero de 1995 (RJCA 1995, 222).

(80) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 9 de enero de 1998 (AS 1998, 134) en relación a la imputación de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

(81) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de febrero de 1997 (RJCA 1997, 1942). En este supuesto, la argumentación de la empresa para fundamentar la identidad de actividad es más elaborada: Se sigue un “criterio funcional amplio” para dirimir la coincidencia en la actividad, bastando con que la actividad subcontratada “pueda incluirse en el círculo de la actividad de la empresa principal o contratista”. Y en este caso, “ha quedado acreditado que la actividad realizada por el trabajador accidentado se realizaba en el centro de trabajo de la recurrente, y que existía un contrato en virtud del cual la empresa subcontratista estaba obligada a desarrollar en la obra citada la ejecución de los trabajos de instalación eléctrica de la misma, bajo la dirección técnica de la obra, pre-

– También dentro del ámbito de la construcción se considera “propia actividad” las labores de promoción-construcción y construcción aun cuando en la obra en la que se hayan materializado las infracciones la empresa considerada como principal se limite a actividades de promoción<sup>82</sup>.

– Por último, se considera “propia actividad” en un sentido amplio las labores de mantenimiento eléctrico de una empresa imbricada en el sector químico, concretamente “a la fermentación y síntesis de productos antibióticos”, cuando el accidente de trabajo del operario de mantenimiento eléctrico acaece como consecuencia de las quemaduras por las radiaciones emitidas por los germicidas puesto que “ha de considerarse que la actividad que desarrollaba el trabajador cuando sufrió el accidente no era ajena, sino por el contrario, pertenece al ámbito específico de la actora y entra dentro del concepto de propia actividad”<sup>83</sup>.

No tienen, por el contrario, la misma actividad:

– Las empresas que dedicadas a una actividad diversa de la de construcción o de la realización de instalaciones mediante obra, contratan a otra para la realización de una obra en su centro de trabajo: ya sea la realización de unas estructuras metálicas<sup>84</sup>, la reforma o construcción de un edificio destinado a centro comercial donde se realiza o realizará la actividad de gran almacén de la comitente –puesto que “la actividad de construcción es diferente de la comercial”–<sup>85</sup>, la reparación e impermeabilización de la cubierta de una nave industrial que se destina a taller de una entidad dedicada a la construcción de naves militares<sup>86</sup>.

dicándose el accidente con ocasión de estar realizando el montaje de la instalación eléctrica en el techo del recinto del interior de un chalé, empleando un andamio modular metálico, propiedad de la recurrente y que estaba instalado con anterioridad (...)”.

(82) “Negar la identidad de actividad que exige el precepto entre una empresa inmobiliaria dedicada a la promoción y construcción de viviendas y la empresa constructora es negar lo evidente”, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de octubre de 1996 (RJCA 1996, 1474), –advirtase que en este supuesto la empresa promotora actuaba sólo como tal, puesto que parece que no poseía operario alguno en la obra–. Un supuesto similar respecto de una empresa dedicada a la promoción-construcción que encarga a una empresa la ejecución como contratista de unas viviendas que ella promueve a otra entidad. El Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7209) considera la existencia de responsabilidad administrativa en la primera empresa que en esta obra actúa sólo como promotor. Un supuesto similar, llegando a confirmar la imposición de sanciones por falta de medidas de seguridad al promotor contiene la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de noviembre de 1996, *Actualidad Laboral*, núm. 15, 7 a 13 de abril de 1997, referencia 482.

(83) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 1999, *Actualidad Administrativa*, 169/1999.

(84) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 8011).

(85) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de mayo de 2000 (RJCA 2000, 1605) referida a la construcción de un centro comercial nuevo y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de septiembre de 1999 (RJCA 1999, 3067), referida a las obras de reforma de un centro ya existente.

(86) Sentencia de 3 de diciembre de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (RJCA 1996, 2288).

## La responsabilidad administrativa en las contratas y subcontratas

– Diversamente a lo expresado en el grupo de Sentencias del apartado anterior no considera que promoción y construcción sean la misma actividad tanto el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de septiembre de 1997<sup>87</sup> y 1 de junio de 2000<sup>88</sup>, como el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la misma Sala en Sentencia de 1 de junio de 1999<sup>89</sup>.

Como hemos podido comprobar la variedad de criterios es, sobre todo en relación a la relación promoción-construcción, real. Y aun comprobaríamos que es más inquietante la situación si trajéramos a colación las Sentencias que sobre el concepto de “propia actividad” se han vertido en el orden social<sup>90</sup>. Tal situación sólo puede ser solventada a través de una modificación de la legislación vigente en el sentido que se enunciará posteriormente.

### D) Un supuesto especial: el promotor

Dentro del sector de construcción se ha planteado otra cuestión en orden a la identificación del empresario principal: ¿puede ser considerado como tal el promotor de una obra? Responder a esta cuestión es fundamental no con relación a las obligaciones del promotor en materia de coordinación o las especificadas en el RD 1627/1997, cuestión que aquí no se aborda<sup>91</sup>. Como tampoco es necesaria la resolución de este interrogante con respecto a a la figura del promotor-constructor que como contratista principal de la obra por el mismo promovida asume las obligaciones y responsabilidades propias de ambos. Nos referimos aquí al promotor puro definido como tal en el artículo 2º del Real Decreto 1627/1997<sup>92</sup>.

(87) (RJCA, 1997, 2586). De forma sorprendente, se llega a afirmar que “la actividad de promoción no está en relación directa y necesaria con la construcción, en el sentido de exigir imperiosamente una necesidad de ésta” –Fundamento de Derecho II–.

(88) (RJCA 2000, 1976).

(89) (RJCA 1999, 2970). Lo que parece ser un criterio consolidado de este Tribunal que cita una Sentencia de 17 de febrero de 1997 de la misma Sala y Sección con la misma postura. No incluimos a estas Sentencias en el apartado anterior a pesar de referirse a la construcción de un centro comercial porque el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no utiliza como criterio para su resolución la diferenciación entre la actividad comercial y la de construcción, sino la disimilitud entre la actividad de promoción y construcción –Véase Fundamento de Derecho II, párrafo último–.

(90) Reiteremos lo que ya se afirmó en un estudio precedente: “Conviven, pues, entre en nuestros Tribunales Superiores de Justicia dos corrientes extremas y enfrentadas en torno al concepto de “propia actividad”: La primera efectúa una aplicación extensiva del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa, y, por ello, aplica el mecanismo de la responsabilidad solidaria ex artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores a todas aquellas contratas que no están “totalmente desconexas” de la finalidad de la empresa principal, y cuyos servicios son necesarios para el desarrollo de la actividad de ésta. La segunda mantiene un concepto restringido del concepto de contrata correspondiente a la “propia actividad”, exigiendo para su apreciación que el servicio prestado por el contratista secundario o subcontratista al comitente sea “absolutamente esencial para el fin de la empresa”, excluyéndose, en consecuencia, las contratas destinadas a satisfacer finalidades accesorias o complementarias de la principal. En mi opinión, ninguna de las dos posturas coincide con la tesis de la aplicación extensiva pero ponderada expresada *supra* por el Tribunal Supremo”, PÉREZ CAPITÁN, L., “Una aproximación...”, cit., pp. 67 y 68.

(91) *Conferre* en esta materia: MIÑARRO YANINI, M., “Obligaciones ....”, cit., pp. 57 a 60.

(92) “a) Cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra.” LÓPEZ-ROMERO completa la noción de promotor transcrita con la contenida en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación: “(...) cualquier persona física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”, LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P., “El Real Decreto 1627/1997, sobre medidas de seguridad y salud en las obras de construcción”, *Información Laboral*, núm. 3, 2002, p. LN 28.

La modificación de la LPRL por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social supuso incluir expresamente entre los sujetos responsables administrativamente de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo al promotor. Y tal carácter está reflejado claramente en el artículo 2º.8 de la actual LISOS. Sin embargo, la responsabilidad del precepto citada parece estar dirigida a la imputación de aquellos incumplimientos que afectan directamente al promotor. Pero ¿qué sucede ante los incumplimientos de los contratistas o subcontratistas? ¿Responde o no solidariamente con ellos el promotor? Como hemos podido deducir de lo hasta ahora expuesto, la respuesta de los Tribunales es confusa, si bien se ha generado sobre una realidad anterior a la fecha de la normas señaladas. Para un sector de nuestros Tribunales, el promotor no responde como empresa principal al no poder ser considerado como empresario en la relación laboral, sin que la posesión de la condición de “empresa únicamente” derivada “de su forma societaria en el ámbito de su giro o tráfico característico, pero no de relación alguna con supuestos trabajadores a su cargo en la ejecución de la obra”<sup>93</sup> le haga responsable de los incumplimientos en materia de Prevención de Riesgos Laborales que acaezcan en el decurso de la obra que no le sean directamente imputables. Para esta tendencia sólo tiene a su cargo la deuda de seguridad el empresario a efectos laborales<sup>94</sup>, sin que el régimen de responsabilidad solidaria prevista en la ley pueda extenderse “a casos y circunstancias distintos de los previstos en la Ley, al ser normas de trascendencia sancionadora que no pueden ser objeto de interpretación extensiva o de aplicación analógica”<sup>95</sup>.

Sin embargo, para otra línea jurisprudencial, en la que parece hallarse el Tribunal Supremo<sup>96</sup>, y que también tiene su reflejo en el orden social<sup>97</sup>, el promotor responde de los incumplimientos que afectan a los trabajadores de la empresa contratada al concurrir en el mismo los requisitos expuestos *supra*<sup>98</sup>, y es que negar la identidad de actividad es “negar lo evidente”<sup>99</sup>, sosteniéndose, además, un concepto de centro de trabajo amplísimo<sup>100</sup>.

(93) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, ya citada, de 1 de junio de 2000.

(94) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, ya citada, de 30 de septiembre de 1997.

(95) *Ibidem*.

(96) Sentencias del Tribunal Supremo, ya citadas, de 7 de octubre de 1997 y 12 de noviembre de 1996. Sin embargo, obsérvese que el Tribunal Supremo en la misa Sala en Sentencia de 14 de enero de 1998 (RJCA 1998, 595) confirma la anulación de un requerimiento emitido por la Inspección de Trabajo a una Comunidad de Propietarios por considerar que la norma “sólo contempla a los empresarios como posibles responsables de las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo”.

(97) *Conferre* Sentencias ya citadas del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de junio de 1997.

(98) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 1999 (RJCA 1999, 2076).

(99) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ya citada, de 28 de octubre de 1996.

(100) El ya advertido *supra* en el Fundamento de Derecho IV de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997.

## La responsabilidad administrativa en las contratas y subcontratas

A mi juicio, ambas corrientes presentan problemas. La primera, porque vulnera con claridad la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al considerar que entre la promoción y construcción no puede apreciarse identidad de actividad, lo cual como se ha señalado antes es negar lo evidente. La segunda, porque mantiene un concepto tan amplio de centro de trabajo que diluye el requisito legal hasta hacerlo desaparecer. El simple promotor responderá de sus omisiones, y sólo de las vulneraciones de los contratistas y subcontratistas cuando concurran todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 42.3 de la LISOS.

### 5. CONCLUSIONES

La imputación al empresario principal de una responsabilidad directa ante los incumplimiento del deber de vigilancia del artículo 24.3 de la LPRL más que una afirmación dudosa es contraria a ley. Sin embargo, que *de lege data* sostengamos tal criterio no significa que no advirtamos los problemas reales que en la búsqueda del verdadero responsable o culpable del incumplimiento presenta el mecanismo de la responsabilidad solidaria, sin llegar a sostener, como hemos visto que así hace un sector de la doctrina, que este tipo de responsabilidad contraría los principios que rigen el Derecho Sancionador. Todo lo contrario, tal vez desde el punto de vista de la técnica jurídica, y apreciada en su conjunto, la regulación que implantó la LPRL y continuó la actual LISOS es superior a la de la antigua LISOS. No obstante, reiteremos que es cierto que la responsabilidad solidaria es un mecanismo insuficiente para cualquier atento observador de la realidad de la aplicación de la normativa vigente para poder profundizar en la búsqueda del responsable real, en cuanto sujeto capaz de decidir sobre las condiciones de trabajo de los operarios sea cual sea la empresa a la que pertenezcan, y con ello atajar uno de los puntos de escape en la aplicación del Derecho Social.

Para obviar tal problemática no es posible forzar la norma en su aplicación, desnaturalizándola, puesto que ello conduce a una inseguridad jurídica que es peor remedio que la enfermedad que se pretende sanar. Sólo el cambio legislativo puede solventar esta situación. Abogamos por un cambio normativo que no suponga la vuelta al sistema del artículo 40 de la LISOS de 1988, puesto que presentaba graves carencias, sino la instauración de un sistema nuevo que posibilite la atribución clara de las responsabilidades de cada uno de los sujetos que intervienen en la cadena de subcontratación. Las responsabilidades de tales sujetos podrían ser individuales o concurrentes pero la importancia de la descentralización productiva ha llegado a tal punto que exige una normativa específica que solucione de una vez por todas una problemática que tiene todos los visos de convertirse en uno más de los asuntos pendientes del Derecho Social.



# El objeto de la protección por desempleo tras el Real Decreto-Ley 5/2002: la involuntariedad en la situación de desempleo

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO

Profesor Asociado  
de la Universidad de  
Cantabria  
Letrado del Instituto  
Nacional de Empleo

## Sumario:

I. Introducción. II. Exigencia de la voluntad de trabajar. III. Eliminación de la exigencia de reclamar frente al cese. IV. Alcance y sentido de la reforma. V. Mantenimiento del requisito de la involuntariedad. VI. Reflexiones finales.

### I. INTRODUCCIÓN

A la espera de las posibles modificaciones que puedan ser introducidas en el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, por la vía de su tramitación parlamentaria al objeto de su conversión en ley, resulta de particular interés señalar alguna de las novedades introducidas y conviene hacer una reflexión, siquiera breve, sobre lo que considero como uno de los aspectos básicos de la reforma llevada a cabo por la norma en cuestión sobre el sistema actual de protección por desempleo: me refiero a la desaparición de la exigencia de reclamar frente al despido en relación con el concepto de involuntariedad como elemento configurador del modelo protector.

Ha habido, sin duda, una creciente tendencia social a considerar al parado como alguien que permanece en situación de desempleo por voluntad propia, que difícilmente sentirá la necesidad de buscar un nuevo empleo –perdido el anterior– mientras aproveche de las prestaciones económicas que le otorga el sistema. Que, además, existen conductas frau-

dulentas en orden a la obtención de las prestaciones, es un hecho indubitado que la propia jurisprudencia ha puesto reiteradamente de manifiesto ya desde épocas pasadas y que, en la actualidad, debe ser plenamente reconocido. Sin embargo, no es tanto el conocimiento técnicamente exacto que la población tiene del problema del fraude o de su extensión e influencia lo que, a mi juicio, ha extendido la creencia –bastante arraigada en algunos sectores– de que la persona del desempleado no es merecedora de protección, en términos generales, al encontrarse en una situación querida, o al menos admitida por ella, y a la que no pone remedio intentando su inmediata reincorporación al mercado de trabajo.

Las prestaciones por desempleo, como es sabido, surgieron y se desarrollaron con la técnica del seguro social –como el resto de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social–, es decir, en base al principio contributivo que pone en relación la cotización previa con la subsiguiente prestación económica que se devenga acaecida la situación de necesidad y reuniendo los requisitos exigidos al efecto. Y siendo esto así: un derecho subjetivo de contenido económico que deviene de una precedente aportación dineraria, no se comprende la dificultad que a veces existe en admitir la cobertura de los desempleados y no la de otros grupos protegidos por el sistema como son los jubilados, los enfermos o los incapacitados, colectivos donde a priori la existencia del fraude no puede en modo alguno descartarse. La general sospecha de que el parado percibe prestaciones indebidamente no alcanza con la misma intensidad a esos otros colectivos mencionados, y no ya por la mayor o menor extensión del fraude, sino por la propia naturaleza y finalidad de la protección; así, nadie pone en duda la necesidad de otorgar prestaciones a un inválido y, por el contrario, parece dudarse de la bondad de las prestaciones cuando se trata de los desempleados.

Claro es que la objetivación del riesgo es más fácilmente asumible y de una más directa y exacta comprobación en las situaciones de enfermedad o jubilación que en el caso del desempleo, donde la falta de ocupación puede entenderse como debida no únicamente a elementos o factores externos y extraños al sujeto (ofertas de empleo insuficientes o inadecuadas), sino a la propia actitud del desempleado (pasividad en la búsqueda de colocación o rechazo de ofertas de trabajo). Pero no parece apropiado derivar de ello una fácil y endeble justificación que sitúe al parado extramuros del sistema protector, como si fuera el comportamiento de los sujetos el que origina la situación de desempleo y no la realidad económica o los requerimientos del mercado de trabajo. Desde este punto de vista, el sistema protector frente al desempleo podría contaminar la relación entre oferta y demanda de trabajo y, así, se plantea como reproche desde ciertos sectores que las prestaciones tienen el efecto de mantener y prolongar la situación de paro en los trabajadores, los cuales permanecen desincentivados ante la búsqueda de empleo al amparo de la cobertura económica que les proporciona el seguro. Posición esta que resulta a todas luces exagerada e insostenible en el propio funcionamiento lógico del mercado de trabajo, y más cuando la precariedad en el empleo parece instalada de forma irreversible en la configuración actual de ese mercado. De otro lado, las prestaciones por desempleo son de duración temporal y escasa, su cuantía es sensiblemente inferior al salario y la forma

de acceso y permanencia deviene especialmente dificultosa debido a la exigencia de requisitos estrictos. En consecuencia, no puede ser muy aventurado afirmar que el desempleado prefiere encontrar y conservar un empleo que mantenerse percibiendo la prestación. Resulta innecesario insistir, pues, en la idea de que el parado se encuentra en tal situación no de forma voluntaria, como parece creerse, sino por consecuencia de factores que le son ajenos y, por tanto, incontrolables para él.

En este sentido, el ordenamiento se cuidó siempre de resaltar la nota de involuntariedad en la situación de desempleo como el primero de los requisitos exigibles y condición sin la cual se hacía imposible el acceso a la protección. Lo que se pretende es el aseguramiento del paro involuntario (el que no dependa en manera alguna de la voluntad del asegurado, en palabras de PAUL DURAND), de forma que la intención demostrada de trabajar por parte del sujeto, evitando así una situación de desocupación, se convierta en elemento sustancial y constitutivo del concepto mismo de situación de necesidad protegida.

### II. EXIGENCIA DE LA VOLUNTAD DE TRABAJAR

Hasta ahora, y de acuerdo con la dicción del artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que recoge el sentido histórico en que se funda el otorgamiento de prestaciones frente al paro, aquella voluntad demostrada de trabajar ha constituido la condición imprescindible para que el desempleado pudiera acceder al derecho de cobertura económica cuando perdía su empleo, siendo así que el objeto de la protección no es otro que la contingencia de desempleo en que se encuentran los que “queriendo trabajar” pierdan su empleo (sumando la condición legal de poder trabajar).

La exigencia de esta voluntad de trabajar se sitúa en dos planos y debe quedar acreditada mediante una doble técnica: por un lado, la defensa activa del puesto de trabajo evitando, en lo posible, su pérdida (involuntariedad en la pérdida del empleo o inimputabilidad del cese en la ocupación y utilización de las acciones impugnatorias frente a las decisiones extintivas del empresario) y, por otra parte, una vez en situación de desempleo, mostrando total disponibilidad para acceder a una nueva colocación (inscripción como demandante de empleo en los registros del Servicio Público de Empleo y aceptación de las ofertas de trabajo así como de otras medidas para facilitar la

**LA EXIGENCIA DE ESTA VOLUNTAD DE TRABAJAR SE SITÚA EN DOS PLANOS: POR UN LADO, LA DEFENSA ACTIVA DEL PUESTO DE TRABAJO EVITANDO, EN LO POSIBLE, SU PÉRDIDA Y, POR OTRA PARTE, UNA VEZ EN SITUACIÓN DE DESEMPLEO, MOSTRANDO TOTAL DISPONIBILIDAD PARA ACCEDER A UNA NUEVA COLOCACIÓN**

inserción laboral que le puedan ser ofrecidas). Así pues, el objeto de la protección queda enmarcado por una situación de desempleo no querida por el trabajador que, habiendo mostrado su disconformidad con la decisión empresarial de extinguir su contrato de trabajo e impugnado tal decisión, muestra una clara voluntad de acceder de nuevo al mercado de trabajo a través de una nueva colocación.

La voluntariedad en el cese no da lugar a la cobertura, siendo ésta la idea base o el pilar a partir del cual se ha venido articulando el modelo protector por desempleo. Pero además, y en estrecha relación con lo anterior, si el trabajador era despedido y no planteaba reclamación frente al empresario, a través de la correspondiente acción, no se consideraba en situación legal de desempleo y, por tanto, no cabía otorgarle derecho a las prestaciones. La exigencia de esta acción impugnatoria por parte del sujeto despedido venía señalada en el artículo 208.2.2 LGSS, de manera que no se consideraba en situación legal de desempleo al trabajador cuando habiendo sido despedido no reclamaba en tiempo y forma oportunos frente a la decisión empresarial. Y el Real Decreto 625/1985 (que constituye, ya muy en precario pero aún vigente, el reglamento de las prestaciones por desempleo) exigía de manera expresa tal reclamación cuando, a la hora de acreditar la situación legal de desempleo en estos casos, resultaba imprescindible la aportación del acta de conciliación administrativa o judicial o la sentencia definitiva recaída en el correspondiente proceso.

### III. ELIMINACIÓN DE LA EXIGENCIA DE RECLAMAR FRENTE AL CESE

La reforma introducida por el RD-Ley 5/2002, viene a trastocar de algún modo el modelo de protección basado en aquella idea señalada de defensa del puesto de trabajo, por cuanto ya no es necesario reclamar frente a la acción empresarial de despido para constituir la situación legal de desempleo; bastará con la comunicación o carta de despido para que quede acreditada legalmente tal situación y dé comienzo el abono de las prestaciones. Es el propio acto del despido (cese en el trabajo) el que abre el derecho a la protección y no, como anteriormente, su calificación como improcedente o procedente (lo que requería necesariamente la conciliación, administrativa o judicial, o la sentencia del orden social y, por tanto, la necesaria acción impugnatoria por parte del trabajador). A decir del actual artículo 209.4 LGSS “en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo”, norma que explica, innecesariamente, la nueva dicción del artículo 208.1.1.c) LGSS: se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extinga su relación laboral (...) “por despido”. A mayor abundamiento, la Disposición Transitoria Segunda del RD-Ley 5/2002 dispone que, en este caso, la situación legal de desempleo se acreditará por el trabajador mediante “... la notificación por escrito a que se refiere el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

Del mismo modo, debe entenderse ya como de no aplicación el artículo 208.1.1.f) LGSS que exigía, para constituir la situación legal de desempleo en los supuestos de contrata-

## La involuntariedad en la situación de desempleo

ción temporal, la “expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato” y siempre que no fuera el trabajador quien hubiera denunciado dicha causa. De conformidad con la nueva redacción del artículo 209.4 LGSS, “en el supuesto de extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo”. Ahora, con la reforma, no es exigible actividad impugnatoria alguna por parte del trabajador, aun cuando el cese efectivo se produzca antes de la fecha de finalización pactada en el contrato, o de la fecha final de las eventuales prórrogas, o con posterioridad a tales fechas si se hubiera continuado en la prestación de servicios más allá de la duración máxima del contrato o de sus prórrogas; bastará, en todo caso, con la comunicación de cese emitida por el empresario para que la situación legal de desempleo quede acreditada y comience el abono de la prestación por desempleo, de reunirse el resto de los requisitos. Queda así desconectada la situación legal de desempleo del cumplimiento del contrato en sus términos temporales, con la única exigencia, para fijar aquella situación, de que sea el empresario quien dé por concluida la relación laboral, ya sea antes o después de la fecha o causa pactada en el contrato.

### IV. ALCANCE Y SENTIDO DE LA REFORMA

La idea de no reclamación frente al despido, o por el cese irregular, antes o después del término del contrato, en los casos de prestación temporal de los servicios, o frente a la expulsión del socio trabajador de cooperativas, o por el cese en período de prueba, aun cuando éste viniera fijado con anomalías, choca frontalmente con el principio de defensa activa del puesto de trabajo, que venía siendo uno de los componentes de la condición básica de “querer trabajar”; la acción impugnatoria por parte del trabajador, que no se aquieta frente a aquella decisión extintiva del empresario, tenía la virtualidad de situar al sujeto en una posición real de paro involuntario si, a pesar de todo, quedaba en situación de desempleo con pérdida de su ocupación. La reforma, al omitir toda exigencia de aquella reclamación frente al cese, abre la vía de acceso a las prestaciones por desempleo para los trabajadores aun cuando éstos no hayan demostrado en modo alguno la voluntad de defensa de su empleo, suprimiendo así uno de los pilares en que se basaba la situación de paro involuntario protegible.

Pero es más, con la nueva regulación nada parece impedir el acceso a las prestaciones aun cuando sea el propio trabajador quien provoca su cese en la empresa, manteniendo una premeditada conducta que derive en causa justa de despido disciplinario. Bien es cierto que con anterioridad a la reforma también se protegía la situación del trabajador cuyo despido era calificado como procedente, pero con una importante penalización temporal: el período de duración del proceso por despido (ya que era exigible en todo caso sentencia del orden social) más el período de espera de tres meses tras la sentencia que lo declaraba procedente: períodos en los que el trabajador ni podía percibir salarios de tramitación, por no haber lugar a ellos, ni indemnización alguna, ni prestación por desempleo. En este sentido, no parece que el trabajador fuera a provocar su despido sabiendo que el abono de las prestaciones comenzaría a tan largo plazo. Sin embargo, con la norma actual que hace surgir la prestación al día siguiente del despido, con indepen-

dencia de cuál sea su causa, el trabajador no tiene ahora ningún impedimento para situarse voluntariamente en situación de desempleo manteniendo aquella conducta señalada que concluya con su despido, consciente de que podrá acceder a la protección instantáneamente.

Con este panorama, parece indudable que ha quedado muy relativizado —si es que no ha desaparecido por completo— el principio de defensa activa del puesto de trabajo como condición inexcusable de acceso a la cobertura y, en esta línea, cabe preguntarse, como ya señalaba VENTURI, si resulta incompatible con el requisito de la voluntad de trabajar el hecho de que el asegurado haya originado su situación de desempleo. Entiendo que si el sujeto sólo debe demostrar su voluntad de trabajar una vez admitido a la protección como persona desempleada, el modelo queda incompleto y falto de coherencia, en cuanto resulta incomprensible cómo puede ponerse tanto énfasis en la exigencia de voluntad de ocupación a un parado receptor de prestaciones (suscripción obligatoria del “compromiso de actividad” y su mantenimiento, aceptación de ofertas de empleo, etc.), cuando pudo él mismo haber provocado su propia situación de desempleo incurriendo en causa de despido y no queda por ello excluido de la protección. Esta situación, parece lógico, va a resultar poco inteligible y, sin duda, puede acrecentar la tendencia a no considerar al desempleado como sujeto digno de protección.

## V. MANTENIMIENTO DEL REQUISITO DE INVOLUNTARIEDAD

No obstante, con la nueva norma continúa permaneciendo, al menos de una manera formal, el requisito de “involuntariedad” como constitutivo de la situación legal de desempleo, de tal forma que *no se considera* en aquella situación a los trabajadores “*cuando cesen voluntariamente en el trabajo*” (a excepción de los casos previstos en los artículos 40, 41.3 y 50 del Estatuto de los Trabajadores), “*cuando declarado improcedente o nulo el despido por sentencia firme y comunicada por el empleador la fecha de reincorporación al trabajo, no se ejerza tal derecho por parte del trabajador*”, o “*cuando no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente*” (artículo 208.2, números 1, 3 y 4 LGSS). Igualmente carecen de la condición legal de desempleados los trabajadores que denuncien la finalización de su contrato temporal [artículo 208.1.1.f) LGSS] o los que cesen en período de prueba a voluntad propia [artículo 208.1.1.g) LGSS]. Son todos ellos supuestos en los que el trabajador pone de manifiesto una actitud negativa en cuanto al mantenimiento de su puesto de trabajo, ya sea porque lo abandona voluntariamente o porque no regresa al mismo pudiendo hacerlo.

Al parecer, la pretensión del sistema es la de mantener desprotegidos a los sujetos que intencionalmente quedan en situación de desempleo, por haber mostrado una conducta de claro abandono de su puesto de trabajo; y ello por cuanto la técnica protectora, la del seguro, se atiene al principio general de no otorgar cobertura al asegurado que deliberadamente causa el riesgo, en este caso, el que voluntariamente llega a la situación de desempleo. Pero, al contrario, y a la vista de la actual regulación, no se observa la misma

## La involuntariedad en la situación de desempleo

precaución impeditiva en determinados supuestos en los que el trabajador puede haber actuado con idéntica voluntariedad en la pérdida de su empleo, si bien la causa de su cese en la relación laboral viene de hecho enmascarada mediante un acto formal de despido que por sí solo lo coloca en situación legal protegida. No se alcanza claramente a comprender cuál sea la razón por la que el modelo de protección ha optado por acoger en su seno, y otorgar la prestación, al trabajador que, siendo despedido, no plantea reclamación en defensa de su empleo, lo que supone, de hecho, abrir una ancha vía de acceso a la cobertura exenta de las necesarias garantías de control sobre la causa real del cese en el trabajo y, en definitiva, sobre la involuntariedad de dicho cese.

El modelo español de protección por desempleo no ampara, sin más a quienes se encuentran en situación de necesidad a consecuencia de la pérdida de su empleo, aunque ésta sea la finalidad última: otorgar prestaciones económicas en forma de rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir tras la pérdida de la ocupación. Es preciso que esa pérdida se incardine en alguno de los supuestos que el artículo 208 LGSS considera como determinantes de una situación legal de desempleo; y de tal precepto deriva, positiva o negativamente, el acceso a las prestaciones según la involuntariedad o voluntariedad del trabajador en la pérdida de su empleo. La importancia del artículo 208 LGSS, aparte la de fijar el hecho causante y la fecha de referencia para el inicio del abono prestacional, radica tanto en lo que expresamente dispone: que no se encuentra en situación legal de desempleo el trabajador cuando cesa voluntariamente en el trabajo, como en lo que se desprende de su contenido y constituye su esencia: que la involuntariedad es una exigencia absoluta aplicable a las causas de cese en la relación laboral, sin la cual no puede existir situación legal de desempleo (con las salvedades conocidas que aparecen en el precepto). De esta forma, el entramado de causas establecidas para que la pérdida de la ocupación (extinción o suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo) se convierta en objeto de la protección, tiene como finalidad la de establecer una garantía general de involuntariedad de la situación de desempleo. En consecuencia, puede afirmarse que la involuntariedad es, de hecho, un elemento constitutivo del objeto de la protección o situación protegida, aun cuando en la definición que a tales efectos contiene el artículo 203 LGSS no aparezca expresamente, sino a través de la exigencia del “querer trabajar”.

**YA NO ES NECESARIO RECLAMAR FRENTE A LA ACCIÓN EMPRESARIAL DE DESPIDO PARA CONSTITUIR LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPEÑO; BASTARÁ CON LA COMUNICACIÓN O CARTA DE DESPIDO PARA QUE QUEDE ACREDITADA LEGALMENTE TAL SITUACIÓN Y DÉ COMIENZO EL ABONO DE LAS PRESTACIONES**

## VI. REFLEXIONES FINALES

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 5/2002 abre una puerta, aunque de manera tímida e incoherente (y tal vez no deseada en sus resultados, pero obligada por la supresión de los salarios de trámite en los procesos de despido), para el acceso a la protección de los trabajadores desempleados que hubieran perdido su empleo de manera voluntaria. En efecto, si la prestación se hace surgir del mero hecho del despido –tal como introduce la norma–, sin obligación de plantear reclamación, cómo puede determinarse objetivamente que el cese en la relación laboral responde a una decisión unilateral del empresario y no fue debido a la voluntad del trabajador que premeditadamente (voluntariamente), con su conducta, forzó la adopción de aquella decisión con el objetivo de quedar en desempleo y acceder a las correspondientes prestaciones (o si el despido encubre el mutuo acuerdo entre las partes). Y si este cese se considera ahora como no voluntario, cómo admitir la denegación de prestaciones al trabajador que deja su empleo impulsado por una personal y justificada causa, por más voluntario que sea dicho cese; o cómo impedir el acceso a la protección al trabajador que cesa voluntariamente en período de prueba, cuando la legislación laboral se lo permite, sin que de todo ello resulte una incoherencia. Seguramente muchos trabajadores que voluntariamente hubieran optado por dejar su empleo, por la causa que fuere, van a utilizar ahora este nuevo mecanismo para acceder a la protección que es el despido, instrumentándose así una situación legal de desempleo que no responde a la finalidad protectora, excluyente de los comportamientos fraudulentos.

A la vista de la regulación introducida por el nuevo Decreto, quizá sea el momento de plantear una reflexión en torno al mantenimiento de la exigencia de involuntariedad en la pérdida del empleo como condición inexcusable de acceso a la protección por desempleo; si la situación protegida debe configurarse en base únicamente al dato cierto y contrastable de la pérdida del trabajo que se venía desarrollando, y si con ello la finalidad del modelo de cobertura frente al paro se resiente. Desde luego, la idea de otorgar prestación por desempleo al sujeto que no ha demostrado voluntad de trabajo, que no defiende su empleo, y no digamos ya cuando busca deliberadamente su situación de paro, es difícilmente asumible dentro de un sistema de Seguridad Social, establecido para otorgar prestaciones públicas ante situaciones objetivas de necesidad en que se encuentran los sujetos por causas a ellos no imputables o ajenas a su voluntad. Pero también resulta cierto que el principio contributivo, en su aplicación pura, permitiría adoptar un sencillo modelo que atienda sólo al binomio cotización-prestación, sin la exigencia de otros requisitos que el de reunir el período de ocupación cotizada que se fije como imprescindible para acceder a las prestaciones.

Puede entenderse que la protección general frente al desempleo no debe configurarse únicamente con prestaciones económicas que se devenguen actualizado el riesgo, o con medidas de política de empleo que tiendan a facilitar el retorno al mercado de trabajo de los desempleados, también resultaría necesario la existencia de medidas que protejan el empleo del que se disfruta y, entre ellas, parece claro situar la acción procesal contra el

## La involuntariedad en la situación de desempleo

despido —o, en general, contra la extinción del contrato— que garantice al empleado unos medios de defensa frente al empresario cuya finalidad sea la del mantenimiento del puesto de trabajo, evitando en lo posible una eventual situación de desempleo que dé lugar al percibo de prestaciones. Bien es verdad que este modelo, tal como se viene desarrollando, peca de un exceso de judicialización y que el empleo de las acciones impugnatorias frente a las decisiones empresariales de extinción de los contratos constituye una exigencia de voluntarismo por parte del trabajador que, en definitiva, casi siempre dependerá de la opción del empresario para el mantenimiento de su puesto de trabajo. Pero también es cierto que existe un mayor control sobre las conductas fraudulentas al residenciar el acceso a las prestaciones en una decisión judicial, mecanismo que, sin duda, sirve de freno para el desarrollo de tales comportamientos. Además, socialmente puede resultar más comprensible la protección cuando conlleva unos requerimientos de involuntariedad en la situación de desempleo del sujeto consecuencia de la previa defensa de su puesto de trabajo.

En definitiva, la impresión general que resulta de las modificaciones introducidas por la nueva norma, es la de que el modelo de protección existente hasta ahora, ha quedado truncado. Se partía de un doble requerimiento, *ex ante* y *ex post*, de la condición de involuntariedad en relación con el cese en el empleo: el trabajador estaba obligado a defender su ocupación y, si a pesar de ello, devenía en parado, debía mostrar una indudable voluntad por encontrar de nuevo empleo. Ahora la primera parte del argumento ha quedado relativizado y se ha puesto, por el contrario, especial énfasis en que el desempleado salga cuanto antes de tal situación obligándolo a aceptar prácticamente cualquier oferta de empleo que se le proponga y exigiéndole un compromiso activo y personal en la búsqueda de un nuevo empleo. Si la idea del legislador es la de facilitar sobremanera el acceso a la prestación y, una vez en ella, actuar una fuerte compulsión sobre el beneficiario para que abandone cuanto antes su situación de paro, debería haberse planteado definitivamente la exclusión del requisito de involuntariedad en la pérdida del empleo como constitutivo de la situación protegida. Con ello hubiera actuado de manera más coherente, proporcionando una vía fácil de acceso a la cobertura para los trabajadores con suficientes cotizaciones y exigiendo, a cambio, un mayor compromiso del beneficiario en su salida del ámbito de la protección.



# La nueva regulación de la jubilación parcial (un nuevo paso en el acceso gradual a la jubilación)

**JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES**

Administrador Civil del Estado  
Miembro del Instituto Europeo  
de Seguridad Social

## Sumario:

**I. Introducción. II. La evolución de la jubilación parcial: breve síntesis.** 1. Primer período (1980-1998). 2. Las modificaciones de 1998. 3. La modificación de 2001.

**III. Los aspectos laborales de la jubilación parcial: los contratos a tiempo parcial y de relevo.** 1. La necesidad de que exista una transformación previa de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial (o de un contrato a tiempo parcial en otro de menor jornada). 2. La celebración de un nuevo contrato: el contrato de relevo. 3. Los ámbitos de la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial y de relevo. 3.1. Los mecanismos de cotización a la Seguridad Social. 3.2. El ámbito de la acción protectora. **IV. La jubilación parcial.** 1. Beneficiarios de la jubilación parcial. 2. La cuantía de la prestación. 3. El reconocimiento de la prestación. 4. Reglas de compatibilidad de la jubilación parcial y de extinción de la misma. 5. Particularidades en relación con el reconocimiento de las pensiones que pueden causarse desde la jubilación parcial o con posterioridad a la misma.

## I. INTRODUCCIÓN

La flexibilidad en el acceso a la jubilación es una de las cuestiones estrellas que gravita sobre los sistemas de pensiones, como consecuencia de la problemática sobre la sostenibilidad de aquéllos, presionados por la madurez de los mismos, así como por el incremento de la esperanza de vida de la población. A su vez, el acceso a la jubilación tradicionalmente

se ha conectado con las políticas de generación de empleo, con la finalidad de reducir el desempleo existente, en especial en los colectivos que presentan mayores dificultades en su inserción laboral. De otra parte, en todos los países europeos existe una tendencia a favorecer la permanencia en la actividad de los trabajadores de edad, de ahí que, en los últimos años, toda esta problemática haya hecho oscilar la adopción de las medidas a tomar entre la política de empleo y la política de pensiones, sin que, tal vez, se haya llegado todavía al punto de equilibrio necesario<sup>1</sup>.

Situándonos en el tiempo, la flexibilidad en el acceso a la pensión de jubilación es un tema que, con carácter general, empieza a debatirse en el seno de los sistemas de Seguridad Social a mediados de la década de los setenta, coincidiendo con la crisis económica y dando lugar a determinadas iniciativas legislativas, tanto a nivel nacional, como en el marco de las Organizaciones internacionales. Esta cuestión, tras el aparente silencio de finales de los ochenta y de la década de los noventa, ha vuelto a reaparecer con inusitada fuerza en los principios del presente siglo, de lo cual es muestra que la jubilación flexible constituya un Capítulo dentro del Acuerdo social sobre la mejora y el desarrollo del sistema de la Seguridad Social, suscrito en abril de 2001. No obstante, las finalidades buscadas en uno y otro momento, a través de la implantación de mecanismos flexibles de acceso a la jubilación, difieren sustancialmente, ya que si en los años setenta y ochenta del siglo pasado, la flexibilidad tenía como objetivo básico el reparto del empleo en un contexto de desempleo creciente, actualmente esa flexibilidad se conecta especialmente con el propósito de lograr una demora de los trabajadores en el acceso a la jubilación, prolongando la vida activa de forma total, o combinando la actividad, desarrollada en especial a tiempo parcial, con el disfrute de una percepción pública, también con un importe parcial.

En nuestro sistema, la problemática de la flexibilidad en la jubilación se refleja en el Pacto de Toledo<sup>2</sup>, cuya Recomendación Décima aboga por el establecimiento de medidas que posibiliten que la edad de acceso a la pensión señalada sea flexible y esté dotada de unos caracteres de gradualidad y de progresividad, de modo que la jubilación no impida una presencia social activa del pensionista. En la misma dirección, la flexibilidad en la edad de jubilación ha sido abordada en dos Acuerdos generales, en materia de Seguridad Social, que han sido suscritos tras la aprobación del Pacto de Toledo. Pero, si en el Acuerdo de 1996 la cuestión de la jubilación flexible queda limitada a una valoración negativa de las jubilaciones anticipadas (proponiendo la adopción de medidas que desincentivaran las mismas) por el contrario, en el Acuerdo de 2001 se recoge una serie de medidas orientadas todas ellas a situar nuestro sistema de Seguridad Social en un entorno europeo, en el que

(1) TORTUERO PLAZA, J.L.: "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa", *Tribuna Social*, núm. 107, noviembre, 1999.

(2) El contenido del Pacto de Toledo se recoge en la publicación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996. Un análisis del mismo, en BLASCO LAHOZ, F.J.: *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo. Su desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 y BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social. A propósito del Pacto de Toledo*, CES, Madrid, 1997.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

se están estableciendo medidas en orden a que la jubilación esté dotada de caracteres de flexibilidad y progresividad<sup>3</sup>.

En orden al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Acuerdo Social, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (LRMT)<sup>4</sup> modificó, entre otros preceptos, el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 24 de marzo (ET), relativo a la jubilación parcial en el ámbito de la Seguridad Social, así como al contrato de relevo, consustancial con la primera.

Las modificaciones de la LRMT tienen como objetivo básico dotar de una regulación más flexible a dicha modalidad de contratación (la del contrato de relevo) que, a pesar del tiempo transcurrido desde su implantación<sup>5</sup>, sin embargo apenas ha tenido éxito en la aplicación práctica de la misma, frente a lo que sucedía en nuestro entorno internacional. Además, si anteriormente la figura de la jubilación parcial había estado asociada necesariamente a las políticas de generación de nuevo empleo y del reparto del empleo disponible<sup>6</sup>, en la nueva regulación esta finalidad se combina con otro objetivo adicional, cual es el de la prolongación en la actividad de los trabajadores de mayor edad dentro de las Recomendaciones del Pacto de Toledo así como en las orientaciones recogidas en diferentes documentos internacionales<sup>7</sup>, procedentes básicamente de la Unión Europea<sup>8</sup>, en las que se aconseja favorecer la prolongación de la vida activa en los trabajadores de más edad.

**EL ACUERDO DE 2001  
SOBRE SEGURIDAD SOCIAL  
RECOGE MEDIDAS  
ORIENTADAS A SITUAR  
NUESTRO SISTEMA EN UN  
ENTORNO EUROPEO,  
EN ORDEN A QUE  
LA JUBILACIÓN ESTÉ  
DOTADA DE CARACTERES  
DE FLEXIBILIDAD Y  
PROGRESIVIDAD**

(3) Un análisis de las reformas recientes en los sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea en FERRERAS ALONSO, F.: "El sistema de pensiones en Suecia (síntesis)", *Tribuna Social*, núm. 21, 2001, "Adaptar la Seguridad Social a las nuevas situaciones sociales: el ejemplo de Alemania", *Tribuna Social*, núm. 128-129, 2001 o "La evolución de la Seguridad Social en la Unión Europea, con especial referencia a las pensiones", *Relaciones Laborales*, mayo, 2002. De igual modo, en CORREIA CAMPOS, A.: "Reformas de Seguridad Social en Europa. La contribución de la experiencia de América Latina", *Foro de Seguridad Social*, núm. 4, 2001. Respecto a la regulación de la jubilación flexible en el marco de la Unión Europea, vid. LÓPEZ CUMBRE, L. "El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, Madrid, 2002, págs. 15 y ss.

(4) BOE de 10 de julio de 2001. La LRMT proviene de la tramitación, como proyecto de Ley, del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, Decreto-Ley que resulta derogado por la Ley 12/2001.

(5) La jubilación parcial (así como el contrato de relevo) aparece en la realidad jurídica española en el año 1984, a través de la Ley 32/1984, por la que se modifican determinados artículos del ET.

(6) En el marco de la figura de los contratos de solidaridad, aparecidos en el ordenamiento jurídico-laboral francés de principios de la década de los ochenta. Sobre el particular, vid. GONZÁLEZ DEL REY, I. "El trabajo a tiempo parcial en una perspectiva comparada", *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 1998.

(7) Como, por ejemplo, la Recomendación núm. 162 de la OIT, sobre los trabajadores de edad, de 23 de junio de 1980.

(8) Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre "La evolución futura de la protección social en una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables", COM (2000), 622, Final. El texto de la Comunicación puede encontrarse en la web de la Unión Europea ([europa.eu.int](http://europa.eu.int)).

En la Unión Europea, se pone de manifiesto que en las tres últimas décadas la tasa de actividad de los trabajadores de edad se ha ido reduciendo drásticamente, ya que a finales del siglo pasado esa tasa iniciaba su reducción a partir de que los trabajadores cumplían los 50 años de edad, cuando en 1970 tal reducción sólo era perceptible, de forma significativa, a partir del cumplimiento de la edad de 60 años. Esa minoración de la tasa de actividad ha tenido su causa, en buena parte, en las políticas de incitación a las jubilaciones anticipadas en un contexto de reestructuración de las empresas y de paro creciente. Por ello, se han propuesto<sup>9</sup>, entre otras medidas, la de revisar los incentivos ofrecidos, tanto a las empresas como a los trabajadores, para recurrir a la jubilación anticipada, al tiempo que se fomente la jubilación parcial y progresiva “y se recompense a los trabajadores que proloquen su vida activa más allá de la jubilación obligatoria”<sup>10</sup>.

De otra parte, la nueva regulación de la jubilación parcial se enmarca en el cumplimiento de algunas de las previsiones contenidas en el Acuerdo Social de 2001<sup>11</sup>, en cuyo apartado IV.2.a) —y dentro del epígrafe *jubilación flexible*— se aboga por una modificación de la regulación de la jubilación parcial, en orden a que se posibilite la compatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales, desde el momento en que se comience a percibir una pensión de jubilación a cargo del sistema de la Seguridad Social<sup>12</sup>.

No obstante, la modificación del artículo 12.6 ET no agotaba el contenido del punto mencionado del Acuerdo Social. A través del mismo se pretende que se alcance una compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el desarrollo de actividades, lo cual habrá de producirse desde que se comience a percibir una pensión de jubilación a cargo del sistema de la Seguridad Social, sin más condicionantes. Sin embargo, y como se analizará más adelante, la nueva regulación de la jubilación parcial posibilita esa compatibilidad cuando el acceso a la jubilación parcial sea anterior o simultánea con el desarrollo de las actividades (también parciales), pero sin que el artículo 12.6 ET (así como, el artículo 166 LGSS)

(9) Vid. el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, solicitado por el Consejo Europeo de Estocolmo, sobre “Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa”, de 24 de enero de 2002, COM (2002), 9 final.

(10) Vid., el Informe citado en la nota anterior, pág. 16.

(11) Suscrito el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y las Organizaciones empresariales más representativas. El texto del mismo puede consultarse en MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, Madrid, 2001. Un análisis del contenido del Acuerdo en LÓPEZ GANDÍA, J.: “El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social: la renovación del Pacto de Toledo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 14, abril/junio, 2001; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La nueva fase de desarrollo del Pacto de Toledo: el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *RL*, núm. 24, 2001; PANIZO ROBLES, J.A.: “Comentarios de urgencia al Acuerdo sobre el desarrollo y la mejora del sistema de protección social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 218, mayo, 2001; o PIÑEYRO DE LA FUENTE, A.J.: “Acuerdo de 9 de abril de 2001, sobre desarrollo del sistema de Seguridad Social como avance y revisión del Pacto de Toledo”, *Información Laboral*, núm. 15, 2001.

(12) En el plano de las opciones políticas de la Seguridad Social y del empleo, existe —a juicio de algunos autores— una contradicción, de difícil pero no imposible solución, consistente en la aparición de dos tendencias diferentes y opuestas de la regulación de la edad de jubilación, pues una se basa en la facilitación del acceso de determinados colectivos al beneficio de la jubilación anticipada, y la otra, en cambio, en su desincentivación, incluso en su penalización y en la incentivación del retraso de tal edad. Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: *Nuevas reglas sobre la jubilación anticipada: entre solidaridad, irracionalidad y discriminación. Reordenación sistemática y crítica de las más reciente regulación legislativa y negociada*, La Ley, 1999.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

ampare la compatibilidad posterior, es decir, la que surge cuando una persona que accede a la jubilación, con posterioridad, desarrolla una actividad parcial.

Mientras que en el primer caso existía esa compatibilidad, de modo que se posibilitaba que una persona pudiese acumular una pensión (en cuantía reducida) con la retribución percibida por el desarrollo de una actividad (ejercida a tiempo parcial), sin embargo, en el segundo caso existía en el ordenamiento de la Seguridad Social una incompatibilidad plena, de forma que el pensionista se veía forzado, en cualquier caso, a suspender el percibo de la pensión si quería seguir desarrollando una actividad, aunque ésta fuese a tiempo parcial, y con una duración reducida<sup>13</sup>. Esta diferenciación de acción protectora, que se producía con la regulación vigente a 31 de diciembre de 2001<sup>14</sup>, obligaba a un replanteamiento en su globalidad de las reglas de compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el desarrollo de actividades, que superasen las estrictas reglas que se derivan de la normativa vigente<sup>15</sup>.

No obstante, las modificaciones introducidas en la LRMT<sup>16</sup> no tuvieron su traslación a la LGSS, que, desde una vertiente formal, seguía acomodada a la legislación anterior, precisando que la jubilación parcial se extinguía, en todo caso, a los 65 años. Para acomodar los dos textos legales (ET y LGSS), el artículo 34.Seis de la Ley 24/2001, de 27 de diciem-

(13) Desde el año 1993 y hasta el ejercicio 1998, se permitió esa compatibilidad, cuando el trabajo realizado por el pensionista tenía la consideración de trabajo a tiempo parcial marginal, es decir, el trabajo a tiempo parcial con una duración inferior a las 12 horas semanales o las 48 horas al mes. Esta modalidad contractual surge en el ordenamiento laboral a través del Real Decreto-Ley 18/1993 y va a tener vigencia hasta la Ley 63/1997, de 27 de diciembre. La compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y la realización del trabajo marginal se fundamentaba en que, en dicho contrato, el interesado no tenía cobertura social a efectos de las pensiones, derivadas de contingencias comunes. No obstante, esta compatibilidad fue suprimida tras la promulgación del Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, sobre aspectos de Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial, en el que, en aplicación de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, desaparecieron las lagunas protectoras de los contratos a tiempo parcial con jornada reducida.

(14) Un ejemplo puede permitir comprender mejor la diferencia. Piénsese, por ejemplo, en dos trabajadores de la misma categoría y el mismo salario: 1.500 €/mes. Al llegar a los 65 años, el primero de ellos, mediante el oportuno pacto con el empresario, reduce la jornada de trabajo y el salario, en un 50 por ciento, acogido a la jubilación parcial; de esta forma, compatibiliza una retribución de 750 €/mes con una pensión de jubilación.

El segundo trabajador accede a la jubilación ordinaria, pero, posteriormente, encuentra un trabajo a tiempo parcial, equivalente a un 30 por ciento de la jornada anterior, por el que percibe un salario de 450 €/mes. Este segundo trabajador vería suspendido el percibo total de la pensión, si desea ejercer dicha actividad.

(15) Contenidas en el artículo 16 de la Orden del entonces Ministerio de Trabajo, de 18 de enero de 1967 y que parten de una incompatibilidad absoluta entre el percibo de la pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes que conforman el sistema de la Seguridad Social. Esta regla contrasta, de otra parte, con la más flexible, contenida en la regulación de Clases Pasivas del Estado, conforme a la cual la incompatibilidad sólo se produce con una actividad en el sector público.

De esta forma, a dos funcionarios públicos se les aplicarán diferentes reglas de incompatibilidad, según cual sea el Régimen de Seguridad Social en que causaron su pensión de jubilación. Si la misma se causó en el Régimen General, existirá una incompatibilidad total entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad (salvo que la misma se produzca, como profesional independiente, en una profesión para cuyo desarrollo se requiera estar colegiado en un Colegio que, antes del 2 de agosto de 1985, tenía establecida, con carácter obligatorio una Mutualidad, de acuerdo con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social). Por el contrario, si la pensión de jubilación se causó en el Régimen de Clases Pasivas, la incompatibilidad únicamente se producirá cuando la actividad a desarrollar pertenezca al sector público.

(16) Un análisis de las modificaciones del artículo 12.6 ET (por la Ley 12/2001) en materia de la jubilación parcial en PANIZO ROBLES, J.A.: "Un nuevo paso a la jubilación flexible (la nueva regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 223, octubre 2001.

bre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (LAC) da nueva redacción al artículo 166 LGSS (apartados 1, 2 y 3) que, por remisión al artículo 12.6 ET, adaptó el texto de la LGSS a la normativa laboral. A su vez, en otra norma promulgada también con fecha de 27 de diciembre de 2001<sup>17</sup>, se incorpora un nuevo apartado 4 en el mencionado artículo 165 LGSS, precisando (artículo 2.º) que la regulación jurídica de la jubilación parcial en el ámbito de la Seguridad Social se efectuará reglamentariamente, previsiones reglamentarias que están constituidas por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (RDP)<sup>18</sup>.

En el presente trabajo se pretende efectuar un análisis de la nueva regulación de la figura de la jubilación parcial, así como del contrato de relevo, en comparación con la normativa que se venía aplicando con anterioridad, para lo cual resulta conveniente efectuar unas breves referencias a la evolución de las mismas.

## II. LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL: BREVE SÍNTESIS

### 1. Primer período (1980-1998)

La jubilación parcial, así como el contrato de relevo (que es consustancial con la primera, al menos en tanto el jubilado parcial no alcanza la edad de los 65 años) no estuvieron presentes, dentro de los instrumentos de política de empleo, en la implantación de la reforma laboral llevada a cabo por el ET de 1980, en la que, si bien ya aparece el contrato a tiempo parcial, por el contrario no figura ninguna mención a la jubilación parcial ni, como es lógico, al contrato de relevo. La misma ausencia se observa en el marco de todo el cúmulo de mecanismos de fomento del empleo instaurados en 1982<sup>19</sup>.

La incorporación normativa de tales modalidades contractuales se va a llevar a cabo a través de la Ley 32/1984, de 2 de agosto<sup>20</sup>, en la que aparece por primera vez la figura de

(17) Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Este Real Decreto-Ley ha sido derogado y sustituido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, del mismo título (Lj). Un análisis de las reformas en la jubilación llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2001 en PANIZO ROBLES, J.A.: "La jubilación flexible: últimas modificaciones", RL, núm. 3, 2002, febrero, 2002 y "La Seguridad Social en el año 2002 (modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de 'Acompañamiento' y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 227, febrero, 2002 o TORTUERO PLAZA J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial*, Civitas, Madrid, 2002 y "La pensión de jubilación: una reforma con múltiples lecturas" en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la reforma de la Seguridad Social de 2001*, Santiago de Compostela, 2002.

(18) Para la doctrina no dejaba de ser extraño la tardanza de proyectar, en el ámbito de la Seguridad Social, las modificaciones operadas por la LRMT en el ámbito del trabajo parcial/jubilación parcial, extrañeza que se combina con el hecho de anunciar, a través de un Real Decreto-Ley —el 16/2001— una futura regulación reglamentaria de la complementariedad entre la pensión de jubilación y el trabajo a tiempo parcial, así como el régimen jurídico de la jubilación parcial. Vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: "La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)", *Relaciones Laborales*, núms. 11 y 12, junio, 2002.

(19) A través del RD 1445/1982, de 25 de junio.

(20) De modificación de determinados artículos del ET.

la jubilación parcial (mediante la incorporación de mecanismos ya conocidos en la legislación francesa)<sup>21</sup>, disposición desarrollada por el RD 1991/1984, de 31 de octubre<sup>22</sup>, como medio de lograr un mejor reparto de trabajo, así como propiciar el mantenimiento de los trabajadores de edad en la actividad, aunque fuese mediante un contrato de jornada más reducida (y un salario también de menor importe, que se combina con una pensión de cuantía menor). La aparición de la jubilación parcial<sup>23</sup> en la Ley 32/1984 pretendió superar los discretos resultados de la jubilación especial recogida en el Acuerdo Nacional sobre el Empleo (ANE) y convertida en norma a través del Real Decreto-Ley 14/1981, de 20 de agosto, y, más tarde, en el Real Decreto 2705/1981, de 19 de noviembre.

Sin embargo, la regulación de la jubilación parcial/contrato de relevo estaba dotada de una fuerte rigidez, que, entre otros motivos, originó el escaso desarrollo de esta figura<sup>24</sup>. Eran varias las causas de la falta de éxito del desarrollo de la jubilación parcial y, entre ellas: la complejidad que para la empresa suponía la existencia de dos trabajadores en un mismo puesto de trabajo, con diferente grado de experiencia y habilidades; el carácter estanco de la actividad desarrollada por ambos trabajadores, etc.<sup>25</sup>

**SE AMPLÍA EL MARGEN DE REDUCCIÓN DE JORNADA PARA QUE EL TRABAJADOR PUEDA ACCEDER A LA JUBILACIÓN PARCIAL Y SE AMPLÍA LA POSIBILIDAD DE ACCEDER A ELLA UNA VEZ CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS**

(21) Vid. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, Comares, 1999, págs. 87 y ss. En Francia, se conoce a esta figura como *préretraite progressive* (la cual, instaurada en 1982, permite transformar un contrato a tiempo completo de un trabajador mayor de 55 años y menor de 65, en uno a tiempo parcial, condicionado a que se mantenga o se incremente el nivel de empleo en la empresa, a través de la celebración de un nuevo contrato, al tiempo que al trabajador que reduce su jornada se le compensan los ingresos perdidos, mediante un complemento).

En el derecho europeo aparece figuras similares, como el *pre-pensionamiento progresivo* italiano (que posibilita transformar un contrato a tiempo completo a un trabajador, con una edad inferior en no más de 24 mensualidades a la edad ordinaria de jubilación, en otro a tiempo parcial) o el *altersteilzeit* (o trabajo a tiempo parcial de los trabajadores maduros) en Alemania.

(22) La vigencia de esta disposición ha estado plagada de avatares, que hicieron incierta su vigencia (en especial tras la promulgación del RD 2317/1993, de 29 de diciembre,) cuyos artículos 7 al 9 y 11 al 14 permanecieron en vigor, como aclaró la Disposición Transitoria Cuarta del ET; si bien los artículos 11 al 14 fueron derogados expresamente por el RD 144/1999. El RD 1991/1984 se deroga, en lo que permaneciese aún vigente, por el RDP. Vid. PEDRAJAS MORENO, A.: "Contrato tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo", en *Los contratos de trabajo* (coords. CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDÉS DAL RÉ, F.), Lex Nova, 2000, pág. 183.

(23) Denominación que no ha satisfecho a parte de la doctrina que prefiere otras más adecuadas, como las de *prejubilación progresiva* (traduciendo el término francés), *jubilación atenuada* o *empleo dividido*.

(24) MARTÍN PUEBLA, E. y SASTRE IBARRECHE, R.: *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*. Tecnos, Madrid, 1991. La doctrina resalta la prácticamente ausencia de jurisprudencia unificada, o de los diferentes Tribunales de Justicia, sobre estas modalidades contractuales, lo cual es indicio seguro del fracaso de su regulación (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 270), de que se trata de una figura contractual casi virgen (BAYLOS GRAU, A.: "Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo", en AA.VV.: *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1995, pág. 151) o que evidencia el fracaso del modelo establecido en 1984 (PEDRAJAS MORENO, A.: "Contrato a tiempo parcial ...", *op. cit.*, pág. 183).

(25) Vid. DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial", RL, núm. 19, 1999, pág. 506.

Tras la modificación llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre (posteriormente convertida en la Ley 10/1994) la jubilación parcial se circunscribió a la jubilación contributiva, aunque tal circunstancia era fácilmente deducible de la legislación anterior. La nueva redacción del artículo 12.5 ET (a través de la Ley 63/1997) no introduce modificaciones respecto de la regulación anterior, al mantener la necesidad de una analogía plena entre la profesión y las categorías profesionales del jubilado parcial y del trabajador relevista, la poca flexibilidad en la reducción de la jornada (limitada al 50 por ciento), así como el que el relevista fuese un trabajador desempleado<sup>26</sup>, inscrito en la correspondiente oficina de empleo.

## 2. Las modificaciones de 1998

En 1998 se va a establecer una nueva medida reformadora de la figura de la jubilación parcial, y del contrato de relevo, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 15/1998<sup>27</sup> (RDLTP) así como, en lo que respecta a los aspectos de Seguridad Social, por el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero.

La reforma de 1998 viene precedida por la firma entre las organizaciones sociales más representativas del Acuerdo Interconfederal sobre la estabilidad en el empleo, de 28 de abril de 1997, en cuyo ámbito, y dentro de las medidas dirigidas a erradicar y combatir la fuerte temporalidad observada en la contratación laboral en España, las partes proponen introducir determinadas modificaciones en la regulación jurídica del contrato a tiempo parcial y, como una modalidad del mismo, del contrato de relevo<sup>28</sup> y de la jubilación parcial, dotándoles de una mayor flexibilidad, como modo de intentar que la jubilación parcial tuviese en España un desarrollo semejante al experimentado en otros países de Europa. De igual modo, y conforme al contenido del Acuerdo Marco Europeo

(26) El hecho de que la jubilación parcial se siguiese considerando únicamente como una medida de fomento del empleo, explica que la doctrina viniese aplicando al contrato de relevo análogicamente los criterios adoptados respecto del contrato de sustitución (otra de las medidas de fomento del empleo), "dada la escasa jurisprudencia existente en relación este tipo de contratos (de relevo) (...)". Vid. LÓPEZ CUMBRE, L.: "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo", *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 60.

(27) El RDLTP vino precedido por el "Acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad", suscrito, el 13 de noviembre de 1998, entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales más representativas, en cuyo apartado 4.1, Parte I, se propone una regulación del contrato de relevo más adecuada a la realidad y a las necesidades organizativas de las empresas, dentro de las orientaciones del Acuerdo Marco Europeo sobre trabajo a tiempo parcial. Un análisis del contenido de este Acuerdo, en el ámbito de la Seguridad Social, en PANIZO ROBLES, J.A. y CRESPO MACÍAS, M.: "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación", *CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 202, enero, 2000.

Un breve análisis de los diferentes Acuerdos adoptados a partir de los años 80 en materia de empleo y, en general, de las políticas de empleo en España, en MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: "La política de empleo en España. Informe de bases sobre instituciones, procedimiento y medidas de política de empleo", *Colec. Informes y Estudios*, Madrid, 2000.

(28) En el apartado d) del artículo 12.6 ET, en la redacción dada por el RDLTP se previó *ex novo* que en la negociación colectiva se podrían establecer medidas para impulsar la celebración del contrato de relevo.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

sobre el trabajo a tiempo parcial, se intenta que la nueva regulación (de la jubilación parcial) sea acorde con el objetivo de facilitar la preparación para la edad de jubilación<sup>29</sup>.

Las modificaciones más importantes, respecto a la regulación anterior, contenidas en el RDLTP eran las siguientes:

- En primer lugar, dar una mayor flexibilidad a la posibilidad de reducir la jornada por parte del trabajador que pretendía acceder a la jubilación parcial. Frente al rígido porcentaje del 50 por ciento, la nueva redacción del artículo 12.6 ET –en coherencia con los límites establecidos en el ámbito de la jornada a desarrollar en el contrato a tiempo parcial– posibilitó un amplio margen de flexibilidad, de modo que el trabajador podía reducir su jornada entre un mínimo de un 30 por ciento y un máximo de 77 por ciento.
- Una ampliación de los límites de edad para poder acogerse a la jubilación parcial. Hasta la reforma de 1998, el trabajador debía tener una edad que no podría ser inferior, como mínimo, en tres años a la edad ordinaria de jubilación, límite que pasa a situarse en cinco años.
- Una mayor flexibilidad en los cometidos a realizar por el trabajador desempleado, que pasaba a ser contratado mediante un contrato de relevo, tanto en lo que se refiere a los cometidos a realizar, como en lo que respecta al horario del trabajador relevado y el trabajador relevista.

Se configura, de este modo, una fórmula que pretende la consecución de los objetivos siguientes: fomento del empleo, retiro progresivo y flexibilidad en la gestión del trabajo en la empresa, con una triple perspectiva subjetiva: el trabajador desempleado, el trabajador cercano a la edad de jubilación y el empresario que, de esta forma, aparecen entrelazados por una relación triangular<sup>30</sup>.

### 3. La modificación de 2001

A pesar de la reforma introducida en 1998, la regulación de las figuras que se están analizando seguía adoleciendo de determinadas rigideces, y el propósito inicial de su implantación (el reparto del trabajo y la jubilación flexible) había ido decayendo en beneficio de la

(29 De acuerdo con lo Establecido en el Punto 4, Parte I, del Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y fomento de su estabilidad. Las cifras sobre el número de contratos de relevo suscritos a partir de 1984 no podían ser más desalentadoras: 275 (1984), 1.944 (1985), 1.171 (1986), 904 (1987), 1.473 (1988), 1.565 (1988), 1.565 (1989), 2.283 (1990), 2.611 (1991), 2.182 (1992), 1.582 (1993), 219 (1994), 238 (1995), 223 (1996). Datos extraídos de LÓPEZ CUMBRE, L. (1998), pág. 69.

Las cifras anteriores ponen de relieve que el contrato de relevo cedía su importancia a otra figura que también pretendía el reparto del tiempo de trabajo, cual era el contrato de sustitución, ligado a la jubilación anticipada a los 64 años. Esos contratos evolucionaron en los años indicados, de la siguiente forma: 1.305 contratos (1992), 1.320 (1993), 1.534 (1994), 2.020 (1995), 2.779 (1996) y 2.783 (1997). Datos extraídos del Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales, correspondientes a 1997, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y citados por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 18, Madrid, 2000, pág. 195.

(30) Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "Jubilación parcial...", op. cit., pág. 199.

formulación de una medida de fomento del empleo, a través de determinadas ventajas que podrían obtener los sujetos de la relación laboral, al desaparecer en buena medida las interconexiones que unían las dos figuras contractuales en relación (el contrato del trabajador relevado y el del relevista).

Además, la regulación de la jubilación parcial (extinguiéndose obligatoriamente a los 65 años o a la edad inferior a la que se accediera a la jubilación ordinaria) suponía la ruptura de los principios contenidos en la Recomendación Décima del Pacto de Toledo, así como en el Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, 1996, de fomentar la prolongación de la actividad laboral, desincentivando las jubilaciones anticipadas. De igual modo, la temporalidad de los contratos de relevo constituían una excepción a las directrices emanadas de los diferentes Acuerdos Sociales, en el sentido de fomentar la contratación indefinida, e intentar eliminar las manifestaciones de contratación temporal no causal.

Para intentar eliminar los efectos indicados, la LRMT introduce una mayor flexibilidad en la regulación de la jubilación parcial/contrato de relevo, con el propósito de lograr una mayor utilización de los mismos, así como la de propiciar un diferimiento en el acceso a la pensión, siguiendo al efecto las recomendaciones internacionales. Además de ampliar el margen de reducción de jornada para que el trabajador pudiese acceder a la jubilación parcial (que pasa a ser de una horquilla entre el 25 por ciento al 85 por ciento, frente al intervalo anterior del 30 por ciento al 77 por ciento) así como determinadas precisiones en el ámbito del contrato de relevo, las dos modificaciones más significativas, operadas por la LRMT en el ámbito de la jubilación parcial han sido:

- de una parte, que esta modalidad de jubilación ya no se extingue de forma automática, al llegar el jubilado parcial a la edad de la jubilación ordinaria<sup>31</sup> y
- de otra, que cuando se acceda a la jubilación parcial o se mantenga en la misma, con 65 o más años, no resulta obligatorio que exista, simultáneamente con la jubilación parcial, un contrato de relevo.

No obstante y como se ha indicado previamente, las modificaciones introducidas en la LRMT no tuvieron su traslación a la LGSS, que, desde una vertiente formal, seguía acomodada a la legislación anterior, señalando que la jubilación parcial se extinguía, en todo caso, a los 65 años. Para acomodar los dos textos legales (ET y LGSS), el artículo 34.6 LAC da nueva redacción al artículo 166 LGSS, el cual, por remisión al artículo 12.6 ET prevé:

- Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que ha de ser inferior en cinco años, como

(31) Este hecho es otra afirmación de que el cumplimiento de la edad no es causa de extinción del contrato de trabajo.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

máximo, a la exigida con carácter general<sup>32</sup>, pueden acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el artículo 12.6 ET.

- A su vez, los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación (65 años) y reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, pueden acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo.
- Se precisa que el disfrute de la jubilación parcial es compatible con la realización de un trabajo a tiempo parcial.

Con la nueva regulación de la jubilación parcial se plantea una distinción entre los objetivos perseguidos con la misma. En el caso de la jubilación parcial tradicional (hasta los 65 años) parece predominar la finalidad del fomento del empleo, que se concreta en la exigencia de suscribir simultáneamente un contrato de relevo; por el contrario, en la jubilación parcial del trabajador que ha alcanzado la edad de los 65 años, la finalidad del fomento del empleo parece subordinarse a la principal de flexibilizar la edad de jubilación y el tránsito de la vida activa a la del retiro por razón de edad<sup>33</sup>.

### III. LOS ASPECTOS LABORALES DE LA JUBILACIÓN PARCIAL: LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y DE RELEVO

#### 1. La necesidad de que exista una transformación previa de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial (o de un contrato a tiempo parcial en otro de menor jornada)

Para que pueda accederse a la jubilación parcial, al menos cuando el trabajador tiene menos de 65 años, es preciso que el empresario suscriba un contrato de trabajo con otro trabajador con una jornada que sea, como mínimo, igual a la que haya reducido el trabajador que desea acceder a la jubilación parcial. Consecuentemente (al menos, cuando se accede a la jubilación parcial con menos de 65 años) la transformación o

**EN LA JUBILACIÓN PARCIAL TRADICIONAL PREDOMINA LA FINALIDAD DE FOMENTO DE EMPLEO MIENTRAS QUE EN LA JUBILACIÓN CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS SE TRATA DE FLEXIBILIZAR EL TRÁNSITO DE LA VIDA ACTIVA A LA DEL RETIRO**

(32) Es decir, 60 años, salvo que se trate de un supuesto en que la *edad ordinaria* del trabajador sea inferior a 65 años, por serle de aplicación determinados coeficientes reductores de la edad de jubilación o una edad inferior a los 65 años, en cuyo caso, la edad para acceder a la jubilación parcial será inferior, como máximo, en 5 años a la edad en que el interesado pueda acceder a la jubilación ordinaria. Vid. sobre el particular, el artículo 9º RDP.

(33) Vid. CABEZA PEREIRO, J.: "La Seguridad Social en la Ley 12/2001, de 9 de julio", *Relaciones Laborales*, núm. 11/12, junio, 2002, pág. 65.

novación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o de un trabajo a tiempo parcial<sup>34</sup> en otro también a tiempo parcial, pero con una jornada más reducida que la que se venía realizando, constituye el fundamento previo para que se celebre otro contrato, denominado *contrato de relevo*.

En consecuencia, son requisitos básicos para poder acceder a la jubilación parcial:

a) *Un pacto previo de reducción de jornada y la consiguiente novación contractual.*

Como se ha señalado, para acceder a la jubilación parcial es presupuesto previo un pacto entre un empresario y un trabajador de la empresa, mediante el cual el segundo, con una edad próxima a la de la jubilación, celebra un nuevo contrato que, en virtud del imperio de la Ley, se transforma en un contrato a tiempo parcial (salvo que previamente ya fuese también un contrato a tiempo parcial, como se comentará más adelante).

Esa edad ha de ser inferior, como mínimo, en 5 años a la edad ordinaria (es decir, 65 años), si bien se aplican las bonificaciones o anticipaciones de edad que estén establecidas<sup>35</sup>. Ahora bien, frente a la regulación anterior a la LRMT en que la novación contractual (con la finalidad de acceder a la jubilación parcial) no era posible al llegar el interesado a los 65 años, ahora es factible esa alternativa, si el trabajador reúne los demás requisitos a los que luego se hará referencia. Es decir, que cabe simultanear el trabajo a tiempo parcial con la jubilación parcial, antes o después del cumplimiento de los 65 años, si bien si el trabajador no ha cumplido la edad señalada, la empresa ha de celebrar obligatoriamente un contrato de relevo con otro trabajador.

(34) En la normativa de desarrollo del artículo 12.6 ET, en la redacción dada por el RDLP (artículo 9 del RD 144/1999, de 29 de enero) se estableció el requisito de que, para acceder a la jubilación parcial, era necesario que, el trabajador que reducía la jornada de trabajo fuese un trabajador contratado a tiempo completo, requisito que fue cuestionado por la doctrina, dado que esa exigencia adicional no se contemplaba en la norma legal, ya que el mencionado artículo 12.6 ET se refería a un trabajador que redujese su jornada y su salario, y ello podía llevarse a cabo, no sólo en un trabajo a tiempo completo, sino también en un trabajador a tiempo parcial, teniendo en cuenta, además, que de acuerdo con la nueva redacción del artículo 12 ET, operada por la LRMT desaparecen los límites cuantitativos de jornada en el contrato a tiempo parcial. Vid., por ejemplo, SALINAS MOLINA, F.: "Jubilación parcial", *Justicia Laboral*, núm. 3, agosto, 2000. No obstante, no faltaban autores para quienes la limitación anterior de la jubilación parcial a la existencia de un contrato a tiempo completo anterior tenía su razón de ser en el fomento *real* del empleo (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Jubilación parcial...", *op. cit.*, pág. 209).

La norma reglamentaria –RDP– acoge la tesis mayoritaria de la doctrina, de modo que ya no se exige que, para acceder a la jubilación parcial, el trabajador tenga que estar contratado previamente en un contrato a tiempo completo, pudiendo también acceder a la jubilación parcial un trabajador que ya estuviese contratado a tiempo parcial, siempre que reduzca la jornada en los términos previstos en el artículo 12.6 ET.

(35) De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 161.2 LGSS, el cual permite que, a través de Real Decreto, se puede reducir la edad general de acceso a la jubilación, en los supuestos de la realización de trabajos penosos, peligrosos, tóxicos o peligrosos. La LJ (a través de su Disposición Adicional Segunda) amplía esta posibilidad de reducir la edad de jubilación a favor de los trabajadores minusválidos, cuando la minusvalía tenga un grado igual o superior al 65 por ciento.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

Por ello, una de las notas básicas de la jubilación parcial es la voluntariedad, en cuanto que el acceso a la misma precisa del concurso de dos voluntades: la del trabajador y la del empresario, ya que (artículo 10 RDP) el trabajador *concertará* (el correspondiente contrato) *previo acuerdo con la empresa*. La doctrina entiende que, ni siquiera por pacto colectivo, se podría establecer la imposición de que el trabajador novase su contrato y se acogiese a la jubilación parcial. Por el contrario, sí sería admisible que, a través de la negociación colectiva, se obligase al empresario a admitir las solicitudes de reducción de jornada.

De este pacto —que debe documentarse por escrito y en el documento oficial establecido (Disposición Adicional Primera RDP)— derivan una serie de consecuencias, como son:

– Una *novación* contractual de los elementos básicos que configuran el contrato de trabajo, jornada y salario, en cuanto que los mismos pasan a ser inferiores a la que se pactaron inicialmente. Por ello, para algunos autores, más que hablar de la novación de determinadas cláusulas del contrato, puede hablarse de un nuevo contrato, al llevarse a cabo una sustitución contractual, en la que el anterior contrato se ve sustituido por el nuevo<sup>36</sup>. No obstante, para evitar cualquier duda, el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera RDP precisa que la celebración del nuevo contrato, por parte del jubilado parcial, no supone en ningún caso la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador.

– La necesaria *concurrencia de voluntades* de distintas personas, tanto por parte del trabajador que desea reducir su jornada y, como consecuencia de ello, su salario, asumiendo las consecuencias de esta decisión, al renunciar a unas condiciones laborales iniciales, en orden a favorecer la constitución de un nuevo contrato, como por el empresario, ya que el mismo tiene libertad para aceptar o no la propuesta del trabajador.

No obstante, esta libertad de pactos, básicamente en lo que se refiere al empresario, puede estar mediatizada por las cláusulas convencionales contenidas en los convenios colectivos que resulten de aplicación, y ello a pesar de la derogación de la Disposición Adicional Décima ET<sup>37</sup>, respecto de la posibilidad de que, en virtud de la negociación colectiva, se pudieran establecer edades de jubilación, ya que, apartado 6.d) del artículo 12 ET, la negociación colectiva está habilitada para impulsar la celebración de contratos

(36) Sobre el particular, vid. LÓPEZ CUMBRE. L.: “Contrato de relevo...”, págs. 53-54.

(37) La Disposición Derogatoria del Real Decreto-Ley 5/2001 (continuada por la derogatoria de la LRMT) procedió a la derogación de la Disposición Adicional Décima ET, que posibilitaba el establecimiento de una edad forzosa de jubilación, cumplidas las exigencias previstas en la misma, así como las contenidas en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Tras la derogación de la citada adicional surgió la duda sobre si, a través de la negociación colectiva, cabía o no mantener esa edad forzosa de jubilación, duda en la que la mayoría de la doctrina entiende factible dicha posibilidad (por ejemplo, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La derogación de la Disposición Adicional Décima ET sobre jubilación forzosa y sus consecuencias”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 173). Sin embargo, para otros autores, tras la derogación de la Adicional Décima ET, tampoco la negociación colectiva puede establecer esas edades forzosas (por ejemplo, TÓRTUERO PLAZA, J.L.: *La jubilación forzosa...*, op. cit., págs. 251 y ss. o *Jubilación forzosa versus...*, op. cit., págs. 35 y ss. y GARCÍA VIÑA, J.: “Regulación del Convenio Colectivo de las cláusulas de jubilación forzosa (Derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, *Tribuna Social*, núm. 124, abril, 2001.

de relevo<sup>38</sup>. Por ello, es posible que, a través de la negociación colectiva, se configure como un derecho individual del trabajador, y como una obligación del empresario, el acogimiento del primero a la jubilación parcial, si él lo pide; o que se incentive, mediante premios u otras medidas, el acceso a la jubilación parcial. Lo que resulta más problemático es que, a través de la negociación colectiva, se pueda imponer a unos trabajadores que, de forma obligatoria y al llegar a una determinada edad (60 o más años), tengan que acogerse necesariamente a la jubilación parcial, con la consiguiente novación del contrato de trabajo que tenían concertado con la empresa<sup>39</sup>.

En todo caso, la negociación colectiva, en ese fomento de la jubilación parcial/contrato de relevo, no puede separarse de la decisión voluntaria del trabajador por acogerse a la jubilación parcial, teniendo en cuenta que el jubilado parcial ha de pasar por un contrato a tiempo parcial, respecto del cual la normativa vigente establece el principio de voluntariedad (artículo 12.1 y 4 ET)<sup>40</sup>.

b) *La configuración del contrato novado necesariamente como un contrato a tiempo parcial*

El nuevo contrato está dotado de todas las características, requisitos y peculiaridades de la modalidad de contratación a tiempo parcial, salvo en lo que respecta a la jornada realizada, en la que se establecen unos límites que contrastan con la amplia flexibilidad que, en esta materia, se incluyó en la LRMT<sup>41</sup>.

En primer lugar, la nueva jornada realizada ha de situarse entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo de un 85 por ciento, si bien estos porcentajes se han de referir a la

(38) Como señala la doctrina, la práctica de la negociación colectiva se ha situado en la línea de prever la posibilidad de acceso a la jubilación parcial y la celebración de contratos de relevo, sin especificaciones adicionales a las recogidas en las normas, remitiéndose por lo general a lo preceptuado en las disposiciones normativas. Vid. GARRIDO PÉREZ, E.: "Contrato de relevo y jubilación parcial" en AA.VV.: *Trabajo a tiempo parcial*. Ed. Lefèbvre, Madrid, 2000, pág. 71.

(39) Posibilidad que, en cambio, era posible con la regulación anterior. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La anticipación de la edad de jubilación", *Revista de Seguridad Social*, núm. 35, 1987, o BLASCO RASERO, C.: "Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia", *Temas Laborales*, núm. 42, 1997. Un análisis sobre implicaciones negociación colectiva/reglamentación normativa en VALDES DAL-RÉ, F.: "El trabajo a tiempo parcial: crónica normativa de una compleja modalidad contractual". *Relaciones Laborales*, núm. 19, Madrid, octubre 2000.

(40) El principio de voluntariedad, en principio, opera en un sentido bilateral, es decir, tanto para el trabajador, como para el empresario. Sin embargo, así como el primero no puede renunciar, de acuerdo con el artículo 35 ET, a los derechos legalmente reconocidos, por el contrario en el empresario cabe la disponibilidad de derechos (artículo 1255 CC.) Vid. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El nuevo régimen...* op. cit. pág. 94. De todas formas, hay que considerar que el artículo 12.6 ET, párrafo d), se refiere a que en la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo, los cuales, a su vez, precisan de que otro trabajador reduzca su jornada anterior.

(41) Téngase en cuenta la profunda reforma del contrato a tiempo parcial llevada a cabo por la LRMT que, en palabras de algunos autores, supone que se ha simplificado extraordinariamente la ordenación legal de dicho contrato, lo que, en contrapartida, va a provocar una fortísima inseguridad en la posición del trabajador que haya concertado tal tipo de contrato. Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", *Relaciones Laborales*, núm. 10, mayo, 2001, pág. 121.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

jornada de un trabajador a tiempo completo comparable<sup>42</sup>, incluso cuando el acceso a la jubilación parcial se efectúa desde un contrato a tiempo parcial previo.<sup>43</sup>

El contrato puede formalizarse por tiempo cierto o indefinido, circunstancia que recoge una de las novedades más significativas de la Ley 12/2001 y acoge una de las reivindicaciones doctrinales antigua<sup>44</sup>. En todo caso, el nuevo contrato a tiempo parcial ha de formalizarse por escrito en modelo oficial y en el mismo deberán constar los elementos propios del contrato a tiempo parcial, así como la jornada que el trabajador realizaba antes y la que resulta como consecuencia de la reducción de su jornada de trabajo<sup>45</sup>, sin que la celebración del nuevo contrato a tiempo parcial suponga la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador.

Ahora bien, dado que el acceso a la jubilación es, en principio, voluntaria, el contrato tiene una duración indeterminada, ya que puede no conocerse en principio el término de la extinción del contrato. Esta indefinición hace surgir la duda sobre si el trabajador puede o no concertar con el empresario un pacto de horas complementarias, pacto que, en la regulación anterior, resultaba imposible<sup>46</sup>.

**PARA PODER ACCEDER A LA JUBILACIÓN PARCIAL SE EXIGE AL EMPRESARIO SUSCRIBIR UN NUEVO CONTRATO PARA OCUPAR, COMO MÍNIMO, LA JORNADA ABANDONADA POR EL JUBILADO PARCIALMENTE**

(42) La modificación operada en el artículo 166 LGSS (en la redacción dada por la Ley 24/2001) de hacer referencia a la jornada de un trabajador a jornada completa comparable, y no a la jornada máxima legal (como venía indicando el RD 144/1999, y la Disposición Adicional Séptima LGSS) si bien adapta dicho artículo al 12.6 ET y a la Directiva 97/81/CE, puede complicar a la Entidad Gestora en el cálculo de la pensión de jubilación parcial y puede incrementar la litigiosidad, como señala la doctrina (CABEZA PEREIRO, J.: "La Seguridad Social en...". op. cit. pág. 63.

El mantenimiento de unos límites en la reducción de la jornada estriba más en la necesidad de hacer compatible esta situación contractual con el devengo por el trabajador jubilado parcial de una percepción de la Seguridad Social que en el deseo de proceder a un reparto del tiempo reducido o liberado con el trabajador relevista, dada la relativa autonomía de este último respecto del contrato a tiempo parcial. Vid. CASAS BAAMONDE. M. E.: "La nueva regulación...", op. cit., pág. 80.

(43) Como precisa el artículo 10.a) RDP. Esta precisión tiene como finalidad la de evitar interpretaciones en contrario, en el sentido de entender que los porcentajes de reducción de jornada pudiesen referirse a la jornada realizada previamente. Por ejemplo, que en el caso de un trabajador contratado a tiempo parcial, con un 60 por ciento de jornada, respecto a la de un trabajador a tiempo completo comparable, pudiese acceder a la jubilación parcial, con una jornada del 15 por ciento (o lo que es lo mismo, un 25 por ciento de la jornada al 60 por ciento que venía realizando previamente al pase a la situación de jubilación parcial).

(44) Vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: "La nueva regulación..." op. cit, pág. 79.

(45) De acuerdo con lo que se establece en la Disposición Adicional Primera RDP.

(46) Dado que, en cualquier caso, el trabajo a tiempo parcial se extinguirá al llegar el trabajador a la edad ordinaria de jubilación. Por ello, la doctrina entendía que, en estos casos, no era posible el pacto de horas complementarias. Vid. SALINAS MOLINA, F.: "La jubilación parcial...", op. cit, pág. 10. Los pactos de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial están regulados en el apartado 5 del artículo 12 ET, apartado que ha tenido una nueva redacción a través del artículo 1 de la Ley 12/2001.

### c) La necesidad de mantener el contrato a tiempo parcial

Por ello, si el trabajador jubilado parcialmente fuese despedido improcedentemente, antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación y no se procediese a su readmisión, la empresa debe ofrecer la ampliación de la jornada del trabajador con contrato de relevo, en razón de la jornada que llevaba a cabo el jubilado parcial. Caso de que aquél no acepte el incremento de jornada, la empresa debe sustituir al jubilado parcial por otro trabajador, en quien concurran las circunstancias necesarias para celebrar un contrato de relevo (es decir, que se trate de un trabajador en situación de desempleo o que tenga suscrito con la misma empresa un contrato de duración determinada).

Si la jornada de trabajo del relevista ya fuese superior a la jornada dejada vacante por el jubilado parcial, la ampliación de la jornada del primero tiene como límite la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal.

El nuevo contrato debe concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido. La jornada pactada en el nuevo contrato ha de ser como mínimo igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

Si el empresario incumple la obligación de mantener el contrato (bien, mediante la ampliación de la jornada del relevista, bien a través de la celebración de un nuevo contrato) asume la obligación de abonar a la Entidad gestora el importe de la pensión de jubilación parcial, desde el momento del cese en el trabajo del jubilado parcial hasta el momento en que éste acceda a la jubilación ordinaria o anticipada. (Disposición Adicional Segunda.4)<sup>47</sup>.

## 2. La celebración de un nuevo contrato: el contrato de relevo

Otro de los requisitos necesarios para poder acceder a la jubilación parcial reside en la obligación que alcanza al empresario de suscribir un nuevo contrato, bajo la denominación de *contrato de relevo*, para ocupar, como mínimo, la jornada abandonada por el trabajador que pasa a la jubilación parcial<sup>48</sup>. Aunque, el contrato está orientado inicialmente para

(47) Con ello, queda indeterminado, en cuanto al tiempo y al montante de la obligación del empresario, ya que el cese de la misma opera en la fecha en que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada, circunstancia que queda en su libre decisión, aunque la misma estará en la realidad condicionada por la cuantía más reducida de la pensión de jubilación parcial.

(48) Algún autor entiende que, al no estar expresamente prohibido, cabría la posibilidad de efectuar más de un contrato de relevo para sustituir, al menos, la jornada dejada vacante por el trabajador relevado. Vid. SALINAS MOLINA, F.: "La jubilación parcial", *op. cit.*, pág. 10. En este ámbito, podría aplicarse por analogía, la doctrina del Tribunal Supremo, respecto del contrato de sustitución por pase de un trabajador a la jubilación anticipada, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1984/1985. En este ámbito, el Alto Tribunal ha entendido conforme a derecho que la empresa contratase a dos trabajadores para sustituir la jornada que ocupaba el trabajador que pasa a la jubilación (STS, u.d., 18 de marzo de 2002).

## La nueva regulación de la jubilación parcial

su configuración como contrato a tiempo parcial, sin embargo —y como se señalará más adelante— la norma prevé que pueda celebrarse a tiempo completo. En todo caso, el contrato de relevo habrá de formalizarse por escrito en modelo oficial y en el mismo deberán constar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido y las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el trabajador relevista, según lo dispuesto en la letra c) del artículo 12.6 ET.

Ahora bien, así como en la regulación anterior el contrato de relevo era un presupuesto básico para que pudiese operar el mecanismo de la jubilación parcial, de modo que no podía accederse a aquélla, si en la fecha del hecho causante de la misma (que coincidía con la de los efectos de la reducción de jornada por parte del jubilado parcial) no se había producido la celebración del contrato de relevo<sup>49</sup>, en la regulación vigente a partir del 11 de julio de 2001<sup>50</sup> el ordenamiento jurídico (artículo 12.6 ET) distingue según que el acceso a la jubilación parcial se haya llevado a cabo por un trabajador antes o después de los 65 años, del siguiente modo:

— Si el acceso a la jubilación parcial se produce antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, es decir, antes de los 65 años, es exigible en todo caso la celebración del contrato de relevo. No obstante, al llegar a dicha edad el jubilado parcial, el contrato de relevo celebrado temporalmente puede rescindirse —al llegar a término la vigencia del mismo— o prorrogarse por períodos anuales.

— Por el contrario, si el acceso a la jubilación parcial se efectúa habiendo cumplido los 65 años, la celebración del contrato de relevo es potestativa para la empresa, pudiendo el trabajador acceder a la jubilación parcial, aunque no se haya suscrito el contrato de relevo. Con ello, se hace palpable uno de los cambios más sustanciales en la nueva regulación de la jubilación parcial, cual es la de la flexibilización de la edad de jubilación, así como el favorecimiento de la prolongación en la actividad de los trabajadores de más edad<sup>51</sup>.

Las características del contrato de relevo son las siguientes:

a) En lo que respecta a las personas que pueden suscribir el contrato, la LRMT amplía la limitación anterior<sup>52</sup>, consistente en que el trabajador debía encontrarse en situación de desempleo<sup>53</sup> (se

(49) Lo cual estaba en consonancia con uno de los objetivos básicos de la jubilación parcial/contrato de relevo, como era la generación de nuevo empleo, a través del reparto del existente. Este objetivo, que se plasmaba en la obligación en cualquier supuesto de la necesidad de celebrar un contrato de relevo, contrastaba con la práctica seguida en otros ordenamientos, como era el caso de Austria, Bélgica o Finlandia, en los que la modalidad de jubilación parcial no precisa que los empresarios contratasen a nuevos trabajadores, que sustituyeran la parte de jornada abandonada por los jubilados. Una información comparada sobre la jubilación parcial en MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. núm. 48, febrero, 1999, pág. 55

(50) Fecha de entrada en vigor de la LRMT, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Segunda. Uno de la misma.

(51) En el marco de las orientaciones de la Recomendación Décimadel Pacto de Toledo y del apartado IV del Acuerdo Social de abril de 2001.

(52) Que ha permanecido vigente desde la implantación del contrato de relevo en 1984 hasta la entrada en vigor de la LRMT.

(53) Mayoritariamente, se ha entendido que el trabajador relevista debía ser un desempleado total, sin que cupiera la admisión al contrato de relevo de un desempleado parcial. No obstante, no faltan autores que entienden posible que un desempleado parcial pudiese suscribir un contrato de relevo. Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: 'Jubilación parcial...' *op. cit.*, pág. 212.

entiende que inscrito en la correspondiente Oficina del Servicio Público de Empleo<sup>54)</sup> para posibilitar ahora que el contrato de relevo se pueda formalizar también con un trabajador de la misma empresa que hubiese celebrado un contrato de duración temporal, flexibilizando de este modo la regulación jurídica y ampliando de esta forma las posibilidades de utilización del contrato de relevo. Por ello, la LRMT ha ampliado los objetivos perseguidos con el contrato de relevo, ya que, mientras que la contratación de un desempleado se sitúa en un mecanismo de favorecimiento del trabajo estable, por el contrario, la segunda de las modalidades (contratación de un trabajador ya contrato en la empresa mediante un contrato temporal) no implica más que un contrato que sucede a otro, prolongando la duración total del empleo y normalizando la cadena de sucesiones o concatenaciones de contratos temporales.

En este ámbito, surge la duda sobre si el contrato de duración determinada, que el trabajador hubiese concertado previamente con la empresa, ha de ser de una duración inferior a la del contrato de relevo o, por el contrario, no se requiere ese condicionante. Dada la literalidad del artículo 12.6 ET no parece que pueda exigirse ese condicionamiento, además de que el mismo podría no tener una justificación objetiva. Valga como ejemplo, la comparación entre un contrato de duración determinada a tiempo parcial, con una jornada de trabajo de 1/3, frente a un contrato de relevo con una duración, en principio menor, pero a jornada completa.

b) La duración del contrato de relevo ha resultado alterada por la nueva regulación. Si conforme a la redacción anterior del artículo 12.6, el contrato presentaba la peculiaridad de una duración temporal, en cuanto que la duración del mismo era equivalente al tiempo que le faltase al trabajador relevado para alcanzar la edad ordinaria de la jubilación<sup>55)</sup>, la nueva normativa establece la posibilidad de que el contrato de relevo pueda pactarse, inicialmente, como de duración indefinida<sup>56)</sup> o temporal<sup>57)</sup>.

(54) La necesidad de inscripción en la Oficina de Empleo resultaba ya, en la normativa anterior, a tenor de lo previsto en el artículo 7 del RD 1991/1984.

(55) Dado que el trabajador relevado podía acceder a la jubilación a partir de los 60 años, el contrato de relevo tenía una duración máxima de 5 años, y una duración mínima del lapso de tiempo que mediase entre la fecha de la jubilación parcial y el momento en que el trabajador relevado optase por la jubilación plena.

(56) Con ello se acaba con la polémica, en la aplicación de la regulación anterior, sobre si el contrato de relevo podía tener una duración indefinida, ya que mientras una parte de los autores no veían obstáculo para configurar una relación indefinida en la concertación del contrato de relevo (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.: "El nuevo régimen..." *op. cit.*, pág. 99), otros autores sostenían la tesis contraria (MELLA MÉNDEZ, L.: "Consideraciones sobre el contrato de relevo", *Actualidad laboral*, núm. 46, 1998, pág. 867).

(57) Si bien se establecen medidas e incentivos para que los contratos de relevo de duración temporal se transformen en contratos indefinidos. Para el año 2002, el Programa de Fomento del Empleo –que contempla, entre otras, bonificaciones por la transformación de un contrato de relevo temporal en otro contrato indefinido– se recoge en el Capítulo II de la LRMT, que se ha prorrogado en virtud de lo establecido en la LAC. La IJ (Ley 35/2002), a través de su artículo 14, introduce determinadas modificaciones al citado Capítulo II.

De igual modo, aparte de los incentivos establecidos en la legislación estatal, otras Administraciones Públicas, en general las Comunidades Autónomas, también han venido incluyendo diferentes medidas de apoyo al fomento del empleo y, dentro del mismo, a los contratos de relevo/jubilación parcial. Sobre la cuestión, *vid.* MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: "Pactos y medidas de fomento del empleo en las Comunidad Autónomas", *Colec. Informe y Estudios*, Madrid, 2001.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

Aunque, este contrato está orientado inicialmente para su configuración como contrato a tiempo parcial, sin embargo se prevé que pueda celebrarse a tiempo completo, con lo cual se rompe la filosofía inicial de un mismo tiempo de trabajo que es compartido por dos trabajadores, para configurarse como un instrumento contractual al servicio de la reordenación del tiempo de trabajo en la empresa<sup>58</sup>.

No obstante, en este ámbito hay que diferenciar el supuesto en que el trabajador relevado acceda a la pensión de jubilación parcial antes de los 65 años de aquél en que dicho acceso se produzca a partir de dicha fecha, de la siguiente forma:

– Cuando el trabajador relevado acceda a la pensión de jubilación antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación, la duración del contrato de relevo podrá pactarse por tiempo indefinido o configurarse como una relación temporal.

Ahora bien, así como en la regulación anterior, el contrato se extingüía por acceder el jubilado parcial a la jubilación plena (y, en todo caso, al llegar a los 65 años), en la nueva regulación se tiene en cuenta que el jubilado parcial puede permanecer en la jubilación parcial más allá de los 65 años. Por ello, si el contrato de relevo se pactó como temporal, e inicialmente esa temporalidad estaba delimitada (con una duración máxima hasta el momento en que el relevado cumpla los 65 años), no obstante, si al cumplirse dicha edad el trabajador jubilado parcialmente continúa prestando servicios en la empresa, el contrato de relevo que se hubiese concertado podrá prorrogarse, por voluntad de ambas partes, por períodos anuales, contados a partir de la fecha del cumplimiento de los 65 años.

Es decir, queda a la libre voluntad de las partes la posibilidad de que se proceda a la prórroga de la duración del contrato, sin perjuicio de que se puedan establecer fórmulas específicas en el marco de la negociación colectiva, de acuerdo con las previsiones del artículo 12.6.d) ET. No obstante, en el caso de que se pacte el contrato con una duración determinada, la misma no podrá ser inferior a la que falte al jubilado parcial para el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, ya

**EL CONTRATO DE RELEVO  
SE PUEDE FORMALIZAR  
TANTO POR UN TRABAJADOR  
EN SITUACIÓN DE  
DESEMPLEO COMO POR UN  
TRABAJADOR DE LA MISMA  
EMPRESA QUE ESTUVIERA  
CON UN CONTRATO  
TEMPORAL**

(58) GARRIDO PÉREZ, E.: “Contrato de relevo...”, *op. cit.*, pág. 81. A su vez, para la doctrina, la modificación legal excluye de raíz ciertas prácticas evidenciadas con anterioridad, según las cuales los contratos se ofrecían a personas que ya venían siendo contratadas de forma temporal, si bien incorporando alguna solución de continuidad que, en ocasiones, fue declarada fraudulenta (por ejemplo, STSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1999). Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: *Nuevas reglas...* *op. cit.*, pág. 118.

que, en el supuesto contrario, el contrato será nulo, *dada la nulidad de la cláusula por su contradicción con una disposición legal*<sup>59</sup>.

Pudiera suceder, no obstante, que habiéndose acordado una prórroga anual del contrato de relevo, el trabajador relevado optase por acceder a la jubilación plena<sup>60</sup> en una fecha anterior a la de la finalización de la correspondiente prórroga. En tales supuestos, cabría la duda de si se hace primar la fecha de acceso a la jubilación plena o se ha de respetar la duración de la prórroga del contrato de relevo. Tales dudas resultan despejadas por el propio articulado 12.6 ET, ya que en tales casos, aunque el trabajador relevado accediese a la jubilación plena, el contrato de relevo mantiene su vigencia hasta la expiración de la respectiva prórroga.

– En el supuesto de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido en el cumplimiento de los 65 años, o en una fecha posterior, la duración del contrato de relevo, que voluntariamente se hubiese podido celebrar, puede tener una duración indefinida o configurarse como de duración temporal, en este caso, de duración anual<sup>61</sup> si bien el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales.

También en estos casos, si el jubilado parcial accediese a la jubilación plena antes de que finalizase el período de prórroga anual, el contrato de relevo mantiene su vigencia hasta que finalice dicha prórroga.

c) Por lo que se refiere a la *jornada*, el contrato de relevo puede celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial, de modo que dicha jornada viene configurada por lo que se haya acordado inicialmente, si bien existe una obligación expresa para la empresa, consistente en que, como mínimo, ha de cubrirse una jornada por el trabajador relevista igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido.

Por ello, aunque no existe ningún inconveniente para que, conforme al artículo 41 ET, se produjese una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre las que se encuentra la duración de la jornada, aumentando o reduciendo aquélla, sin embargo dicha reducción tendría como límite el porcentaje que hubiese sido abandonado por el trabajador relevado, ya que la misma debe ser cubierta, de forma obligatoria, por el relevista. Por tanto, fuera de este supuesto, la delimitación de la jornada queda a la libre voluntad de las partes.

Existe otra particularidad de la que pueda derivarse la modificación de la jornada del relevista, cual es el pacto que pueda existir entre el empresario y el trabajador relevado

(59) Vid. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “El contrato de relevo”, *Documentación Laboral*, núm. 15, 1985, pág. 51.

(60) La fecha de la jubilación plena actúa como una causa extintiva del contrato de relevo que se haya pactado como de duración temporal.

(61) Salvo que por pacto individual o colectivo se hubiese acordado una duración superior.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

(que pasa a jubilación parcial) para ir reduciendo la jornada de trabajo del segundo (con el correspondiente incremento del importe de la pensión de jubilación parcial, en los términos que se analizan más adelante). Este acuerdo (previsto implícitamente en el artículo 12 RDP) se regula de la forma siguiente:

– Dentro de los límites establecidos con carácter general (es decir, entre el 25 por ciento y el 85 por ciento) el porcentaje de reducción de jornada, inicialmente practicada por el jubilado parcial, puede incrementarse por períodos anuales, a petición del trabajador jubilado parcial.

En los casos en que, para el percibo de la pensión de jubilación, sea preciso el mantenimiento de un contrato de relevo, la empresa ha de ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo, en proporción a la reducción de la del jubilado parcial.

– En el supuesto de que la jornada de trabajo de relevista sea superior a la jornada dejada vacante, la ampliación de la jornada por el trabajador relevista (contratado mediante el contrato de relevo) tiene como límite la aplicación de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

– De no ser aceptada por el relevista la ampliación de su jornada, la empresa ha de contratar, por la jornada reducida por el jubilado parcial, a otro trabajador en quien concurren las circunstancias subjetivas del contrato de relevo (es decir, un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada).

d) Por lo que se refiere al trabajo desempeñado por el trabajador relevista, la nueva regulación establecida por el artículo 12.6 ET permite un amplio margen de disponibilidad al empresario, ya que puede contratarse al trabajador para el mismo puesto de trabajo del relevado o para otro distinto, dentro de unos márgenes, pero dando término a la exclusión que, en la legislación anterior a la LRMT, se producía respecto del personal directivo.

En tal sentido, el trabajador puede llevar a cabo sus funciones en el mismo puesto de trabajo (compartiéndolo los dos trabajadores) o en uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente<sup>62</sup>. Desaparece, en consecuencia, la mención que se efectuaba al personal directivo, en esa amplia disponibilidad de la cobertura de un puesto de trabajo por el trabajador relevista<sup>63</sup>.

(62) De acuerdo con el artículo 22 ET se entiende por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir diversas categorías profesionales, como distintas funciones o especialidades profesionales. De igual modo, se entiende que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permite desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

(63) Las excepciones al personal directivo (concepto más amplio que el personal sujeto a la relación laboral de alta dirección) ya había sido criticada por la doctrina. Vid. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.: *El nuevo régimen...*, op. cit., pág. 101.

En este mismo margen de amplia disponibilidad, el horario de trabajador relevista podrá completar el del trabajador relevado o simultanearse con él.

e) La extinción del contrato de relevo ya no opera —como sucedía en la regulación anterior— por el mero cumplimiento, por parte del trabajador relevado, del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, circunstancia que puede aplicarse, en la nueva regulación, en los casos en que el contrato de relevo se hubiese concertado como de duración determinada y, además, no se hubiese procedido a la oportuna prórroga.

Ahora bien, puede suceder que el contrato de relevo se extinga por cualquiera de las causas previstas en el ordenamiento laboral. En este sentido, la Disposición Adicional Segunda RDP prevé que si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación plena, se produce el cese<sup>64</sup> del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

La nueva contratación ha de llevarse a cabo en la modalidad de contrato de relevo, y debe concertarse en el plazo de los 15 días naturales siguientes a la fecha en que se haya producido el cese del trabajador relevista o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido del jubilado parcial. En cualquier caso, la jornada pactada en el nuevo contrato será como mínimo igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

El incumplimiento empresarial de la obligación de sustituir al trabajador relevista que ha cesado en la empresa origina el abono, por parte del empresario, de la pensión de jubilación del trabajador relevado desde el momento en que se haya producido dicho cese<sup>65</sup>.

### 3. Los ámbitos de la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial y de relevo

Como se ha indicado, el contrato que suscribe el trabajador que accede a la jubilación parcial, tienen las características y naturaleza del contrato a tiempo parcial. Por lo que se refiere contrato de relevo, el mismo puede concertarse a jornada completa o a tiempo parcial. Por ello, a efectos de Seguridad Social, el contrato de trabajo del jubilado parcial,

(64) Expresión utilizada en la Disposición Adicional Segunda RDP. Como ha señalado la doctrina, el término “cese” permite incluir cualquier causa prevista en el artículo 49 ET como condicionante de una nueva contratación en sustitución, salvo aquellas que imposibilitarían de hecho la realización de una prestación de los servicios laborales, como es el caso de la extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario o la fuerza mayor.

(65) Disposición Adicional Segunda.4. RDP. La misma se refiere, como término final de la obligación del empresario de abonar a la Entidad gestora el importe de la jubilación parcial, la fecha en que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada. Ahora bien, dado que no existe una obligación para el jubilado parcial de acceder a la jubilación a una determinada fecha, se entiende que, en todo caso, la obligación empresarial tendrá como límite máximo el cumplimiento, por parte del jubilado parcial, de los 65 años, ya que a partir de ese momento ya no resulta obligatorio el mantenimiento de un contrato de relevo.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

así como el contrato de relevo celebrado a tiempo parcial, pasan a regirse por las normas específicas, contenidas en la Disposición Adicional Séptima LGSS, en el Reglamento de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGCL) y en el Capítulo II RDP<sup>66</sup>, normas que, de forma sintética, se analizan a continuación.

### 3.1 Los mecanismos de cotización a la Seguridad Social

De acuerdo con el artículo 65 RGCL<sup>67</sup>, la cotización a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta se ajusta a las siguientes reglas:

– La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen de Seguridad Social de que se trate, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, desempleo y demás cotizaciones que se recauden conjuntamente con las cuotas de Seguridad Social, es siempre mensual y se determina conforme a lo establecido en el artículo 23 RGCL, en función de las retribuciones percibidas conforme a las horas trabajadas, lo sea en concepto de horas ordinarias o complementarias.

– Durante las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, la base diaria de cotización está constituida por la base reguladora de la correspondiente prestación. Dicha base se aplica durante los días en que el trabajador hubiera prestado servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en la situación de incapacidad temporal o riesgo durante el embarazo.

– La base de cotización, en la situación de maternidad, es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho

**LOS TRABAJADORES  
CONTRATADOS A TIEMPO  
PARCIAL ESTÁN PROTEGIDOS  
FRENTE A TODAS  
LAS CONTINGENCIAS  
PREVISTAS POR  
LA SEGURIDAD SOCIAL  
APLICÁNDOSELES UNAS  
REGLAS ESPECIALES EN  
LAS PRESTACIONES POR  
DESEMPLEO**

(66) El RDP procede a la derogación del Real Decreto 144/1999, de 29 de junio, que venía regulando el ámbito de la acción protectora de los trabajadores sujetos a contrato a tiempo parcial. El RDP apenas introduce modificaciones en la regulación contenida en el RD 144/1999.

(67) Aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. El artículo 65 de dicho Reglamento fue redactado ex novo por la Disposición Adicional Única del RD 144/1999, de 29 de enero, y su apartado 3 por la Disposición Final Segunda del Real Decreto 1251/2001, de 12 de noviembre. Un análisis de esta última norma en PANIZO ROBLES, J.: "Las prestaciones económicas por maternidad (Comentarios al Real Decreto 1258/2001)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, marzo, 2002 y RIVAS VALLEJO, P.: "El Real Decreto 2151/2001: el largamente esperado Reglamento de las Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", *Aranzadi Social*, núm. 20, febrero, 2002.

período. Esta base se aplica en los días en que el trabajador hubiese prestado servicios en la empresa, de no hallarse en la situación de maternidad.

– Los tipos de cotización, aplicables a la cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial, son los establecidos con carácter general. Para el ejercicio 2002, se contienen en la Orden 192/2002, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 31 de enero.

### 3.2 El ámbito de la acción protectora

#### a) El alcance de la acción protectora

El artículo 2º RDP establece que los trabajadores contratados a tiempo parcial están protegidos frente a la totalidad de situaciones y contingencias que se hallen previstas con carácter general en el respectivo Régimen de la Seguridad Social en el que figuren encuadrados, sin perjuicio de la aplicación de determinadas particularidades y condiciones, básicamente el principio de la proporcionalidad<sup>68</sup>. La única salvedad, respecto a la regla de la proporcionalidad, la constituyen las prestaciones por desempleo, puesto que a las mismas no se aplican las reglas especiales previstas en materia de Seguridad Social para los contratos a tiempo parcial, sino las establecidas con carácter general en su propia legislación (Regla 4ª de la Disposición Adicional Séptima LGSS, a la que se remite el artículo 2.2 RDP).

#### b) La determinación de los períodos de cotización a efectos de las prestaciones

El artículo 3º RDP establece las reglas de acreditación de los períodos de cotización exigibles para el acceso a determinadas prestaciones, del siguiente modo:

– En la acreditación de los períodos de cotización exigidos para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, si bien calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal finalidad, el número de horas efectivamente trabajadas se divide por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.

En los casos en que el período mínimo exigible, a efectos de la correspondiente prestación, debe estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al

(68) A pesar de que tanto la Disposición Adicional Séptima LGSS (en la redacción dada por el RDLPT y, posteriormente, por la LRMT) como, en desarrollo del mismo, el Real Decreto 144/1999, supusieron un avance en la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, sin embargo estas normas no pueden ser consideradas como la solución definitiva que plantea la relación entre la Seguridad Social y la modalidad de trabajo a tiempo parcial. Al contrario, son reveladoras las siguientes palabras de DESDENTADO BONETE “pensar críticamente sobre el contrato a tiempo parcial y la Seguridad Social es pensar en el futuro”. Vid. DESDENTADO BONETE, A.: “Contrato a tiempo parcial y Seguridad Social en el Real Decreto-Ley 15/1998”. *Mes a Mes*, núm. 39, 1999, pág. 51.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

hecho causante, este lapso se incrementa en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

– Para el acceso a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el número de días teóricos de cotización obtenidos, conforme a lo indicado en el punto anterior, se incrementan mediante la aplicación de un coeficiente multiplicador de 1,5. El producto resultante constituye el número de días cotizados, a efectos del acceso a estas pensiones.

c) *Las particularidades de las prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad* (artículos 4 a 6 RDP)

• Para el cálculo de la prestación económica de incapacidad temporal, se aplican las siguientes especialidades:

• Con carácter general, la base reguladora diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente en dicho período. La prestación se abona durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal, sin que ello implique una alteración del cómputo del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, que, en todo caso, se determina en función del número de días naturales de permanencia en la misma. Es decir, que la prestación de IT se extingue, en cualquier caso, cuando hayan transcurrido 18 meses naturales desde la baja médica.

• Cuando, a causa de la interrupción de la actividad (por ejemplo, trabajadores fijos discontinuos) la prestación pasa a ser abonada directamente por la Entidad Gestora o, en su caso, Entidad colaboradora<sup>69</sup>, se efectúa un nuevo cálculo de la base reguladora de aquélla, siendo ésta el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. La prestación económica se abona durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal.

• Además, en los casos en que se haya extinguido la relación laboral y la prestación es asumida directamente por la Entidad Gestora o por la Entidad Colaboradora, la cuantía de la prestación pasa a ser equivalente a la que correspondería por prestación por desempleo<sup>70</sup>.

(69) Sea Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresa que haya asumido, de forma voluntaria, la colaboración en la gestión de la IT. La obligación de la empresa colaboradora de seguir abonando la prestación de IT, aunque se haya extinguido la relación laboral, ha sido confirmada por una jurisprudencia reiterada del TS (Vid. SSTs 18 de noviembre y 23 de diciembre, ambas de 1997, cuyos criterios han seguido otras posteriores).

(70) De conformidad con lo establecido en el artículo 222.1 LGSS, en la redacción dada por el artículo 34.Diez de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Un análisis de esta modificación en PANIZO ROBLES, J.A.: “La Seguridad Social en el año 2002 (Modificaciones....”, *op. cit.*, págs. 39 y ss.

– Para la prestación de riesgo durante el embarazo, la base reguladora diaria de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. La prestación económica se abona durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de riesgo durante el embarazo.

– En lo que respecta a las prestaciones por maternidad, la base reguladora diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 12 meses anteriores a la fecha del hecho causante entre 365. El subsidio por maternidad se abona durante todos los días en los que el trabajador permanezca en dicha situación, con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas de maternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente.

#### d) Particularidades respecto a las pensiones

Para el acceso a las pensiones se aplican las reglas generales, con la particularidad, en lo que se refiere a la *integración de las lagunas de cotización*<sup>71</sup>, al prever (artículo 7.2 RDP) dicha integración con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar.

Por lo que se refiere al *porcentaje* aplicable a la respectiva base reguladora, se aplican las reglas generales previstas en el respectivo Régimen de Seguridad Social, sin más precisión (artículo 8 RDP) que el tiempo de cotización que resulte acreditado mediante la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5 se ha de computar también para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo. De esta forma, se extiende el beneficio de la aplicación del coeficiente multiplicador mencionado, no sólo para la determinación del período mínimo, sino también para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación.

## IV. LA JUBILACIÓN PARCIAL

La denominación de *jubilación parcial* en el derecho comparado hace referencia<sup>72</sup> al período transitorio de trabajo a tiempo reducido entre la actividad profesional plena y la jubi-

(71) A partir de la Ley 26/1985, a los efectos de la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, los períodos de la misma, que correspondan a períodos sin obligación de cotizar, en los que no exista cotización determinada, se integran con las bases mínimas de cotización aplicables a los trabajadores con 18 años, siempre que el interesado sea un trabajador por cuenta ajena (no asimilado) incluido en el Régimen General o en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de Trabajadores del Mar.

(72) Definición tomada de LATULIPPE, D. Y TURNER, J.: “Jubilación parcial y política de pensiones en los países industrializados”, OIT, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 2, 2000.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

lación ordinaria. En este tiempo, lo usual es percibir una pensión, de importe reducido, pero que suele ser compatible en su disfrute con las rentas obtenidas de la actividad, en un trabajo generalmente a tiempo parcial, ya que uno de los objetivos tradicionales de la jubilación parcial ha sido la favorecer el mantenimiento de los trabajadores de edad en el empleo<sup>73</sup>, así como medio de frenar la espectacular caída de la edad de jubilación en los países industrializados en la segunda mitad del siglo XX, al tiempo que su establecimiento se combinaba con otras políticas dirigidas a insertar en el mercado de trabajo a colectivos desempleados.

Pero, a su vez, la jubilación parcial se va transformando en una de las alternativas a la delimitación de una edad rígida de acceso a la jubilación, alternativa que, desde hace tiempo, venía siendo propuesta en el ámbito internacional<sup>74</sup>.

Por ello, la doctrina<sup>75</sup>, desde la perspectiva de la relación de la jubilación parcial con la jubilación ordinaria, entiende que la primera está dotada de una serie de rasgos, como son:

**PARA ACCEDER A LA JUBILACIÓN PARCIAL SE PRECISA UNA EDAD IGUAL O SUPERIOR A LOS 60 AÑOS, PARA CUYA DETERMINACIÓN SE TIENEN EN CUENTA LAS BONIFICACIONES DE LAS EDADES DE JUBILACIÓN ANTICIPADAS**

(73) Conforme a los datos suministrados por la Comisión Europea, la tasa de empleo de los trabajadores de edad, en determinados países de la Unión Europea, era la siguiente, según los diferentes grupos de edad:

SISTEMA	TASA DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD EN DIFERENTES PAÍSES DE LA UE			
	GRUPOS DE EDAD (AÑOS)			
	50 - 54	55 - 59	60 - 64	65 - 69
BÉLGICA	60,3	36,9	12,9	3,8
DINAMARCA	80,4	70,9	34,1	6,2
ALEMANIA	73,4	55,1	19,6	5,1
ESPAÑA	57,2	44,8	24,7	3,9
FRANCIA	64,1	46,8	10,1	2,1
ITALIA	57,2	36,6	17,9	6,2
HOLANDA	70,2	49,6	18,6	5,2
PORTUGAL	71,4	59,1	43,6	24,8
SUECIA	84,2	77,8	47,9	10,7
R.UNIDO	75,9	62,1	35,6	11,6
U.E. - 15	69,2	50,7	22,3	6,5

EUROSTAT: Encuesta sobre la fuerza de trabajo. Datos recogidos de la Comunicación de la Comisión Europea sobre “La evolución futura de la protección social en una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables”, COM (2000), 622, Final.

(74) Entre ellas, la OIT que, en su Recomendación núm. 162, recomienda a todos los países miembros para que se esfuerzen por garantizar, cuando se reduzca progresivamente la duración del trabajo de los trabajadores de edad hasta un nivel prescrito o éstos pasen a desempeñar un nuevo trabajo a tiempo parcial, que dichos trabajadores disfruten, durante un tiempo prescrito anterior a la fecha en que alcancen la edad normal de admisión a la prestación de vejez, de una prestación especial que compense, de forma total o parcial, la reducción de su remuneración.

(75) Se sigue, en este ámbito, lo señalado por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Jubilación parcial...”, op. cit., pág. 203.

- Una adecuación necesaria del cese en la actividad a la voluntad individual.
- El carácter secundario del aumento o de la reducción del período de tiempo durante el que se puede simultanear trabajo y jubilación parcial<sup>76</sup>.
- Una neutralidad económica en el establecimiento de la correspondiente medida, ya que no tiene que buscarse un atractivo económico para que el trabajador opte por la jubilación parcial.
- Carácter secundario tiene también —en especial, tras la reforma de 2001— la denominada *cláusula de reemplazo*, es decir, la obligación de contratar a otro trabajador para cubrir la parte de la jornada legal abandonada por el relevado.

### 1. Beneficiarios de la jubilación parcial

Son beneficiarios de la jubilación parcial (artículo 1.3 RDP) los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social. Ahora bien, esa pretendida amplitud del campo de aplicación del instituto de la jubilación parcial se ve contrarrestada por la necesidad de que, simultáneamente con la jubilación parcial, el beneficiario ha de suscribir un contrato a tiempo parcial, circunstancia que no puede ser llevada a cabo en determinados Regímenes Especiales (como puede ser el caso de los trabajadores por cuenta propia<sup>77</sup> o de los pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar).

Esta limitación, sin embargo, había sido suprimida por lo establecido en la Disposición Adicional Octava LGSS (en la redacción introducida por el artículo 16 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, disposición que ha sido objeto de nueva redacción por la Disposición Final Primera.2 LJ) en virtud de la cual “lo previsto en el artículo 166 (LGSS) será también de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Agrario y Trabajadores del Mar”. Sin embargo, esa aplicación de la jubilación parcial no se efectúa de forma directa, sino que se hace depender de los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, los cuales no han sido incorporados todavía al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social. De todas formas, la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el campo de aplicación de la figura de la jubilación parcial es otra muestra del objetivo básico que se pretende alcanzar con aquella, que ya no es

(76) Este carácter aparece potenciado en la nueva regulación de la jubilación parcial, introducida por la LRMT, al ampliar esa posibilidad de simultanear jubilación parcial y trabajo.

(77) Con determinadas particularidades, en lo que respecta a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado, los cuales, aunque hayan optado por pertenecer al RETA, sin embargo tienen la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1278/2000, de 30 de junio, por el que se adaptan determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

tanto la promoción del empleo, cuanto la prolongación de la actividad de los trabajadores de mayor edad. No obstante, el RDP no contiene regulación alguna respecto a la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta propia<sup>78</sup>.

Ahora bien, no sólo es necesario que el trabajador pertenezca a unos determinados Regímenes de la Seguridad Social, sino que es necesario la acreditación de los siguientes requisitos, algunos de los cuales ya han sido comentados previamente, como son:

– La reducción de la jornada y el salario en los términos ya expuestos, así como la de suscribir con la empresa un contrato a tiempo parcial para la realización de la parte de la jornada no abandonada. Por ello, la jubilación parcial precisa del concurso de dos voluntades: el trabajador y el empresario, ya que (artículo 10 RDP) el trabajador concertará previo acuerdo con la empresa.

– Reunir todas las condiciones exigidas para causar derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con arreglo a las disposiciones que estén vigentes en el Régimen en que se cause aquélla. Es decir, que se precisa cumplir una determinada edad (requisito que se comenta en el punto siguiente) y tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales, al menos 2, deben estar comprendidos en el período de los 15 años anteriores al momento en que entienda causada la pensión.

De las condiciones exigidas para el acceso a la pensión de jubilación, en la jubilación parcial se exceptiona la edad, la cual habrá de ser, como mínimo, 5 años inferior a la que se exija con carácter general. Toda vez que, conforme a las previsiones del artículo 161.1.a) LGSS<sup>79</sup>, esa edad se sitúa, como norma general, en los 65 años, para acceder a la jubilación parcial se precisa tener una edad igual o superior a los 60 años, para cuya determinación (artículo 11 RDP) se tienen en cuenta las bonificaciones de la edad<sup>80</sup> o

(78) Tal vez las dificultades en medir la *parcialidad* en la actividad por cuenta propia, o las posibilidades de fraude pueden estar detrás de esa falta de desarrollo reglamentario. No obstante, la doctrina considera muy positivo el establecimiento de la jubilación parcial para los colectivos de trabajadores independientes, sugiriendo, por ejemplo, algunas posibilidades de una eventual regulación, como la de vincular la jubilación a la incorporación en la actividad de otra persona que complementa el tiempo de trabajo y de cotización. Vid. TORTUERO PLAZA, J.L.: *Jubilación forzosa ...*, op. cit., pág. 118.

(79) De aplicación a la totalidad de los Regímenes que conforman el sistema de la Seguridad Social, de conformidad con las previsiones de la Adicional Octava LGSS.

(80) Existen determinados colectivos que, por diferentes razones, tienen una edad ordinaria de jubilación más reducida, mediante la aplicación de coeficientes reductores, como es el supuesto de los trabajadores dedicados a las actividades minera (RD 2366/1984 y, específicamente, en el caso de los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de la Minería del Carbón en el Decreto 293/1973); los trabajadores ferroviarios (RD 2621/1986), los trabajadores que realizan actividades marítimo pesqueras (Reglamento del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, D 2309/1970 y OM de 3 de enero de 1977); los artistas y toreros (RD 2621/1986) o el personal de vuelo (RD 1559/1986) si bien en este caso, desde un punto de vista normativo, limitado al personal dedicado a los trabajos aéreos, si bien este beneficio ha sido ampliado por la jurisprudencia (vid. STS, u.d., de 14 de diciembre de 1999) a los tripulantes de vuelo de transportes de pasajeros.

las edades de jubilación anticipadas<sup>81</sup>, por lo que, en determinados supuestos, la edad de 60 años se ve minorada<sup>82</sup>.

– Además, si en la regulación anterior a la reforma de 2001, la jubilación parcial se extinguía con el cumplimiento del trabajador de los 65 años de edad, el artículo 12.6 ET posibilita el acceso a la jubilación parcial a los trabajadores, aunque su edad alcance los 65 años, con lo que también la regulación de la jubilación parcial se orienta en la dirección de favorecer la permanencia en la actividad de los trabajadores con 65 años<sup>83</sup>.

## 2. La cuantía de la prestación

– Conforme al artículo 12 RDP, el *hecho causante* de la pensión de jubilación parcial<sup>84</sup> se entiende producido el día del cese en el trabajo anterior, todo ello condicionado a que, en dicha fecha, se haya suscrito el nuevo contrato a tiempo parcial y, caso de ser necesario, el contrato de relevo.

Con la normativa señalada, habrá que entender producido el hecho causante el día de la reducción de la jornada que se venía desarrollando anteriormente. Esta regulación contrasta con los pronunciamientos jurisprudenciales que han entendido que, con carácter general y por lo que se refiere a la pensión de jubilación, el hecho causante de la misma debe entenderse producido el día siguiente al del cese en el trabajo<sup>85</sup>.

(81) Por ejemplo, los artistas, los profesionales taurinos o las personas que pueden anticipar la edad de jubilación en virtud del derecho transitorio, conforme a la Transitoria Tercera LGSS. Debe tenerse en cuenta, en este ámbito, que el apartado IV del Acuerdo Social para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social abre el derecho (cuya concreción y efectividad precisará de la aprobación de la correspondiente disposición legal) a los trabajadores con 61 o más años, siempre que acredite en un período de cotización de 30 años.

Respecto a la aplicación de la Transitoria Tercera LGSS, hay que tener en cuenta la extensión que se produce en ella, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones para determinados colectivos de Regímenes Especiales y para quienes, con anterioridad al 1 de enero de 1967, prestaron servicios por cuenta ajena, de acuerdo con las previsiones de la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del Sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales. Sobre la aplicación de la Ley 47/1998, vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “El final de una polémica: las nuevas reglas de anticipación de la edad de jubilación”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 14, Madrid, 1998; PUMAR BELTRÁN, N. y REVILLA ESTEVE, E.: “La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones”. *REDA*, núm. 95/1999.

(82) Piénsese, por ejemplo, en un trabajador de la minería del carbón, que ha trabajado 20 años en un puesto de trabajo al que se aplica un coeficiente reductor de la edad de jubilación del 40 por ciento. En este supuesto, la edad general de jubilación del trabajador se situaría en 57 años  $\{65 - (40 \times 20) / 100\}$ , por lo que dicho trabajador podría acceder a la jubilación parcial, a partir de los 52 años.

(83) En tal sentido, el trabajador contratado a tiempo parcial (que simultanee ese trabajo con la jubilación parcial), al llegar a los 65 años, se beneficiará de la exoneración de cotizaciones sociales (en los términos establecidos en el artículo 112 bis LGSS, en la redacción dada por el artículo 11 de la Ley 35/2002).

(84) Se ha definido el hecho causante como “la actualización de la contingencia protegida productora de la situación de necesidad, que incide sobre individuos que, por reunir los requisitos exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la protección”. Vid. ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de Seguridad Social*, Madrid, 1987, pág. 317.

(85) STS, u.d., de 12 de febrero de 1991.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

– El importe de la pensión está en función de las cotizaciones previamente realizadas (que conformarán la base reguladora de la pensión y el porcentaje aplicable a ese parámetro), así como del porcentaje de reducción de jornada abandonada por el trabajador, ya que aquélla es el resultado de aplicar dicho porcentaje al importe de pensión que le correspondería, de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en el momento del hecho causante, calculada de conformidad con las normas aplicables en el Régimen de Seguridad Social, en que se cause la pensión. No obstante, el RDP establece una limitación consistente en que, a efectos del cálculo del importe de la pensión de jubilación parcial, no se aplican los porcentajes adicionales previstos en el artículo 163.2 LGSS<sup>86</sup>.

En las situaciones de pluriempleo, a los efectos de la determinación de la base reguladora, sólo se tienen en cuenta las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado previamente (en el que opera la reducción de la jornada) y que resulta transformado en un trabajo a tiempo parcial; por tanto, no se toman en consideración otras bases de cotización que se hayan originado como consecuencias de otros trabajos, a tiempo completo o a tiempo parcial, que pudiese venir desarrollando el interesado.

Como quiera que es posible el incremento de la reducción de la jornada, de producirse tal circunstancia este hecho origina, a su vez, una modificación en el importe de la pensión, aunque tales modificaciones operan solamente por períodos anuales, considerando que los períodos anuales se cuentan a partir de la fecha en que tuvo efectos inicialmente la jubilación parcial<sup>87</sup>. En consecuencia, y respetando los límites de reducción establecidos en el artículo 12.6 ET, el porcentaje de reducción de jornada puede incrementarse por períodos anuales, a petición del trabajador jubilado parcial; en los supuestos en que para el percibo de la jubilación parcial sea obligatorio el mantenimiento de un contrato de relevo, la reducción de la jornada del trabajador sustituido debe incrementar la del trabajador relevista.

**AL JUBILADO PARCIAL SE LE CONSIDERA EN LA CONDICIÓN DE PENSIONISTA A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO Y PERCEPCIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS, TANTO MÉDICAS COMO FARMACÉUTICAS**

(86) A cuyo tenor, cuando se accede a la pensión de jubilación más allá de los 65 años y acreditando más de 35 años de cotización, la base reguladora se incrementa con un 2 por ciento adicional de la misma, por cada año en que, cumplidos los dos requisitos señalados, el interesado demore en el acceso a dicha pensión.

(87) La norma, con la restricción de que los efectos de los incrementos de jornada, a los efectos de la modificación de la cuantía de la jubilación parcial, operen únicamente por períodos anuales, tiene como finalidad evitar que no se produzcan alteraciones continuadas en la pensión, con la incidencia en la gestión.

El artículo 12 RDP (frente a la laguna normativa anterior) precisa la forma de llevar a cabo la ampliación de la reducción de la jornada de trabajo, que tendrá sus implicaciones en la cuantía de la pensión del modo siguiente<sup>88</sup>:

– Dentro de los límites establecidos (del 25 por ciento al 85 por ciento) el porcentaje de reducción de jornada puede incrementarse por períodos anuales, a petición del trabajador jubilado parcial.

- Cuando, para el percibo de la pensión de jubilación de jubilación parcial, es obligatorio el mantenimiento de un contrato de relevo, la empresa debe ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo, en proporción a la reducción de la del jubilado parcial. Si la jornada de trabajo del relevista ya es superior a la jornada dejada vacante, la ampliación tiene como límite la aplicación de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

- Si el trabajador relevista no acepta la ampliación de su jornada de trabajo, la empresa debe proceder a la contratación, por la jornada reducida por el jubilado parcial, de otro trabajador desempleado o que tenga un contrato con la empresa de duración determinada.

- De no poderse realizar alguna de las alternativas señaladas, no puede a su vez modificarse la cuantía de la pensión de jubilación parcial que se venía percibiendo.

Por el contrario, cuando el trabajador relevista ha procedido a ampliar su jornada, o alternativamente, la empresa ha procedido a la contratación de un nuevo trabajador, la pensión de jubilación parcial aumenta su cuantía aplicando a la reconocida inicialmente el porcentaje que corresponda en función de la nueva reducción de jornada. La nueva pensión es objeto de actualización con las revalorizaciones habidas desde la fecha de efectos de la pensión de jubilación parcial inicial hasta la fecha de efectos del nuevo importe de pensión.

- Además, el reconocimiento de la pensión de jubilación está rodeada de unas garantías adicionales, entre las que se encuentran:

- A efectos de la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, cuando se acceda a la misma antes del cumplimiento de los 65 años, no se aplican coeficientes reductores en función de la edad.

- La cuantía de la pensión no puede ser inferior a la cuantía que resulte de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de la pensión mínima vigente en cada

(88) La doctrina viene entendiendo que aunque el RDP (como su antecedente el RD 144/1999) se refiere únicamente a la ampliación de la reducción de jornada, nada impediría la disminución de la reducción anterior, siempre que ello no afectase al contrato de relevo. Vid. CABEZA PEREIRO, J.: y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El nuevo régimen...*, op. cit., pág. 97 y PEDRAJAS MORENO, A.: "Contrato a tiempo parcial...", op. cit. pág. 204.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

momento para los jubilados mayores de sesenta y cinco años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado.

- La pensión se revaloriza en los mismos términos que las demás pensiones de modalidad contributiva, es decir, a través de la aplicación de los criterios contenidos en el artículo 148.1 LGSS.
- Al jubilado parcial se le considera en la condición de pensionista a efectos del reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales. Es decir, el jubilado parcial no efectúa pago de las prestaciones farmacéuticas.

### 3. El reconocimiento de la prestación

La jubilación parcial, en su reconocimiento, está sujeta a un procedimiento (artículo 13 RDP), que parte de una solicitud del trabajador ante la Entidad Gestora correspondiente<sup>89</sup>, solicitud que puede formularse aunque en dicho momento no haya tenido efecto la reducción de jornada anterior, ni, en consecuencia, se haya celebrado el contrato de relevo. En todo caso, en la solicitud ha de indicarse la fecha prevista en que vaya a producirse la reducción en la jornada que se venía realizando o, cuando ya se venga percibiendo la misma, y se pretenda su aumento (como consecuencia de haber ampliado la reducción de la jornada) la fecha en que vaya a producirse la nueva reducción de jornada. Por aplicación de las reglas establecidas con carácter general<sup>90</sup>, la solicitud puede presentarse con una antelación máxima de tres meses a dicha fecha.

Una vez tramitado el expediente y antes de redactar la propuesta de resolución, la Entidad Gestora ha de informar al solicitante sobre la circunstancia de si reúne las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión y, en su caso, la cuantía que pudiera corresponderle, para que en un plazo máximo de diez días formule alegaciones y presente los documentos que estime pertinentes<sup>91</sup>. En todo caso, el reconocimiento del derecho queda condicionado a la formalización del correspondiente contrato de trabajo a tiempo parcial y, de ser necesario, el de relevo o, en su caso, a la modificación de los mismos.

Los efectos económicos de la pensión de jubilación parcial se producen el día siguiente al del hecho causante, siempre que en dicha fecha haya entrado en vigor el correspondiente contrato de trabajo a tiempo parcial y, caso de ser necesario, el de relevo, si la solicitud se presenta dentro de los tres meses anteriores o posteriores al momento del cese

(89) En la generalidad de los supuestos, la Entidad Gestora es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con excepción de que se haya de reconocer en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en cuyo caso, la competencia reside en el Instituto Social de la Marina.

(90) Artículo 15 de la Orden de 18 de enero de 1967.

(91) Esta actuación es calificada por la doctrina como *loable*, a fin de evitar que se pudiese adoptar la decisión de la jubilación parcial, cuando la prestación económica resultante no respondiese a las expectativas del interesado. Vid. SALINAS MOLINA, F.: "La jubilación parcial...", *op. cit.*, pág. 14.

en el trabajo a jornada completa, mientras que si la solicitud se presenta transcurridos más de tres meses, los efectos económicos de la pensión sólo tendrán una retroactividad de tres meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

Si, posteriormente al reconocimiento de la jubilación parcial, se produce una ampliación de la reducción de la jornada de trabajo, los efectos del nuevo importe de pensión se producen en la misma fecha en que se inicie la realización de la nueva jornada de trabajo por el jubilado parcial y, en su caso, por el relevista.

#### 4. Reglas de compatibilidad de la jubilación parcial y de extinción de la misma

– El artículo 14 RDP prevé una serie de reglas sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la jubilación parcial, conforme a las cuales:

- La jubilación parcial es compatible en los siguientes supuestos:

a) Existe compatibilidad entre el percibo de la jubilación parcial y la realización del trabajo a tiempo parcial en la empresa, así como con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial, siempre que no se aumente la duración de su jornada. También existe una compatibilidad similar con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces.

Estas reglas de compatibilidad implican el reconocimiento de una compatibilidad de una pensión de jubilación con situaciones de pluriempleo o pluriactividad a tiempo parcial, previas al acceso a la jubilación parcial; en correspondencia con ello, supone la implícita aceptación de la posibilidad de obtener pensiones o subsidios que puedan derivarse de dicha situación<sup>92</sup>. En los dos supuestos anteriores, en caso de aumentarse la duración de su jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso<sup>93</sup>.

b) La jubilación parcial es compatible con el percibo de la pensión de viudedad, la prestación por desempleo<sup>94</sup> y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que

(92) Se ha señalado que este régimen de compatibilidad es también una forma de utilizar la jubilación parcial para proteger otra contingencia diferente, la del desempleo parcial, si no fuese por el hecho de que la aceptación voluntaria de tal contingencia impide la aplicación de las reglas del desempleo. No obstante, ante el silencio reglamentario ha de considerarse que se trata no sólo de la prestación que se origina como consecuencia de la pérdida involuntaria de la actividad efectuada para otra empresa, sino también la que deriva de la extinción del contrato a tiempo completo, transformado en un contrato a tiempo parcial, para el acceso a la jubilación parcial. Vid. LÓPEZ CUMBRE. L. "Contrato de relevo..." *op. cit.*, pág. 68.

(93) Parte de la doctrina ha venido solicitando una compatibilidad más amplia entre la percepción de la jubilación parcial y la realización de trabajos, aunque sean posteriores al momento del acceso a la jubilación parcial.

(94) A sensu contrario y dado que el RDP se refiere únicamente a la prestación por desempleo, habrá que entender que se produce la incompatibilidad entre la percepción de la jubilación parcial y los subsidios, asistencial o no contributivo, por desempleo.

correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial<sup>95</sup>. La doctrina ha puesto de relieve la problemática de la compatibilidad entre la pensión de la jubilación parcial y las prestaciones por desempleo, en los casos en que la extinción del contrato de trabajo haya sido debida a causa imputable para el trabajador, entendiendo que, dada la íntima relación existente entre la jubilación parcial y el contrato a tiempo parcial, en los supuestos indicados, se debería producir la extinción de la jubilación parcial, sin que, por dicha causa, el trabajador tuviese que solicitar la jubilación ordinaria.

• Por contraposición a las reglas anteriores, *la pensión de jubilación parcial es incompatible:*

a) Con las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez<sup>96</sup>. Dada la propia delimitación de las pensiones indicadas (la imposibilidad de realizar alguna clase de actividad –incapacidad permanente absoluta– o la ayuda de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria –la gran invalidez–) resulta congruente la incompatibilidad citada<sup>97</sup>.

b) Con la pensión de jubilación que pudiera corresponder por otra actividad distinta a la realizada en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

c) Con la pensión de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial<sup>98</sup>.

**LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL ES INCOMPATIBLE CON LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, GRAN INVALIDEZ ASÍ COMO TOTAL PARA EL TRABAJO QUE SE PRESTE EN VIRTUD DEL CONTRATO QUE DIO LUGAR A LA JUBILACIÓN**

(95) Por ejemplo, las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad o desempleo.

(96) Un análisis de las reglas de compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente, en ROQUETA BUJ, R.: “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones de incapacidad permanente” y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La incompatibilidad en materia de pensiones de la Seguridad Social: un estudio jurisprudencial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29, Madrid, 2001.

(97) Parte de la doctrina señala que la incompatibilidad entre la pensión de jubilación parcial con la incapacidad permanente absoluta contrasta con la regulación del artículo 141.2 LGSS, que dispone que la percepción de tales pensiones no impiden el ejercicio de actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado de incapacidad y que no representen un cambio en la capacidad de trabajo, a efectos de la revisión. Vid. DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: “La protección social...”, *op. cit.*, pág. 515.

(98) A la vista del RDP, surge la duda sobre la compatibilidad/incompatibilidad entre la pensión de la jubilación parcial con la incapacidad permanente que se venía compatibilizando previamente con un trabajo, respecto del cual se reduce la jornada (y el salario) para pasar a la situación de la jubilación parcial. Desde una perspectiva literal del artículo 14 RDP, así como desde las reglas generales de incompatibilidad entre pensiones (artículo 122 LGSS) cabría defender la incompatibilidad entre la jubilación parcial y la pensión de incapacidad permanente. No obstante, también hay que considerar que si la pensión de incapacidad era compatible con el trabajo, también lo debe ser con la prestación –jubilación parcial– que implica un renta de sustitución del salario perdido como consecuencia de la reducción de jornada. Consecuentemente, la incompatibilidad podría surgir únicamente en el momento en que el interesado pasase a la jubilación ordinaria o completa.

Respecto a las reglas de incompatibilidad, surge la duda de si la misma juega a favor de la extinción automática de la jubilación parcial o, por el contrario, es de aplicación el principio de opción entre prestaciones incompatibles, previsto en el artículo 122 LGSS. Aunque la norma de la incompatibilidad no opera como extinción automática de una de las prestaciones, sino únicamente después del ejercicio de la opción, la redacción contenida en el RDP da pie a entender como válida la primera de las alternativas<sup>99</sup>.

– En lo que se refiere a las causas de extinción de la jubilación parcial, conforme al artículo 16 RDP procede la extinción de la misma en los siguientes supuestos:

- El fallecimiento del pensionista.
- El reconocimiento de la jubilación ordinaria o anticipada, en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas.
- El reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, que haya resultado incompatible.
- La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial o a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquél, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de la misma. Esta causa no resulta de aplicación a las extinciones del contrato de trabajo declaradas improcedentes, en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la Disposición Adicional Segunda RDP.

En la aplicación de la normativa anterior (RD 144/1999) se había venido cuestionando la extinción de la pensión de jubilación parcial, en los supuestos en que falla la simultaneidad de la misma con el trabajo a tiempo parcial, teniendo en cuenta el silencio a tal efecto del mencionado Real Decreto. Como se ha señalado, el artículo 12.6 ET define la jubilación parcial refiriéndola a una situación simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial. De este modo, se configura un status jurídico necesariamente participado por la condición de pensionista y trabajador, recíprocamente dependientes.

A diferencia de lo que sucede con el contrato de relevo (el suscrito por el trabajador relevista)<sup>100</sup>, la Disposición Adicional Segunda RDP (teniendo como antecedente, el artículo

La Administración de la Seguridad Social ha adoptado una posición intermedia, permitiendo únicamente la compatibilidad en el supuesto en que para el cálculo de la pensión de jubilación no se hayan de computar las cotizaciones acreditadas previamente al reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente.

(99) Ésta es la posición adoptada también por parte de la doctrina, vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y “Jubilación parcial...” op. cit., pág. 218.

(100) En el que, como se ha señalado, el cese del mismo –cualquiera que fuesen las razones que generaran el mismo– obliga al empresario a la sustitución del trabajador por otro trabajador desempleado o un trabajador que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

9 del RD 1991/1984) únicamente cita el despido improcedente del jubilado parcial, sin tener en cuenta los efectos de cualquier otra clase de cese. Para la doctrina, esta limitación al despido improcedente podría justificarse en el comportamiento del empresario, mediante el que el despido no causado del trabajador (despido improcedente) y la opción por la indemnización y la no readmisión podría provocar la rescisión en un solo acto de dos relaciones laborales: la del trabajador relevado (mediante el despido improcedente) y la del trabajador relevista (al desaparecer el motivo que generó la relación laboral). Ahora bien, como se ha señalado, estos efectos se pueden producir en cualquier otra situación de extinción de la relación laboral, independientemente de su improcedencia.

Ahora bien, en los demás supuestos cabe declarar que la jubilación parcial se extingue con el cese en el trabajo a tiempo parcial, salvo que el interesado tenga derecho, una vez extinguido el contrato, a prestaciones sustitutorias (por ejemplo, desempleo, incapacidad temporal, maternidad, etc.), en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se debería producir en el momento en que se extinga el derecho a dichas prestaciones<sup>101</sup>.

### **5. Particularidades en relación con el reconocimiento de las pensiones que pueden causarse desde la jubilación parcial o con posterioridad a la misma**

Dado que el jubilado parcial, al tiempo que percibe la pensión, sigue desarrollando un trabajo, puede suceder que, en función de las cotizaciones realizadas<sup>102</sup> y produciéndose una de las contingencias protegidas, el interesado o sus familiares hayan de acceder a las correspondientes pensiones. A tal fin, el artículo 15 RDP establece las siguientes particularidades:

– Si, durante el período de percepción de la jubilación parcial, fallece el jubilado parcial o se le reconoce en situación de incapacidad permanente, en los grados de absoluta, gran invalidez o total (en este último caso, para la profesión que el interesado tuviese en la empresa en que presta servicios como trabajador parcial) para el cálculo de la base reguladora de la correspondiente prestación se tienen en cuenta las bases de cotización, acreditadas en el tiempo parcial, pero incrementadas hasta el 100 por ciento de las bases de cotización que hubiesen correspondido de haber seguido realizando el trabajador el mismo porcentaje de jornada, desarrollado previamente al pase a la situación de jubilación parcial, siempre que esta última se hubiese simultaneado con un contrato de relevo<sup>103</sup>.

(101) El RDP no prevé, como causa de extinción de la jubilación parcial, el hecho de que el interesado retorne desde el contrato a tiempo parcial a un contrato a tiempo completo, ni si el jubilado parcial puede incrementar –con el acuerdo con la empresa– su jornada de trabajo, con la minoración de la pensión parcial. Por ello, la norma reglamentaria solo contempla la modificación de la jornada, desde la óptica de la jubilación, por lo que surge la duda de si tal regulación no condiciona la producción de las modificaciones contractuales.

(102) Hay que tener en cuenta que al perceptor de la jubilación parcial, en la realización de su trabajo simultáneo con aquella, se le aplican las reglas de cotización del contrato a tiempo parcial, contenidas en el artículo 65 RGCL y en la Orden/TASS, 192/2002, de 31 de enero de 2002, sobre cotización a la Seguridad Social para dicho ejercicio económico. Vid., de igual modo, el artículo 3 RDP.

(103) En la normativa anterior al RDP, el incremento de las bases de cotización al 100 por ciento se referían a las correspondientes a un trabajo a tiempo completo. Toda vez que, conforme a la nueva regulación, se posibilita el acceso a la jubi-

Con este beneficio (que se ha venido aplicando desde el año 1984) se pretende que las bases de cotización reducidas (como consecuencia del trabajo a tiempo parcial) no tengan un efecto negativo en la determinación de la base reguladora de la pensión, si bien aquél no se aplica a todo el período en que el trabajador hubiese estado percibiendo la jubilación parcial, sino que se añade un requisito adicional, cual es la existencia simultánea de un contrato de relevo.

El beneficio de elevación al 100 por ciento de las bases de cotización es aplicable también por los períodos en que la jubilación parcial se haya simultaneado con la prestación por desempleo, compatible con aquélla, o con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones correspondientes al contrato de trabajo a tiempo parcial (por ejemplo, una incapacidad temporal o de maternidad) siempre que, en tales períodos, existiese de forma simultánea, un contrato de relevo.

En todo caso, la extensión del beneficio de la elevación del 100 por ciento tiene la excepción de que el cese en el trabajo se hubiese debido a despido disciplinario procedente, en cuyo caso el beneficio señalado únicamente opera por el período anterior al cese en el trabajo<sup>104</sup>.

– Cuando, en los períodos de percibo de la jubilación parcial (o de las prestaciones sustitutorias del salario debido por el trabajo a tiempo parcial, compatibles con aquélla) no existe simultáneamente un contrato de relevo, para la determinación de la cuantía de las respectivas prestaciones se consideran las bases de cotización, correspondientes al contrato a tiempo parcial, por su valor nominal. Esta regulación puede tener un efecto importante en los derechos de prestaciones del jubilado parcial, al minorarse la cuantía de las bases de cotización que conforman la base reguladora de la prestación, sin que, además, al interesado se le pueda imputar ninguna actitud respecto a la no existencia del contrato de relevo (cuando éste no tiene carácter obligatorio) ya que, conforme al artículo 12.6 ET, es el empresario el que decide la formalización o no de dicho contrato.

Para remediar, al menos parcialmente, los efectos descritos, el RDP (artículo 15.3) prevé una doble alternativa, en la determinación de la respectiva base reguladora a opción del interesado:

lación parcial, por parte de un trabajador contratado anteriormente mediante un contrato a tiempo parcial, se hace preciso introducir las correspondientes adaptaciones en esta materia.

Por ello, si, por ejemplo, se trata de un trabajador que, antes de la jubilación parcial, desarrollaba un trabajo a tiempo parcial (al 70 por ciento de la jornada a tiempo completo comparable) y que, durante el nuevo contrato a tiempo parcial –simultáneo con la jubilación parcial–, con una jornada al 30 por ciento, venía cotizando por una base de cotización de 900 euros/mes, a efectos del acceso a una pensión de incapacidad permanente (o para la determinación de la respectiva base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia causadas a su fallecimiento), se tomarían unas bases de cotización de 2.100 euros (  $\{900 \times 70\} / 30 = 2.100$  ).

(104) Este criterio ya se venía aplicando en la práctica administrativa, aunque no estuviese reflejado de forma expresa en la normativa.

## La nueva regulación de la jubilación parcial

- Que la base reguladora de la pensión se determine en la fecha del hecho causante de la prestación, teniendo en cuenta las bases de cotización reales del contrato a tiempo parcial o
  - Que la base reguladora se calcule en la fecha en que se reconoció la pensión de jubilación parcial o, en su caso, en el momento en que dejó de aplicarse el beneficio del incremento al 100 por ciento de las bases de cotización en el contrato a tiempo parcial, si bien aplicando, respecto de los demás requisitos y efectos de la pensión, la regulación vigente en el momento de acceder a la misma. De elegirse cualquiera de estas opciones, a la pensión resultante se le han de aplicar las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde la fecha en que se haya determinado la base reguladora y el hecho causante de la misma.
- Una regulación similar contiene el artículo 18 RDP, respecto de las particularidades de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación ordinaria o anticipada. En tal sentido, a efecto de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, se aplican las reglas ya mencionadas, del siguiente modo:
- Por los períodos en que la jubilación parcial se hubiese simultaneado con un contrato de relevo, se toman las bases de cotización acreditadas en el contrato a tiempo parcial, pero incrementadas hasta el 100 por ciento de las bases de cotización que hubiesen correspondido de haber seguido realizando el mismo porcentaje de jornada, desarrollado antes del pase a la situación de jubilación parcial, siempre que esta última se hubiese simultaneado con un contrato de relevo. El beneficio de elevación al 100 por ciento de las bases de cotización es aplicable también por los períodos en que la jubilación parcial se haya simultaneado con la prestación por desempleo, compatibles con aquélla, o con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones correspondientes al contrato de trabajo a tiempo parcial (por ejemplo, una incapacidad temporal o de maternidad) siempre que, en tales períodos, existiese de forma simultánea, un contrato de relevo.
  - Cuando no hubiese existido, de forma simultánea con la jubilación parcial, un contrato de relevo, el interesado tiene la opción indicada anteriormente, es decir, que la base reguladora se determine en la fecha de causar la prestación, teniendo en cuenta las bases de cotización del contrato a tiempo parcial, o que la pensión se calcule en la fecha en que se reconoció la pensión de jubilación parcial o, en su caso, en la fecha en que dejó de aplicarse el beneficio del incremento al 100 por ciento de las bases de cotización en el contrato a tiempo parcial, si bien aplicando las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde la fecha en que se haya determinado la base reguladora y el hecho causante de la misma.



**I. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**Consideración preliminar. 1. Ley y convenio colectivo. 2. Reglamento y convenio**

**colectivo. 3. Concurrencia de convenios. Principio de norma más favorable.**

**4. Interpretación de normas-principio pro operario. 5. Condición más beneficiosa.**

**A) Aplicación a conceptos retributivos. B) Aplicación a jornada y otras condiciones de trabajo. 6. Irrenunciabilidad de derechos.**

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 2 a 5 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813).

**1. LEY Y CONVENIO COLECTIVO**

Las relaciones entre la ley y el convenio colectivo han de conformarse de acuerdo al rango jerárquico que a los mismos atribuye el art. 3.1 del ET. Por otro lado, los acuerdos o pactos colectivos surgidos al amparo del art. 37 del Texto Constitucional pueden modificar los convenios colectivos vigentes, sujetándose a las normas de derecho necesario absoluto. En la configuración de las relaciones entre ley y convenio, así como en la articulación de los pactos o acuerdos suscritos entre la empresa y el Comité con los convenios colectivos, incide la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de enero de 2002**, I.L. J 143. La resolución se dicta en sede de duplicación sobre una demanda planteada de oficio por la autoridad laboral administrativa de conformidad al art. 162 de la LPL con objeto de que se declarase la ilegalidad de un pacto colectivo suscrito entre la patronal y el comité de empresa por el que se acordó modificar una norma contenida en el convenio colectivo vigente. La modificación introducida por el acuerdo alcanzado entre empleadora y representación unitaria incide en la regulación de la jubilación parcial y el conexo contrato de relevo, materias reservadas a las normas legales y reglamentarias.

Como señala la resolución, la materia afectada por el pacto sólo es modificable por vía legal pues crea un supuesto de contratación temporal específico que contraviene las normas legales del Sistema de Seguridad Social que son de derecho necesario absoluto en

cuanto reguladoras de un servicio público protector de situaciones de necesidad. No puede, por lo tanto, atribuirse a un acuerdo convencional amparado en el art. 37 del Texto Constitucional eficacia normativa directa o *erga omnes*, salvo cuando se acomode a las normas con rango formal de ley, dada su primacía jerárquica. Es indudable que los pactos colectivos tienen una evidente estructura interna convencional, ahora bien, sólo pueden alcanzar eficacia y en este caso modificar un convenio entonces vigente cuando se sujete a las normas legales. Lo que viene a establecerse en el pacto es un supuesto de jubilación anticipada para los trabajadores entre 60 y 65 años, sin sufrir la reducción en la prestación de jubilación ordinaria y, como señala la sentencia, los negociadores han olvidado la existencia de normas de derecho necesario absoluto cual es el de la Seguridad Social, siendo así que la potestad normativa se reserva exclusivamente al poder legislativo.

## 2. REGLAMENTO Y CONVENIO COLECTIVO

El respeto por el convenio colectivo de los mínimos de derecho necesario regulados en norma reglamentaria y el problema de la articulación entre disposiciones convencionales y reglamentos, así como su sistema de prevalencia que dispone el carácter preeminente que, en la regulación de las relaciones de trabajo, adquiere la negociación colectiva es objeto de tratamiento en la **STS de 12 de febrero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 297. La cuestión litigiosa sometida a unificación versa sobre dos trabajadores que realizaron horas de espera que la empresa retribuyó con arreglo a lo dispuesto en el convenio aplicable, retribución inferior a la hora ordinaria que se prevé en el art. 8 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, para el pago de las horas de espera. Para una adecuada comprensión de la cuestión planteada en el recurso ha de indicarse que el RD 1561/1995 se dicta en cumplimiento del número 7 del art. 34 del ET que, como es sabido, regula la jornada laboral y los tiempos de descanso. El precitado art. 8 de la norma reglamentaria regula, para el sector de transportes, las horas de espera como aquel tiempo de presencia en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo. Su retribución, salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán, dice el precepto, con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.

La Sala establece que no quebrantan las normas estatales que fijan mínimos retributivos a determinados conceptos salariales, los convenios colectivos que en el conjunto de las retribuciones pactadas exceden estos mínimos, aunque en algún concepto determinado no lleguen a cubrirlo, pues compete a la negociación colectiva pactar las subidas salariales del convenio en aquellos conceptos de la estructura salarial que estimen más convenientes, siempre que el conjunto de lo percibido por cada trabajador exceda de la suma de los mínimos legales establecidos. La sentencia comentada lleva a cabo una valoración o apreciación conjunta de las normas pactadas en los convenios colectivos, reconociendo el carácter preferente que adquiere la negociación colectiva en el ámbito de la regulación de las condiciones de trabajo y que se consagra constitucionalmente en el art. 37

## I. Fuentes del Derecho

de la CE, cuando, como en el caso de autos sucede, el convenio supera los mínimos de derecho necesario establecidos en las normas estatales.

### 3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS. PRINCIPIO DE NORMA MÁS FAVORABLE

En el ámbito de la concurrencia de las normas paccionadas y su sistema de articulación y en especial el problema surgido entre convenios colectivos sectoriales y de empresa, así como los criterios de solución aplicables a los conflictos planteados en esta materia, la **STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2002**, I.L. J 303, resuelve sobre la procedencia o no de un plus de penosidad regulado por el convenio de la construcción, convenio cuya aplicación se estableció en los contratos de los trabajadores, siendo así que a partir del año 1996 se suscribieron convenios colectivos de empresa que no preveían el citado complemento.

Entre otros argumentos, la Sala entiende que son de aplicación los convenios de empresa que no prevén el complemento debatido, pues aun dándose la existencia de un conflicto o concurrencia de normas que ha de resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 3.3 del ET mediante la aplicación de la más favorable, la comparación no equivale a una consideración aislada de las normas de los convenios para escoger de uno y otro lo que se estime conveniente y rechazar lo desfavorable, sino a través de un análisis ponderado de ambos conjuntos normativos, en los que las distintas cláusulas que lo componen se han convenido mediante mutuas y recíprocas concesiones de las partes negociadoras. La solución que por lo tanto adopta la sentencia se apoya en la doctrina denominada del conglobamento general, rechazando, según doctrina reiterada, el espiguo de las diversas normas convencionales, no pudiendo considerarse individual y aisladamente las previsiones más favorables de uno y otro convenio, sino que debe hacerse un sistema de comparación conjunto de ambas normas, tal como reiteradamente declaró el desaparecido Tribunal Central de Trabajo.

### 4. INTERPRETACIÓN DE NORMAS-PRINCIPIO *PRO OPERARIO*

En el ámbito de los principios interpretativos de las normas laborales destaca el principio "*in dubio pro operario*". Su formulación se traduce en que en aquellos supuestos en que la norma admita diversas interpretaciones deberá adoptarse aquella que favorezca al trabajador. Ahora bien, para la operatividad de este principio se exige una duda interpretativa de una norma sin que pueda aplicarse a los aspectos fácticos, invirtiendo o al menos suavizando el soporte de la carga probatoria.

La **STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2002**, I.L. J 623, trata el supuesto de un trabajador que solicita verbalmente a la empresa la concesión de un permiso retribuido de dos días, siendo así que según el calendario de trabajo resultante de la aplicación del convenio colectivo de empresa tenía asignado el día como fiesta pagada. La empresa concedió el permiso para el día no coincidente con el festivo.

La Sala, rechazando la interpretación de la parte recurrente, en este caso el trabajador, entiende que no existe conflicto normativo entre la norma estatutaria reguladora de las fiestas nacionales y la convencional que concede a la empresa la prerrogativa de asignar el disfrute de seis de las catorce anuales a fechas determinadas por la empresa, atendiendo a razones organizativas. Ello da lugar a que la norma del convenio no excluye sino que modaliza la del estatuto en unos términos y con unas limitaciones convencionalmente establecidas.

Se fundamenta la desestimación del recurso en que el principio *pro operario* no deja de ser un principio interpretativo de equidad en caso de normas oscuras, una vez apurados otros criterios hermenéuticos legales y jurisprudenciales, tal como enseñan las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1992, 15 de diciembre de 1986 y 18 de febrero de 1985, lo cual no ocurre en el presente caso en el que la compatibilidad de las normas está fuera de lugar.

Indirectamente, como argumento complementario, se invoca en la **STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2002**, I.L. J 695, en este caso la inaplicación, del principio *pro operario* a un supuesto en el que se planteaba la procedencia de unas ayudas de acción social al personal del Servicio Gallego de Salud (SERGAS) que se establecieron por una Circular del ISM para su personal, personal que fue transferido al servicio autonómico. Indica la Sala que resulta incorrecta la invocación que se hace del principio *pro operario* que si bien es regla jurisprudencial aplicable en el ámbito del Derecho del Trabajo, tan sólo resulta serlo cuando en la interpretación de disposiciones oscuras y a pesar de haberse apurado todo criterio hermenéutico, todavía persista duda razonada para hallar el sentido de la norma, caso en el cual ha de estarse a la solución interpretativa que resuelva la cuestión en el sentido más favorable para el trabajador.

En el caso de autos, y según se deduce de la argumentación jurídica de la sentencia, quedaba meridianamente claro que la Circular en cuestión no era de aplicación al personal del SERGAS y que, en consecuencia, este organismo no tenía que hacer efectivas las prestaciones que el organismo transferente contemplaba, pues se trataba de una simple expectativa de derecho que difícilmente podría ser objeto de transferencia, siendo así que el subrogado SERGAS no tenía establecidas ayudas de tal especie a sus empleados.

## 5. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

### A) Aplicación a conceptos retributivos

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. La **STSJ de Asturias de 25 de enero de 2002**, I.L. J 84, entiende que debe reconocerse un plus de transporte a los trabajadores de una

## I. Fuentes del Derecho

empresa que desde hacía 40 años venían percibiendo dicha percepción extrasalarial y que fue suprimida unilateralmente por la empresa.

La Sala entiende que nos encontramos ante una condición más beneficiosa reconocida a los trabajadores por la empresa demandada de larga tradición. La aplicación del principio de condición más beneficiosa conlleva el mantenimiento de las condiciones anteriores que quedan inmunes frente al establecimiento de una norma general sobrevinida y su aplicación supone, por lo tanto, una primacía de las fijadas por la voluntad de los sujetos sobre lo regulado posteriormente por la norma. No opera en este supuesto, añade el Tribunal, la técnica de la compensación y absorción que sólo puede operar si se demuestra que se trata de condiciones homogéneas, esto es, respecto de materias de la misma naturaleza, homogeneidad que no se corresponde en el caso de autos.

Sobre el juego de las reglas de la compensación y la absorción respecto del principio de la condición más beneficiosa la **STSJ de La Rioja de 2 de enero de 2002**, I.L. J 241, recoge un supuesto de un plus salarial denominado mejora voluntaria que la empresa venía abonando desde hace 15 años a un grupo de trabajadores y que no fue revalorizado unilateralmente por la empresa para el año 2000. Se parte en el supuesto de que el citado plus salarial alcanzó el concepto de condición más beneficiosa, ahora bien, el hecho de que existan condiciones más beneficiosas de origen contractual no impide el juego de las reglas de la compensación y la absorción, pues no siempre se fuerza una aplicación acumulativa de mejoras establecidas por un posterior orden normativo, pues cuando tal evento se produce, normalmente cabe una actuación neutralizadora, por vía de compensación o absorción, hasta el límite de dichas mejoras.

En este orden de cosas, la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2002**, I.L. J 457, analiza el supuesto de un trabajador de la UNED que venía percibiendo por acuerdo del Consejo Social un complemento salarial que fue absorbido por otro establecido en el convenio colectivo para el personal laboral de universidades del Estado. La cuestión litigiosa es resuelta por el Tribunal entendiendo que sobre el complemento deberían de aplicarse las técnicas de compensación y absorción que operan sobre la condición más beneficiosa que el trabajador tenía asumida por convenio particular y que da lugar a la reducción del complemento debatido. Dicho complemento ha de ser respetado y mantenido en virtud del principio de aplicación de la condición más beneficiosa, pero ello no es óbice para que se le aplique la norma contenida en el art. 26.5 del ET sobre compensación y absorción de los salarios que se venían abonando y que eran más favorables que los fijados convencionalmente.

La **STSJ de La Rioja de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 750, desestima la pretensión actora que sostenía que un complemento de antigüedad que venían percibiendo los trabajadores en cuantía de 5.000 pesetas mensuales tiene el carácter de condición más beneficiosa. Señala la sentencia que en el caso de autos no sólo no existe indicio alguno de que la empresa demandada haya tenido la voluntad de establecer a favor de sus trabajadores una condición más beneficiosa consistente en el abono de un complemento de antigüedad al que el convenio colectivo no le obligaba, sino que, muy al contrario, resulta indudable que la cantidad satisfecha aunque apareciera en la casilla correspondiente a antigüedad

por carecer el recibo salarial de un apartado expreso donde consignarlo, situación que se corrigió posteriormente, se correspondía con un concepto de plus lineal de convenio. Recuerda la sentencia en sus fundamentos jurídicos que:

“La mera repetición de ciertos comportamientos de la empresa no da necesariamente nacimiento a una condición más beneficiosa cuando no revela una voluntad de reconocer un derecho o beneficio a los trabajadores, y tan sólo se trata de una simple liberalidad carente de eficacia vinculante (...) pues el nacimiento de una condición más beneficiosa requiere algo más que la mera persistencia en el tiempo del disfrute de una determinada situación siendo necesario que esa persistencia sea indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables.”

### **B) Aplicación a jornada y otras condiciones de trabajo**

La **STSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 497, recoge un supuesto de un trabajador que con jornada inferior al resto de los trabajadores, adquirida como condición más beneficiosa, se ve o no afectado por la reducción general de éstos a 35 horas semanales y en la proporción correspondiente. El Tribunal señala que no ha existido ninguna causa para que se le pueda dejar al margen de la reducción proporcional de jornada, pues su jornada era particular y no se puede absorber ni privar de efectos a la condición más beneficiosa adquirida por el trabajador. La negativa a la reducción no puede tener efecto hasta el momento en que se produzca el equilibrio de todos los trabajadores, momento en el que se habrá consumido esa condición más beneficiosa, no porque se le suprima, modifique o altere, sino más bien porque el resto de operarios ha alcanzado el mismo nivel de prestación de servicios en una jornada específica.

Sobre la desigualdad a que puede dar lugar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa trata la **STSJ de Navarra de 24 de enero de 2002**, I.L. J 223. Se refiere la sentencia comentada a la presunta infracción del art. 14 CE y la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo que puede aparecer cuando se otorgan diferentes retribuciones a grupos profesionales integrados por mujeres y hombres. La Sala niega el quebrantamiento del principio de igualdad, pues las diferencias retributivas entre ambos grupos se deben a funciones diferentes claramente determinadas, entendiéndose que la aplicación del plus personal sólo a trabajadores concretos de la empresa obedece al principio de condición más beneficiosa adquirida en el momento de la contratación que ha sido respetada sucesivamente y que como respecto a los derechos adquiridos la jurisprudencia ha calificado reiteradamente de no discriminatoria y de desigualdad justificada (SSTS de 18 de septiembre y 3 de octubre de 2000). La eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales o recogiendo situaciones históricas de respeto a los derechos adquiridos. Añade la Sala que:

## I. Fuentes del Derecho

“En el presente caso no puede aceptarse que exista una desigualdad injustificada y mucho menos una discriminación, pues no toda diferencia de trabajo irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene en los artículos 14 de la CE y 4.2.c) y 17.1 del ET.”

En aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de condición más beneficiosa la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de marzo de 2002**, I.L. J 639, desestima la pretensión de determinados trabajadores del Ministerio de Defensa que solicitaban seguir disfrutando del medio de transporte que la Administración ponía a su disposición para el desplazamiento a su centro de trabajo y que unilateralmente les fue suprimido. La sentencia entiende, siguiendo lo establecido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1994 y 22 de septiembre de 1995, que el hecho de que hayan disfrutado de un servicio de transporte no es un derecho adquirido sino un acto de mera liberalidad que ha tenido el Ministerio de Defensa para con ellos, pues no consta una voluntad inequívoca de consolidar dicho beneficio. No es por lo tanto suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es preciso tampoco esa nota de la duración o persistencia, pues lo fundamental es que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho que supere lo establecido en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (Sentencias de 21 de febrero de 1994 y de 25 de enero de 1995). Este razonamiento queda reforzado por el hecho acreditado, según el relato fáctico, de que los trabajadores perciben en sus hojas salariales un importe correspondiente a un plus de transporte que venían percibiendo desde hace años y que continúan percibiendo en la actualidad.

## 6. IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

La renuncia incondicional de derechos indisponibles viene vedada por el ordenamiento laboral en la previsión establecida en el art. 3.5 del ET. La **STSJ de Galicia de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 441, plantea el problema de si la renuncia a una indemnización condicionada al traslado a determinada plaza en el supuesto de haber sido declarado sobrante el trabajador es una renuncia de derechos no incurso en el art. 3.5 del ET o si por el contrario es una renuncia vedada. Tal como señala la sentencia, si la disposición se realiza por un acto de renuncia, es opinión doctrinal mayoritaria que tales actos serán nulos. Pero en los supuestos de actos de disposición condicionada, el juicio de favorabilidad es viable en función de factores individuales en cuya valoración ha de prevalecer la autonomía individual frente a la colectiva. En el caso de autos, el hecho de que los trabajadores tenían un interés específico y legítimo en ser trasladados a las plazas que solicitaron y no gozando las plazas a solicitar de derecho preferente alguno a obtener el destino solicitado, la aceptación por parte de la empresa de su petición transforma su renuncia expresa a cualquier indemnización en una renuncia condicionada a obtener el traslado de la plaza elegida, y como este traslado es un derecho legítimo del trabajador, la autonomía de la voluntad individual debe prevalecer a las disposiciones del convenio.

OLGA ESTRADA ALONSO



**II. TRABAJADOR****Sumario\*:**

**Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo.** A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de Grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta Dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. i) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se analizan las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813).

### 1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

#### A) Presupuestos sustantivos

Se incluyen en este apartado sentencias que valoran tres de los presupuestos sustantivos, la retribución, la dependencia y la ajenidad. En casi todos ellos los tribunales fallan a favor de la existencia de una relación laboral salvo en los dos últimos en los que, en un supuesto porque no existe una manifestación expresa del consentimiento y en el otro porque la actividad llevada a cabo a través de una comunidad de bienes previamente constituida, se considera que la relación no entra dentro del ámbito laboral.

#### b) Actividad retribuida

STSJ de Aragón de 17 de enero de 2002 (recurso 1111/2001) I.L. J 72.

1. El demandante suscribió en 1998 y en 2000 sendos contratos de colaboración periodística con la empleadora, dedicada a la publicación de un diario deportivo. La colaboración consistía en la redacción de artículos periodísticos sobre fútbol regional, y de la liga nacional de equipos juveniles, asistiendo a los partidos de fútbol que consideraba adecuados sábados y domingos, para lo cual se valía de material de oficina, mesa, papel, útiles de escritura, material informativo, propiedad de la empleadora, a cuyos locales acudía de lunes a viernes, a partir de las 16 horas y en los que permanecía hasta que concluía su labor de redacción. El jefe de sección de fútbol regional suministraba directrices generales, respecto a la actividad a desplegar, pero ni se le imponían temas, ni artículos, partidos a reseñar, horarios ni órdenes concretas. Percibía una retribución mensual de 80.000 pesetas, con retención de 14.000 pesetas a cuenta del IRPF, con independencia del número de artículos que escribiera, que fueran publicados y también percibía dicha cantidad cuando estaba de vacaciones.

2. El TSJM añade a lo dicho que le eran suministradas directrices generales por el jefe de sección de fútbol. Con los datos anteriores, se da en suplicación una valoración distinta y se estima que se trata de un contrato de trabajo, dado que concurren las notas de voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad.

3. El contrato de arrendamiento de servicios, como frontera del de trabajo, ha tenido hasta ahora en los profesionales libres su más claro exponente. Es así que se ha mantenido que los profesionales, cuando trabajan en su condición de tales, se marginan del

## II. Trabajador

Derecho del Trabajo. No obstante lo cual, en recientes sentencias se viene destacando que ese área reducida, puede quedar también atraída por la normativa laboral. Al respecto se puede citar la STS de 19 de julio de 2002, que si bien se refiere a un fotógrafo y no a periodista, indica las pautas que parece que el TS proyecta seguir. Se dice en ella que la naturaleza de los contratos no puede ser alterada, ni por acuerdos de la voluntad individual, ni de la colectiva. De modo que los convenios colectivos podrán excluir de su aplicación una serie de categorías de trabajadores, siempre que ello no sea determinante de discriminación, pero no pueden ordenar que no tenga naturaleza laboral una relación jurídica que, por sus características, sea subsumible en las previsiones del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Y a continuación añade dicha sentencia que la dependencia, entendida con el carácter amplio de pertenencia al círculo rector del empresario, concurre cuando consta que “se le transmitían las órdenes de los reportajes a realizar. Es indiferente el que no se transmitieran instrucciones sobre el modo de realizarlos, pues tal libertad del trabajador es la propia y natural del reportero gráfico que trabaja usualmente a distancia de su empleador. En cuanto a la ajenidad se dice que contribuye a afirmar su existencia que el demandante fuera compensado de los gastos realizados. También se aprecia que existe dependencia, al constatar que se le transmitían las órdenes de los reportajes a realizar. En la STS de 23 de mayo de 2001 se afirma que es característico del contrato de una demandante profesional libre, que enviaba las noticias con arreglo a su propio criterio, a diferencia del que no era laboral, que las retribuciones fueran importes fijos mensuales, aunque una parte, lo fueron a tanto por reportaje, no variables, que la actora no fuera una persona que tuviera que remitir las noticias conforme a criterios e instrucciones específicos de la empresa, y que la demandante tuviera dedicación diaria y regular, estando sometida a horario, en cuanto tenía obligación de contactar dos veces al día, para concretar las noticias a desarrollar.

STSJ de Madrid de 29 de enero de 2002 (recurso 1655/2001) I.L. J 212.

1. La actora ha venido realizando una actividad como asesora jurídica de la Compañía Zurich de Seguros y Reaseguros, SA. A tal fin, acudía diariamente a las dependencias de la empresa indicadas por ésta, donde permanecía por espacio de unas tres horas diarias aproximadamente en horario sólo de mañana. Si bien no consta que la actora tuviese asignado un despacho propio, utilizaba las dependencias de la asesoría jurídica, donde asesoraba a los tramitadores de siniestros acerca de las dudas de tipo jurídico planteadas en relación con dicha tramitación, con independencia de que los mismos se plantearan o no ante los tribunales. La actora tenía otorgado poder para pleitos por parte de la compañía pues además de esta actividad de asesoramiento llevaba con frecuencia asuntos litigiosos de la empresa, realizando las oportunas actuaciones procesales. Su actuación era análoga a la de otros abogados que también llevaban asuntos de la empresa en vía judicial y que minutaban profesionalmente por dichos asuntos. Por el contrario, la demandante percibía una cantidad fija (unos 630 euros) que le era abonada mensualmente por la compañía previa firma de un documento (denominado *forfait*) en el que constaba que recibía dicha cantidad en concepto de “honorarios profesionales”. Además de esta cantidad la actora presentaba una minuta de honorarios profesionales por cada actuación que llevaba a cabo ante los tribunales en relación con la empresa cuyo promedio mensual era de aproximadamente 1.682 euros. La actora no figura de

alta en Seguridad Social como empleada de la compañía ni existen nóminas ni contrato de trabajo formalizado por escrito. Esta abogada realizaba asimismo una actividad en horario de tarde y en virtud de un contrato a tiempo parcial para el Colegio Nacional de Ópticos. El domicilio que aparece en el Colegio de Abogados es este último pero también figura en el Directorio de Abogados de la compañía Zurich. En octubre de 2000 recibe una carta de esta última en la que se le comunica que deja de encargarse de los asuntos de la compañía por haber perdido ésta la confianza necesaria entre abogado y cliente.

2. La Sentencia considera probados los hechos que ponen de manifiesto que la actora ha prestado sus servicios para la demandada, como asesora jurídica, fijándose por la patronal los días y horas en que debía de prestar sus servicios, estableciendo las actividades concretas a realizar por la misma, de asesoramiento a los tramitadores de siniestros en las dudas jurídicas que se les plantease, por lo que es evidente que ésta se atenía a las instrucciones de la empresa, “no pudiendo fijar a su arbitrio ni los días ni las horas de tales consultas, estando sometida a las directrices y a la organización de la patronal”. Considera probado asimismo la sentencia “que el servicio era personalísimo, no sustituyendo a la actora ninguna otra persona que ella pudiera designar”. Se ha probado también “la ajenidad y la remuneración del trabajo, percibiendo la actora una cantidad fija mensual, con independencia del número de asesoramientos realizados”. Todo ello determina “la existencia de una relación laboral entre las partes a la que no obsta el que la actora, en su calidad de abogada en ejercicio pueda compatibilizarla con el ejercicio libre de su profesión, tanto para la propia empresa, como ha quedado acreditado efectuaba, arrendando sus servicios y percibiendo los correspondientes honorarios por cada actuación ante los tribunales, como respecto de otros clientes, no siendo esta actividad la que era objeto de aquella relación, sino la diversa de asesoramiento jurídico”.

3. Un supuesto más en el que se intenta utilizar los servicios profesionales para eludir la consideración como laboral de la actividad que se presta. En este caso, y además de las notas de la dependencia o de la ajenidad, parece determinante para el Tribunal el de la retribución. Establecida por la empresa con carácter mixto (retribución fija mensual más honorarios profesionales por cada actuación en juicio) se pretende desdibujar la condición laboral considerando de forma común como honorarios profesionales todas las cantidades percibidas por la actora. Pero, como muy bien recoge la sentencia que se comenta, son dos actividades distintas. Una, la que lleva a cabo la trabajadora como asesora jurídica para la empresa y por la que percibe la retribución mensual correspondiente y otra la que, debido a su condición de abogada en ejercicio, ofrece a la empresa para actuar en juicio cuando ésta la requiere, como a otros abogados internos o externos de la empresa. El interés por confundir ambas actividades ha resultado clave para que la sentencia considere como laboral la actividad prestada.

### c) Actividad dependiente

STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002 (recurso 2934/2001) I.L. J 488.

1. El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada con categoría de director administrativo. Junto a otros compañeros le han sido reconocidos los servicios prestados de gestión y promoción del objeto social de la empresa demandada antes de la constitución mercantil por lo que se le abonó con carácter retroactivo servicios prestados antes de dicha fecha. En el entramado mercantil de la demandada, en cuya organización y contabilidad ha participado el demandante, se produce una amalgama de organizaciones de trabajo en forma de grupo de empresas, con actividades comunes, simultáneas o sucesivas y con fusión de plantilla y patrimonio. Al margen de este hecho, el demandante dependía jerárquicamente de don J.F.B., apoderado general y director gerente de la empresa. El demandante ha venido percibiendo sus retribuciones a través de abonos-facturaciones que él mismo expedía con nombre empresarial (normalmente con empresas cuya propiedad era de la esposa del mismo). El demandante es denominado empleado por la empresa tanto en las comparecencias judiciales, como en los documentos de la empresa, como en las tarjetas de visita, etc. Ante la reclamación contra el despido verbal (cambio de cerradura de las dependencias) el demandante solicita la declaración como laboral de la relación y el pago de la indemnización correspondiente, a lo que la empresa se opone por considerar que se trata de una relación mercantil o entre empresas y no laboral.

2. El Tribunal entiende que, una vez que han quedado probados los hechos relatados, la relación es laboral por lo siguiente: “1. Se ha probado la categoría profesional (nota característica del contrato de trabajo), el salario (contraprestación por el trabajo y que no puede confundirse con honorarios); 2. Se ha probado la ajeneidad bajo la expresión prestando sus servicios para la empresa; 3. En el hecho quinto se recogen notas y características de la relación que mantenía el actor con la recurrente, y 4. El Informe de la Inspección de Trabajo –que no consta que hubiera sido impugnado y goza de presunción de veracidad– contiene datos sobre la relación común y laboral”.

3. Aun cuando el análisis efectuado por el Tribunal sobre los presupuestos sustantivos de este contrato de trabajo no sean más que someros, acierta la sentencia al precisar la naturaleza laboral y no mercantil del vínculo. Existen algunos indicios que así permiten plantearlo. En primer lugar, la dependencia, quedando demostrado que el trabajador aceptaba órdenes de quienes poseían la representación de la empresa aunque en algún momento haya colaborado a afianzar la estructura de grupo de la misma. En segundo lugar, la retribución, pues aunque la percepción se hiciera a través de facturas de empresas a nombre de su cónyuge, lo cierto es que se trataba no de una facturación por un servicio profesional realizado esporádicamente para la empresa en cuestión, sino una retribución mensual en toda regla por estar a disposición de la empresa con un contrato de trabajo.

STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2002 (recurso 5861/2001) I.L. J 455.

1. El actor venía desempeñando para la empresa Orquesta Filarmónica de Madrid las funciones de Director Técnico. Prestaba sus servicios en la sede de la empresa, donde tenía

una mesa asignada y donde recibía comunicaciones relativas a asuntos propios de la empresa. El actor había aparecido públicamente como Coordinador de la Filarmónica y como tal se encargó de gestionar la adjudicación de una sede permanente para la orquesta, de organizar y conseguir actuaciones de la orquesta, de gestionar los viajes, de recibir currículos de músicos, de organizar los ensayos, y en fin, de contactar con los medios de comunicación, siempre recibiendo órdenes directas del gerente de la empresa. A cambio de la realización de todas estas tareas, el demandante venía percibiendo, desde que inició su colaboración con la empresa, pagos mensuales de cuantía variable. El conflicto entre la empresa y el demandante surge a raíz de la comunicación verbal en la que se informa a este último de que no volverá a prestar servicios para la empresa. Ante dicha comunicación, el trabajador interpone demanda por despido a la que se opone la empresa alegando inexistencia de relación laboral. En instancia se declara la incompetencia de jurisdicción por entender que no ha existido relación laboral entre las partes. Contra esta sentencia se interpone recurso de suplicación.

2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ahora se comenta aborda, en primer lugar, la cuestión competencial. A la vista de los hechos probados, el Tribunal aprecia claramente la concurrencia de todos aquellos requisitos exigidos para declarar la existencia de una relación laboral de modo que la competencia para conocer de la demanda por despido corresponde al orden jurisdiccional social. Una vez declarada su competencia, razones de economía procesal y la intención expresa de “evitar una prolongación excesiva de los salarios de trámite”, conducen al Tribunal a abordar el fondo del asunto respecto al cual, una vez acreditada la inexistencia de caducidad de la acción y comprobado que el despido se produjo de forma verbal, se declara la improcedencia condenando a la empresa a readmitir al trabajador o a abonarle la indemnización correspondiente.

3. Una vez más se plantea en este litigio la siempre delicada cuestión de calificar una relación jurídica de prestación de servicios como laboral o no. También en este caso el órgano judicial ha de atender a diversos indicios o circunstancias concurrentes para alcanzar una adecuada calificación. En el supuesto ahora controvertido, el Tribunal aprecia la existencia de todos los requisitos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral descartando la concurrencia de una relación de representación en la que el demandante asumiera la exclusiva función de conseguir contratos o actuaciones para la orquesta. En efecto, el Tribunal aprecia las notas de voluntariedad y ajeneidad propias de la relación laboral, así como la existencia de remuneración. Se advierte que el trabajador ostentaba la categoría profesional de director técnico, realizando funciones propias de la misma, teniendo su puesto de trabajo en la oficina de la patronal y obedeciendo las órdenes directas de su gerente, lo que implica la dependencia del actor respecto de la Orquesta. Este requisito de dependencia se acredita además a través de las propias funciones desarrolladas por el demandante, funciones de coordinación que no pueden llevarse a cabo de forma autónoma prescindiendo de órdenes y directrices de la empresa sino que conllevan una muy estrecha subordinación a la misma.

## II. Trabajador

STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002 (recurso 479/2002) I.L. J 716.

1. El trabajador, actor por cuenta del Ayuntamiento de Madrid, ha interpuesto una demanda por despido contra éste. El actor había prestado servicios en el Teatro Español en un número determinado de obras durante los períodos de representación y ensayos en virtud de sendos contratos de obra. Con respecto a la última obra que se comenzaba a preparar, el actor intervino en la primera lectura de la misma, siendo también convocado para comenzar los ensayos. Celebrado el primero de ellos, el actor recibió una comunicación del Gerente del Teatro por la que ponía en su conocimiento la finalización del contrato por el que venía prestando servicios. En la instancia se acogió favorablemente, al menos en parte, la pretensión del actor. No obstante, esta sentencia fue impugnada en suplicación por el propio actor demandante así como por el ayuntamiento demandado. La sentencia dictada por el Tribunal Superior es la que ahora se comenta.

2. El Tribunal señala que de las circunstancias concurrentes no cabe deducir la prestación del consentimiento por el Ayuntamiento demandado para la celebración de un contrato con el objeto de la representación por el demandante de un papel determinado en la obra “Eloísa está debajo de un almendro”, por toda la duración de la obra en cartel y con una remuneración determinada. Es cierto que la existencia del contrato no puede supeditarse en todo caso a la manifestación expresa del consentimiento por el órgano administrativamente competente para ello, pues ante una relación laboral instrumentada verbalmente no cabe excluir la realidad de un contrato de trabajo por más que se hayan podido desconocer las normas administrativas sobre selección del personal. El Tribunal, no obstante reconoce que en todo caso debe constar la prestación de consentimiento para que pueda apreciarse la existencia de un contrato de trabajo. Este consentimiento podrá prestarse de modo expreso o tácito, con libertad de forma.

Según se desprende de los hechos probados, el demandante solamente participó en la lectura de la obra y en el primer ensayo. Estas circunstancias no ofrecen base suficiente como para extender el consentimiento que indudablemente existió para la prestación de servicio durante un ensayo, a la representación de toda la obra deduciendo de la participación del demandante en un solo ensayo que el demandado había consentido en la contratación indicada. De hecho el contrato para la representación de “Eloísa está debajo de un almendro” no ha llegado a existir, por lo que el Tribunal resuelve estimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento, revocando la sentencia y dictando una absolutoria, entendiendo que no ha existido en consecuencia tampoco el despido contra el que se accionaba.

3. En este caso se ha de valorar fuertemente la inexistencia de contrato escrito. Es cierto, y así consta en la sentencia, que la inexistencia de contrato por escrito no es decisiva pudiendo haber relación laboral verbal. En este caso, no obstante, tratándose de un Ayuntamiento y de que según consta en los hechos probados, salvo en una pequeña representación de escasa importancia, siempre ha mediado por escrito el consentimiento del ahora demandado, la no existencia en el momento presente puede considerarse como un indicio de la falta de consentimiento.

Además parece suficientemente claro que el contrato por escrito siempre se ha formalizado tras un período de ensayos en una fecha más o menos próxima al comienzo de la representación. Ello es indicativo de que la voluntad de las partes es de suscribir el contrato para la representación de la obra después de haber llevado a cabo al menos una parte de los ensayos necesarios aunque el contrato todavía incluya la previsión de otros ensayos. A mayor abundamiento se da la circunstancia de que el Convenio Colectivo aplicable (Convenio Colectivo de Actores, BOCM de 3 de octubre de 1996) establece la posibilidad de ensayos independientes del contrato, de manera que parece claro que no es inevitable asociar los ensayos a un contrato de trabajo para la representación de la obra.

#### **d) Actividad por cuenta ajena**

**STS de 6 de marzo de 2002** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1367/2001) I.L. J 557.

1. El demandante tenía constituida comunidad de bienes con otra persona desde 1983, estando en alta en el RETA, y en el IAE desde 1986. Desde que se constituyó la comunidad de bienes cuenta con un establecimiento abierto al público en Salamanca y se dedica habitualmente a la realización de vídeos y/o reportajes fotográficos sobre bodas, conferencias, congresos, exposiciones, moda y acontecimientos análogos. El actor comenzó a prestar tareas de reportero gráfico para TVE a partir de 11 de mayo de 1997, es decir, cuatro años después de constituirse la CB. Efectuaba no sólo las grabaciones que le indicaba TVE sino también las que consideraba de interés informativo o noticiable general, retribuyéndole en tal caso TVE sólo el costo de aquellas que decidía aceptar. Acudía casi a diario a TVE a recibir los encargos y no consta que tuviera obligación de estar localizable. Percibía el importe de las grabaciones en nombre de la CB y lo repartía luego al 50 por ciento con el otro comunero. Éste comenzó a prestar servicios análogos para TVE a partir de 4 de mayo de 2000, después de cesar el actor en su actividad y extinguirse la CB.

2. En la sentencia del TS se desestima el recurso por apreciar que no concurre el presupuesto de la contradicción, que es ostensiblemente difícil que se dé cuando lo que se plantea es la existencia o inexistencia de una relación laboral, a efectos de la competencia o incompetencia del orden jurisdiccional social. No obstante ello, se resalta que la sentencia del TSJ que se recurre considera razonablemente que no concurren las notas de ajenidad y dependencia, habida cuenta de que el deudor de los servicios informativos pactados con TVE no fue la persona del actor sino la CB, sobre todo el hecho de que la retribución o precio obtenido por las grabaciones era repartido al 50 por ciento con el otro socio de la comunidad, de modo que las tareas personales realizadas por el actor, no eran consecuencia de una relación personal concertada *intuitu personae*, sino la mera distribución interna dentro de la organización del ente asociativo del que formaba parte y cuya constitución en forma alguna puede afirmarse que fuera imposición de TVE, dada la preexistencia de la misma a la prestación de la actividad de los servicios, de todo lo cual se ha deducido la inexistencia de relación laboral entre el actor y TVE.

## II. Trabajador

3. El tema que se trata en la sentencia referida es casi inaccesible a las resoluciones de fondo del TS, por lo que puede traerse a comparación otro supuesto en que el TS ha entrado a tomar partido en cuanto a la competencia del orden social, por estimar que existe contrato de trabajo. En la reciente STS de 19 de julio de 2002 se plantea un caso que es, en cierto modo semejante, por lo que se refiere a la profesión del demandante y en lo que afecta a la discusión de la competencia o incompetencia del orden social, no en cambio por las circunstancias que acompañan la prestación de los servicios fotográficos. Conviene recoger de esta sentencia lo siguiente: el demandante realizaba fotografías para una empresa. Le eran encargadas por el jefe de fotografía del periódico, por teléfono, y una vez realizadas las dejaba en la empresa, nunca ha estado acreditado en nombre del periódico en ruedas de prensa, ni ha participado en las reuniones del periódico, ni frecuentaba sus locales. No disponía de mesa en la empresa para efectuar su trabajo y percibía su retribución por reportajes realizados. La empresa facilitaba las películas para realizar las fotografías y pagaba los gastos tales como el kilometraje, se quedaba con los negativos de las fotografías fueran o no publicados y las retribuía con independencia de tal hecho. Se estima que concurre la nota de ajenidad de los resultados, pues las fotografías que el demandante realizaba pasaban a ser propiedad de la empresa, tanto si eran publicadas como si no lo eran, siendo evidente que existía una transmisión de los derechos fundamentales que se derivan de tal clase de propiedad. La entrega de los negativos, implica, por otra parte, la imposibilidad de ceder los derechos a tercera empresa. Por otra parte, contribuye al régimen de ajenidad el que el demandante fuera compensado de los gastos realizados, tales como importe de los negativos o gastos de transporte. No existe constancia de quién fuese propietario de la máquina fotográfica, elemento que, en cualquier caso, no desvirtuaría la calificación, como en caso similar al presente puso de relieve la STS de 31 de marzo de 1997 (recurso 355/1996). También se aprecia que existe dependencia, al constar que se le transmitían las órdenes de los reportajes a realizar. Es indiferente el que no se transmitieran instrucciones sobre el modo de realizarlos, pues tal libertad del trabajador es la propia y natural del reportero gráfico que trabaja usualmente a distancia de su empleador, en el lugar en que se producen los hechos de los que debe dar testimonio gráfico. Finalmente se afirma la existencia de la retribución de los servicios, que se efectuaba por la modalidad conocida por retribución a la pieza, abonándose una cantidad por cada fotografía. Esta forma, aun no siendo una de las formas típicas de retribución, es corriente en el mundo en el que se desenvolvía la relación entre las partes: el de la prensa escrita. En consecuencia se estima que existe contrato de trabajo. Supuesto similar, con igual solución que la que se da en la STS de 6 de marzo de 2002, puede verse en la STS de 10 de junio de 2002.

## 2. SUPUESTOS INCLUIDOS

La sentencia que se comenta en este apartado analiza un supuesto curioso cuya calificación, de haber considerado el tribunal la relación como laboral, hubiera debido ser considerado como trabajo a domicilio. La no constatación de la premisa impide alcanzar tal conclusión.

**A) Trabajadores a domicilio**

STSJ de Madrid 8 de marzo de 2002 (recurso 4891/2001) I.L. J 702.

1. La Administración estatal, a través del entonces Ministerio de Educación y Ciencia, inició un Proyecto formativo a distancia, en régimen abierto, flexible y no reglado, con destino a la población residente en zonas con escasa oferta formativa, utilizando para ello nuevas tecnologías de información y comunicación para educación a distancia. Publicados los materiales correspondientes, fueron localizados los tutores, encargados de orientar, aconsejar y evaluar los materiales asignados a los alumnos, debiendo contestar los mensajes en el plazo de 48 horas. La retribución de los tutores dependía del número de horas de conexión al correo electrónico para responder consultas, utilizando sus propias herramientas telemáticas: ordenador, modem, programas informáticos, línea telefónica, etc., aunque el Ministerio les asignaba una cuenta de correo electrónico, abonándoles mediante transferencia cantidades con regularidad variable, generalmente mensual. Uno de esos tutores, planteó demanda ante el Juzgado de lo Social, suplicando la declaración de relación laboral indefinida, siendo desestimada, así como en posterior recurso de suplicación.

2. Lo mismo en la instancia que en el trámite de suplicación, se desestima la alegación de haberse concertado por el actor una relación laboral de trabajo a domicilio, sometida al art. 13 ET, pese a reconocer la Sala que (...) “ciertamente no cabe negar la realidad y la singularidad del trabajo a domicilio (...) ni tampoco la reciente aplicación de esta figura al trabajo realizado mediante las nuevas tecnologías que permiten la inmediatez en la comunicación y en la remisión y supervisión o control de los trabajos realizados, pese a la distancia física entre trabajador y empresa”. Pero, a partir de ahí, la Sala considera que “(...) en el caso de autos no se encuentra el factor de dependencia o de integración en el ámbito de dirección de las entidades demandadas. (Porque) dadas las circunstancias en que se desempeña la actividad, no es posible calificarla de laboral. La prestación de servicios no ha sido enteramente personal, pues en los hechos probados consta que en determinados períodos la retribución ha sido abonada a otras personas físicas y a una sociedad (...) de la que el actor es socio fundador y trabajador. En el ejercicio de su actividad, el demandante no está sujeto a ningún tipo de control o supervisión, ni a jornada, horario u obligación de localización alguna, limitándose sus obligaciones en este sentido a remitir contestación a los mensajes recibidos de los alumnos en el plazo de 48 horas (...)” Añade la Sala, después de apurar otros argumentos relacionados con la ausencia de dependencia, que “(...) en casos en que se ha alegado la figura del contrato a domicilio, se ha negado su existencia por falta de sometimiento a jornada, horario, disciplina y dirección de la empresa, unido ello a que la retribución era variable según los trabajos realizados (STS de 17 de mayo de 1988). También se ha rechazado la existencia de relación laboral en esta modalidad a domicilio porque las operaciones concertadas se habían llevado a cabo tanto personalmente como con colaboración o sustitución de otras personas (STS de 12 de septiembre de 1988). Por el contrario, se ha apreciado la laboralidad de la relación concurriendo una estricta dirección de los trabajos informativos,

## II. Trabajador

una penalización por el retraso o incumplimiento del trabajo, la exigencia de realización personal del trabajo y la exclusividad en su desempeño (STS de 22 de abril de 1996) (...)"

3. Corrientemente se entiende que la relación laboral de trabajo a domicilio es un supuesto ajeno a la relación laboral común, algo así como un *tertium genus* entre el contrato de trabajo y el contrato civil. Sin embargo, en el derecho español tradicional, a partir siquiera del primer cuarto de siglo, el contrato de trabajo a domicilio es un verdadero contrato de trabajo, aunque sujeto a un régimen especial en dos sentidos. Primero, porque dicho contrato exige junto a los cuatro presupuestos comunes (voluntariedad, remunerabilidad, dependencia y ajenidad) otros dos presupuestos configuradores propios (realizar el trabajo en lugar libremente elegido por el trabajador y, además, fuera de la vigilancia del empleador). Y, segundo, porque algunos de los derechos y obligaciones de las partes de este contrato presentan algunas excepciones, en general inevitables, respecto del contrato de trabajo ordinario. De ese modo, hay que comulgar con el criterio judicial a la hora de calificar el supuesto de hecho, pues es obvio que si no hay contrato de trabajo, por ausencia de alguno de los presupuestos configuradores comunes, no puede haber, en ningún caso, el contrato de trabajo a domicilio regulado en el art. 13 ET.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

El cálculo de una indemnización al extinguirse una determinada relación obliga al Tribunal a valorar la situación de un trabajador, socio en un 40 por ciento de la empresa que había desempeñado, primero, el cargo de administrador solidario y, después, el de consejero delegado.

#### C) Administradores sociales

STSJ de Aragón de 21 de enero de 2002 (recurso 1166/2001) I.L. J 73.

1. La sentencia analiza un supuesto de despido de trabajador, socio con un 40% de participación social que había desempeñado, primero, el cargo de administrador solidario y, posteriormente, desde julio de 1997, el cargo de Consejero delegado. El actor fue cesado de dicho cargo en abril de 2001, comunicándole la extinción de su relación con la sociedad como administrador el 30 de julio siguiente. El actor demandó por despido, y la sentencia de instancia estimó parcialmente su pretensión, declarando su despido improcedente, y fijando la indemnización tomando en consideración tan sólo el período comprendido entre el cese efectivo como administrador y la comunicación de la extinción de la relación.

2. El actor recurre en suplicación reclamando el cómputo a efectos indemnizatorios del tiempo durante el cual desarrolló sus servicios para la sociedad como administrador, entendiendo que su trabajo siempre estuvo sometido a una relación laboral. El TSJ desestima el recurso, apreciando la aplicación de la teoría del vínculo, en la medida en que el trabajo desarrollado por el actor para la sociedad revestía carácter gerencial, propio de un administrador ejecutivo de una sociedad.

3. La sentencia plantea un interesante supuesto de cómputo de antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Asimismo, no se desprende del supuesto de hecho que el actor hubiera desarrollado trabajo por cuenta ajena antes de la asunción del cargo de administrador ejecutivo de la sociedad, por lo que no podría ser de aplicación la doctrina judicial mayoritaria de los TSJ (a la par que dudosa) que aplica a estos supuestos, analógicamente, la suspensión de la relación laboral subyacente prevista por la legislación laboral para el trabajador común que asume funciones de alta dirección. Del caso se desprende que la cesación en el cargo de administrador tiene efectos, desde el punto de vista laboral, desde la fecha del acuerdo y no desde la fecha de notificación del mismo al afectado, generándose, a partir de dicho momento, un vínculo laboral, de darse los elementos típicos necesarios para ello (dependencia, ajenidad, retribución, voluntariedad). La sentencia no entra a valorar si dicha relación habría de calificarse como alta dirección o laboral común. La conclusión que se desprende es que para que el cese de un administrador no pueda generar una relación laboral *a posteriori* es preciso que desaparezca alguno de los elementos típicos de la relación laboral en el momento en que la decisión es efectiva (pérdida de retribución, por ejemplo).

#### 4. ZONAS GRISES

Dentro de este apartado se analiza, en primer lugar, un conflicto planteado sobre la calificación como laboral o extralaboral de un contrato de transporte, optando el Tribunal que resuelve por la naturaleza laboral del vínculo; en segundo término se aborda el siempre conflictivo supuesto del personal contratado por las Administraciones Públicas para reiterar en un caso –profesores de religión– algo ya conocido –que el empleador es la Administración del Estado o, de haber sido transferidas las competencias, la Administración autonómica– y en otro –profesor de Derecho contratado por Colegio Universitario– que las entidades de derecho privado no pueden contratar administrativamente, siendo laboral el vínculo que les une con su profesorado; el siguiente pronunciamiento califica como autónoma una mediación en apuestas efectuadas en los partidos de frontón, considerando el que le sucede que un contrato de asistencia técnica suscrito por un abogado esconde una relación laboral por las características propias del servicio prestado. Por último, el sempiterno problema de la naturaleza laboral o no de las prácticas profesionales llevadas a cabo por estudiantes en empresas durante su período de formación.

#### A) Transportistas

STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2002 (recurso 6461/2001) I.L. J 440.

1. La sentencia resuelve una demanda por despido a partir de los siguientes hechos. La actora prestaba servicios de transporte de mercaderías para una empresa dedicada a la fabricación y venta de productos de bollería industrial en el marco de una relación que

## II. Trabajador

ambas partes habían calificado de “mercantil de transporte”. Figuraba para ello inscrita en el RETA y de alta en Licencia Fiscal, y utilizaba para la realización de su actividad (siempre a las órdenes de la empresa en cuanto a horario, rutas y zonas de distribución) un vehículo de su propiedad con un peso máximo autorizado de 1.995 kg, corriendo a su cargo los gastos de mantenimiento y uso del mismo; queda igualmente acreditado que la trabajadora percibía una cantidad equivalente a 186.434 pesetas mensuales (6.214 pesetas diarias). Tras una modificación del itinerario de reparto la demandante interpuso papeleta de conciliación por modificación sustancial de condiciones de trabajo, acto en el cual la empresa reconoció que la relación existente era la especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de otra conforme al RD 1438/1995. Finalmente, después de una baja por incapacidad temporal, y ante la falta de acuerdo sobre las condiciones de trabajo, la actora decide reincorporarse a su centro de trabajo sin que la empresa le facilite ruta alguna para realizar el reparto habitual. Tal situación desemboca en el presente litigio.

2. El recurso contiene dos pretensiones que van a ser desestimadas. En primer lugar, la empresa demandada esgrime la incompetencia del orden jurisdiccional social al considerar pertinente la aplicación del artículo 1.3.g) ET que excluye del ámbito laboral a determinados transportistas con vehículo propio. El Tribunal hace un esclarecedor repaso de la doctrina jurisprudencial en torno a este precepto para concluir lo siguiente: que el hecho de que la relación se iniciara bajo el amparo de la legislación precedente no impide la aplicación del citado precepto; que un correcto entendimiento de este artículo viene a consagrar como criterio decisivo (aunque no automático) el del tonelaje del vehículo, de manera que la no superación de los 2.000 kg de peso impide la exclusión sin más de la laboralidad de la relación, siendo precisa la evaluación de los rasgos configuradores del concepto de trabajador; que el reconocimiento por parte de la empresa del sometimiento de la relación al RD 1438/1985, sobre personas que realizan operaciones mercantiles por cuenta de otro permite concluir que nos encontramos ante una relación laboral especial de este tipo. Y, en segundo lugar, ante la alegación de la empresa de que el salario utilizado en el cálculo de los diversos conceptos indemnizatorios derivados de la rescisión contractual no debe incluir los gastos de mantenimiento del vehículo por cuanto eran asumidos por la propia demandante, el Tribunal recuerda que el artículo 10.3 del citado reglamento establece como referencia para dicho cálculo el promedio de ingresos obtenidos, observación que sirve para desestimar el motivo.

3. La sentencia expone con claridad (aunque también con prolijidad excesiva) la ya asentada doctrina en torno a la interpretación del artículo 1.3.g) ET, y acierta plenamente en su aplicación, al reducir el valor de la no exigibilidad de la autorización administrativa por el tonelaje a mero indicio de una laboralidad que precisa el cumplimiento de todos los rasgos característicos de aquella recogidos en el artículo 1.1 ET (la omisión de la dependencia no puede ser más que un *lapsus*). Más dudosa es la falta de cuestionamiento de la especialidad atribuida a la relación laboral, algo que en este caso se explica por las consecuencias tan positivas que ello tiene a efectos del cálculo indemnizatorio.

**B) Personal contratado en Administraciones Públicas**

SSTS de 4 de febrero y de 21 de marzo de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1018/2001) I.L. J 270 y (recurso de casación para la unificación de doctrina 1599/2001) I.L. J 527 respectivamente.

1. Los presentes Recursos de Casación para la Unificación de Doctrina los ha interpuesto la Junta de Andalucía contra sendas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en las que se condenaba a la administración autonómica al abono a los demandantes, todos ellos profesores de religión y moral católica en Colegios de enseñanza primaria, al pago de las diferencias salariales que reclamaban, revocando la sentencia de instancia que hacía responsable de las mismas al Ministerio de Educación y Cultura. La finalidad del recurso se dirige a mantener que la responsabilidad en el pago de las cantidades adeudadas es del Ministerio y no de la Junta de Andalucía.

2. Los recurrentes habían denunciado como infringidos por la sentencia recurrida los artículos VII del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, y la Cláusula Segunda de la Orden de 9 de septiembre de 1993, así como los arts. 103.1 y 147.2.d) de la Constitución Española, en relación con la Disposición Transitoria Segunda, apartado 1 y art. 19 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en relación con el Real Decreto 3936/1982, de 29 de diciembre, de traspaso de competencias en materia de educación a la Comunidad Autónoma y disposiciones concordantes. La cuestión que se plantea estriba en determinar cuál de los dos organismos en disputa es el responsable de las diferencias salariales reclamadas. El Tribunal declara, y no por vez primera, que de conformidad con la normativa mencionada, la posición empresarial corresponde a la Administración del Estado pues es la que asume las facultades propias de esta posición. El Tribunal señala en estas sentencias que aunque la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene atribuida la competencia en materia de enseñanza, el concreto traspaso de los medios y servicios del profesorado de religión todavía no ha tenido lugar. En atención a todo ello, el Tribunal estima los recursos de suplicación interpuestos por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, revocando en este punto el pronunciamiento de la sentencia de instancia para declarar que la relación laboral de los actores se ha concertado con la Administración del Estado y condenando a esta Administración al abono de las cantidades reconocidas en la instancia.

3. La tesis de los recurrentes se concretaba en que el Estado se había comprometido a abonar los salarios correspondientes a los profesores de religión y moral católica en los centros de enseñanza primaria y, no habiendo transferido esta competencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía la responsabilidad en el pago de las cantidades a abonar a tales profesores habrá de seguir a cargo de los órganos centrales del Estado. En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial a este respecto, puede decirse que está consolidada habiendo numerosos pronunciamientos en Unificación: SSTs de 11 de abril de 2001, 18 de septiembre de 2000, 19 de diciembre de 2001, 28 de enero de 2002 y 4 de febrero de 2001.

## II. Trabajador

SSTS de 18 de marzo y de 15 de abril de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2068/2000) I.L. J 506 y (recurso de casación para la unificación de doctrina 3312/2001) I.L. J 781 respectivamente.

1. El demandante en el procedimiento que resuelve la Sentencia de 18 de marzo de 2002 había firmado desde hacía varios años contratos de colaboración académica para impartir clases de diversas asignaturas en la Facultad de Derecho de un Colegio Universitario. Estos contratos habían sido firmados por el actor y, en nombre de la empresa, por un vocal del Patronato del Colegio. Éste se encargaba, además, de solicitar cada año a la Universidad Complutense de Madrid la *venia docendi* para el referido profesor. La carga docente asignada a dicho profesor para el curso académico 99/00 fue sensiblemente inferior a la asignada en cursos anteriores, motivo por el cual el afectado interpuso demanda frente al Colegio Universitario entendiendo que su relación era laboral y que la decisión empresarial constituía un incumplimiento de los previstos en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores. En instancia se acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el Colegio demandado por entender que era el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer de la controversia suscitada. La sentencia de duplicación confirmó íntegramente la decisión de instancia. El demandante recurre este pronunciamiento ante el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina. El mismo problema en torno a la competencia, en un supuesto referido al mismo Colegio Universitario, se plantea en la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 2002.

2. Una vez comprobada la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y las aportadas como término de comparación, el Tribunal de casación aborda la solución del litigio planteado. La cuestión central que debe resolver queda referida a la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos que unían a los profesores demandantes con el Colegio Universitario para poder fijar la competencia en orden a la resolución de la controversia suscitada, pues los demandantes afirman que se trataba de contratos de trabajo y los recurridos entienden que se trata de contratos administrativos. El Tribunal Supremo advierte, como premisa inicial, que el Colegio Universitario fue fundado por la Caja de Ahorros de Segovia, entidad privada que ostenta su titularidad. Como punto siguiente se afirma que “las personas jurídicas sujetas a derecho privado no pueden llevar a cabo válidamente contratos administrativos”. De esta forma, la Caja de Ahorros titular del Colegio no tiene naturaleza pública ni forma parte de la Administración Universitaria ni de la Administración en general, aunque en dicho Colegio se imparta docencia de nivel superior con adscripción a una Universidad Pública. No cabe, por este motivo, que la contratación de profesores en el referido centro se realice en régimen administrativo conforme a lo previsto en el art. 44 de la Ley de Reforma Universitaria entonces vigente. De esta forma, se concluye que los profesores demandantes, con independencia del nombre que se diese a los sucesivos contratos firmados, mantenían con el Colegio Universitario una relación de carácter laboral encuadrada en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye declarando la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del conflicto planteado.

3. La cuestión sobre la naturaleza laboral o no del vínculo entre profesores y Colegios o Centros Universitarios se había planteado ya en anteriores ocasiones ante el Tribunal Supremo sin que éste mantuviera una línea jurisprudencial nítida y unívoca al respecto. En la sentencia de 14 de noviembre de 1984, el demandante era profesor de un Colegio Universitario del que era titular una entidad de derecho privado y sin embargo, se entendió que era competente el orden contencioso-administrativo para conocer de la controversia suscitada por el despido. Por su parte, la sentencia de 25 de septiembre de 1995 entró a conocer de la resolución del contrato de un profesor con un colegio universitario sin plantearse ninguna cuestión competencial. Era necesario, por tanto, unificar la doctrina al respecto, tarea que el Tribunal Supremo efectúa en la sentencia de 18 de marzo de 2002, confirmando la solución alcanzada en la posterior de 15 de abril del mismo año. La naturaleza privada del titular del Colegio Universitario le impide realizar contratos o nombramientos de carácter administrativo. La relación con el profesorado ha de ser laboral y, por tanto, la competencia para las controversias que al respecto se planteen corresponde al orden social de la jurisdicción.

### C) Autónomos

STSJ de Navarra de 28 de febrero de 2002 (recurso 375/2001) I.L. J 486.

1. El actor ha desempeñado la actividad de corredor de apuestas en un Frontón durante casi nueve años, siendo cesado unilateralmente por la dirección de aquél "(...) por no convenir [su continuidad] a los intereses de la sociedad". En concreto, la actividad desempeñada consistía en intervenir entre dos apostantes que acuden al partido de pelota programado por la empresa, aceptando o rechazando con libertad las apuestas que se efectúen entre uno y otro apostante. Consiguientemente, el corredor asume el riesgo de la posible falta de liquidez del apostante perdedor, pues es él mismo quien en tal caso debe abonar la cantidad correspondiente al apostante ganador. De otro lado, el frontón percibe un canon del corredor por permitirle ejercer su función dentro del recinto deportivo, reteniendo éste para sí mismo un porcentaje en concepto de comisión sobre las apuestas. Puede el corredor no acudir a los partidos, si así lo decide, sin que la dirección del frontón pueda imponerle obligación de asistencia alguna, aunque le facilita una chaqueta de uniforme y los tiques en los que se formaliza la apuesta. En el caso concreto, el corredor estaba dado de alta en licencia fiscal y en el régimen especial de trabajadores autónomos.

2. El Juzgado de instancia declaró incompetencia objetiva del orden social, lo que fue confirmado por la Sala *ad quem*, que examina la concurrencia o ausencia de los presupuestos sustantivos de las relaciones laborales. Previamente, la Sala reconoce identidad entre los arts. 1.1 y 8.1 ET, afirmando que: "(...) si se cumplen todos los requisitos fijados por el art. 8.1 nos encontramos ante un verdadero contrato de trabajo, pero no porque se presuma por mandato legal, sino porque se cumplirían todos los requisitos legalmente fijados para la existencia de este tipo de contratos". Aplicando los criterios legales

## II. Trabajador

relativos a las notas determinantes de la relación laboral al supuesto de hecho enjuiciado no cabe conformar una relación de esa naturaleza “(...) al no concurrir en el desarrollo de la actividad de corredor de apuestas las notas características del contrato de trabajo, pues este cometido se realiza de manera totalmente autónoma, sin sujeción ni subordinación al círculo empresarial que eventualmente estaría constituido por el Frontón demandado”.

3. A la vista de los hechos probados es ocioso disentir del criterio judicial. Llama, sin embargo, la atención, que el detenido análisis de los cuatro presupuestos sustantivos de laboralidad que la sentencia de la Sala contiene, no se proyecte luego con el mismo detalle al supuesto de hecho cuestionado, lo que hace pensar que la calificación del vínculo contractual ha parecido claro en exceso, evitando un tratamiento más cuidadoso y profundo de los elementos delimitadores de los campos laboral y extralaboral. Con todo, el único de los cuatro presupuestos que es tenido en consideración con algún mayor detalle es el de la dependencia, confirmando una vez más que es a éste, y no a la ajenidad, al que en verdad se confía la decisión de atribuir el estatuto laboral cuando tal dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador concurre en el caso concreto.

### D) Profesiones liberales

STSJ de Madrid de 18 de enero de 2002 (recurso 5506/2001) I.L. J 201.

1. El actor concertó un contrato menor de asistencia técnica para el período mayo-diciembre de 1997, con base en el art. 202 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos del Estado. Su actividad consiste en el ejercicio de la Abogacía. Su relación se mantiene con el Ministerio de Educación Cultura y Deporte, a través de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI). Entre sus funciones se encuentran las de elaborar las propuestas de resolución de los recursos administrativos, participar en la ejecución de las sentencias y autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia, proponer medidas de carácter normativo que permitan introducir mejoras en el procedimiento de evaluación de la actividad investigadora y asesorar al Coordinador General del CNEAI. La jornada laboral del demandante es de cinco horas, de lunes a viernes, tiene un mes de vacaciones y otros seis días de permiso anual.

2. El TSJ cambia la decisión de incompetencia del Juzgado de instancia, para lo que le basta añadir a los elementos fácticos dichos, que las propuestas de resolución de los recursos, tarea inicialmente encomendada al actor, se acordó que fuesen remitidas a la Subdirección General de Recursos para su revisión, así como que las otras tareas se realizasen bajo control y supervisión del Coordinador General de la CNEAI, que el actor disponía de un despacho y de una plaza de aparcamiento en el centro de trabajo. Se rechaza que se esté en presencia de un contrato menor de servicios, con base en el art. 202 de la Ley 13/1995, cuya cuantía era de 1.332.000 pesetas, esto es, inferior a 2.000.000 de pesetas, porque tales contratos no pueden superar la duración de un año, ni ser objeto de prórroga. Mientras que en el caso presente el contrato provenía de abril o mayo de 1997, de modo que le falta al mismo la cobertura documental suficiente para afirmar su existencia. Tras dicho rechazo se afirma que el carácter material de los servicios prestados es laboral, pues se dan las notas de ajenidad, dependencia y retribución.

3. La afirmación de la extralaboralización de los servicios prestados, en los supuestos en que concurren los requisitos del art. 1.1 ET, únicamente puede hacerse si existe base legal para ello, porque lo contrario haría irreal el principio de legalidad. Lo que la sentencia del TSJ de Madrid hace es aceptar la deslaboralización de lo que ha quedado dentro del ámbito de la Ley 13/1995, pero no de lo que ha quedado fuera de ella, de modo que pasado el tiempo máximo de duración del contrato menor de servicios, en caso de seguirse prestando éstos, cabían dos posibilidades, o estimar que se trataba de una irregularidad administrativa que no obviaba la naturaleza administrativa del vínculo, o decir que ese exceso temporal no era una mera irregularidad, sino una desprotección de la singularidad del régimen administrativo, que por vía de excepción –de interpretación restrictiva– le reconocía la citada Ley. Se ha hecho lo segundo, con innegable buena perspectiva.

### **l) Otros**

**STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2002, I.L. J 673.**

1. El demandante había interpuesto demanda por despido frente a la empresa en la que desde hacía algunos meses venía prestando servicios. En instancia, el debate tuvo por objeto decidir si los servicios prestados por el demandante correspondían a unas prácticas profesionales realizadas por el actor en su calidad de estudiante o si, por el contrario, la relación entre las partes implicadas constituía en realidad una auténtica relación laboral. A la vista de las circunstancias concurrentes y de los hechos probados, la sentencia del Juzgado de lo Social declaró la inexistencia de relación laboral y, en consecuencia, su incompetencia para conocer el asunto. Frente a esta sentencia recurre el demandante alegando la vulneración del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque, según sus alegaciones, la sentencia es incoherente con la pretensión deducida, está escasamente motivada y carece de valoración de la prueba practicada, todo lo cual le ha producido indefensión.

2. El Tribunal Superior de Justicia que conoce del recurso aborda en primer lugar la cuestión de la competencia, que viene determinada por la existencia o no de una relación laboral entre las partes, por ser ésta una cuestión de orden público procesal. Al respecto, el Tribunal procede a valorar la prueba existente sin sujeción a los presupuestos y motivos concretos del recurso y sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia. La sentencia advierte la existencia de escaso material probatorio que, de hecho, queda limitado a una fotocopia del convenio colectivo aportado por la parte demandante y a dos escritos del centro donde el demandante había cursado estudios, uno de ellos notificando a la aseguradora que el demandante iba a estar dado de alta en el seguro escolar y otro en el que el Director del centro de estudios solicita a la empresa demandada que el demandante pueda realizar las prácticas correspondientes en esa empresa colaboradora. En tales condiciones, el Tribunal entiende que la solución al caso requiere decidir si la actividad desarrollada por el demandante se efectúa en calidad de prácticas profesionales desarrolladas por los estudiantes o si, por el con-

## II. Trabajador

trario, es aplicable la presunción de existencia de contrato de trabajo entre quien presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro a cambio de una remuneración. Pues bien, el Tribunal entiende que los hechos concurrentes no permiten demostrar la existencia de prestación de servicios por el demandante y tampoco que recibiera retribución alguna. No hay, por tanto, ni siquiera indicios que permitan aplicar la presunción de existencia de relación laboral. Por ello, el Tribunal declara la inexistencia de relación laboral y califica la actividad desarrollada como prácticas profesionales.

3. La realización de prácticas en empresas constituye una modalidad de enseñanza cada vez más extendida en el sistema educativo, al menos en los niveles universitarios o de formación profesional. A través de esta fórmula, los estudiantes complementan la formación teórica recibida en los centros universitarios o de formación profesional con la experiencia práctica que les aporta su participación en la actividad económica. Ahora bien, el desarrollo de las prácticas profesionales supone en muchas ocasiones el desarrollo por el estudiante de una actividad cuyas características, en cuanto al contenido y el modo de la prestación, la aproximan a una prestación típicamente laboral, máxime cuando el desarrollo de las prácticas profesionales lleva aparejada la obtención o de una beca o compensación económica. Es por ello que nuestros tribunales del Orden Social de la jurisdicción vienen exigiendo que la actividad a realizar por los becarios en el ámbito de las Empresas ofrezca una cobertura legal. Ésta puede presentar distintas fórmulas pero, sin duda, el ejemplo paradigmático lo han venido constituyendo los Programas de Cooperación Educativa celebrados al amparo del RD 1497/1981, de 19 de junio, modificado parcialmente por el RD 1845/1994. Ciertamente, el supuesto controvertido en la sentencia de 18 de marzo de 2002 resulta muy peculiar puesto que la inexistencia de material probatorio impide siquiera acreditar una prestación de servicios. Ello impide lógicamente declarar la existencia de relación laboral pero, a su vez, la afirmación de que se trata de prácticas profesionales realizadas por el demandante como parte integrante de sus estudios requeriría, como mínimo, una comprobación de la cobertura legal de dichas prácticas.

### 5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Dos apartados han merecido especial atención por parte de los Tribunales en este caso, el de las inclusiones por asimilación y el de las exclusiones. En el primero para valorar la competencia sobre un problema planteado por una socia de una cooperativa ya jubilada o el supuesto de un consejero que cotiza a tiempo parcial. En el segundo para establecer la diferencia entre agente de seguros –sometido al régimen del contrato de agencia– y subagente de seguros –con vinculación laboral a la empresa–, para excluir del RGSS a quien explota un bar en unas instalaciones deportivas con el amparo de una concesión administrativa y, por último, para resolver sobre el encuadramiento en el RGSS o en el RETA de diferentes supuestos societarios (titularidad del 25 por ciento de las acciones, de un tercio de las acciones o como socio único de una sociedad).

**B) Inclusiones por asimilación****a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas**

STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2002 (recurso 1231/2001) I.L. J 634.

1. La presente sentencia resulta de la interposición de un recurso de suplicación contra un auto del Juzgado de lo Social de instancia que resuelve un recurso de reposición contra otro auto en el que se declara la incompetencia del orden social para conocer de un asunto caracterizado por los siguientes hechos: la recurrente tenía la condición de socia de la cooperativa demandada, cesando su participación en la misma por jubilación; a raíz de ello pretende recuperar la aportación de capital que en su día realizó a la cooperativa para lo cual solicita al juzgado que inste a la demandada a poner a su disposición los libros necesarios para conocer el valor real y actual de su aportación económica. Las dos resoluciones judiciales aludidas desestiman tal pretensión al entender que su conocimiento corresponde al orden civil.

2. La cuestión litigiosa no es otra que la determinación de cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer la pretensión. Señala el Tribunal que la aparente claridad de la normativa aplicable, artículo 87 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, no es tal: si bien su primer apartado remite a la jurisdicción social las cuestiones contenciosas suscitadas entre la cooperativa y sus socios trabajadores por su condición de tales, el siguiente, número 2, establece que los conflictos no basados en la prestación de trabajo, o en sus efectos, y los que no comprometen sus derechos en cuanto aportante de trabajo que puedan surgir entre cualquier clase de socio y las cooperativas de trabajo asociado quedan sometidas a la jurisdicción civil. Así las cosas, es preciso dilucidar si interesar los elementos necesarios para poder cuantificar el importe de la cantidad que se tiene derecho a recuperar en concepto de aportaciones de capital realizadas con anterioridad es o no una cuestión vinculada a la cualidad de socio y a la prestación realizada. En contra de lo apreciado en la instancia, el Tribunal estima que tal vinculación existe y que, por tanto, es competente el orden social. En síntesis, se esgrimen los siguientes dos argumentos. De una parte, no cabe ignorar la fuerza atractiva del orden social implícitamente reconocida en la atribución al mismo de cualesquiera cuestiones contenciosas suscitadas entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada. Y, de otra, el anterior artículo 125.2 de la Ley de cooperativas de 2 de abril de 1987 atribuía competencia al orden social para conocer de litigios referidos, entre otras materias, a los ceses en la condición de socio que es la que aquí se aborda; en opinión del Tribunal, ante la falta de alteración expresa de la atribución de competencia a la jurisdicción social, nada parece justificar el cambio de criterio.

3. Cabe destacar el acierto de la sentencia al corregir el sentido de las resoluciones anteriores. En tal sentido, es difícil no entender que entre los derechos derivados de la actividad de la cooperativa reconocidos a los socios trabajadores que se enmarcan en el

## II. Trabajador

orden social ex artículo 87.1 de la Ley 27/1999 se encuentra el de recuperar su aportación y el de conocer la situación económica de la cooperativa, como reconoce el artículo 16 de la misma norma. Como señala con acierto el Tribunal, la *vis atractiva* del orden social, característica ligada a su carácter tuitivo, resulta decisiva a la hora de determinar la jurisdicción competente.

### k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2002, I.L. J 156.

1. La sentencia se ocupa de la impugnación de una resolución de la TGSS por la que se revisó de oficio el alta de un administrador de una sociedad como cotizante a tiempo parcial en el RGSS en condición de asimilado a trabajador por cuenta ajena. El administrador desarrollaba su trabajo para varias sociedades del grupo, por lo que alega que su relación con la sociedad lo era a tiempo parcial. La resolución del TGSS, confirmada por la sentencia de instancia, declara al trabajador incluido en el RGSS a tiempo completo, en lugar de a tiempo parcial, como éste solicitaba.

2. Recurrida la sentencia de instancia en suplicación, el TSJ de Cataluña declara que dado que no se trata de un trabajador sometido a relación laboral, no es aplicable el régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en la normativa de Seguridad Social para el trabajo a tiempo parcial. Asimismo, la actividad de administrador no puede cuantificarse en función de trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo, “ya que, entre otras cosas, no tiene horario el trabajador en régimen de autoorganización de sus servicios, tratándose de una posibilidad que abriría puertas al fraude generalizado”. El TSJ concluye afirmando que “la solución más racional sería la propia del pluriempleo”.

3. La sentencia se separa de la línea mantenida por el propio TSJ de Cataluña en STSJ de 6 de noviembre de 2001, I.L. J 2801, y comentada en el número anterior de esta revista. Así, ambos fallos reconocen la imposibilidad de aplicar a las cotizaciones de un administrador que trabaja para varias sociedades la normativa de Seguridad Social sobre trabajo a tiempo parcial, pero difieren a la hora de calificar el supuesto como pluriempleo o pluriactividad, siendo más acertada la sentencia que ahora se comenta, que opta por la aplicación de las reglas del pluriempleo, permitiendo así que sea de aplicación el tope máximo de la base de cotización al conjunto de actividades desarrolladas por el administrador para varias sociedades. En efecto, la configuración de este supuesto como pluriactividad genera un trato excesivamente gravoso para el administrador, que no se vería compensado con una mejora en la prestación. Ello no obstante, la sentencia no entra a fundamentar por qué no es de aplicación la normativa de Seguridad Social a tiempo parcial, al no tratarse de un trabajador por cuenta ajena en sentido estricto, sino asimilado, y, al mismo tiempo, resulta aplicable el régimen propio del pluriempleo, en lugar de la pluriactividad.

**C) Exclusiones****b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen Especial**

STS de 14 de febrero de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1349/2001) I.L. J 340.

1. La TGSS dio de alta de oficio el 21 de abril de 1999 al demandante, que es agente de seguros, en el RETA, con efectos de 1 de enero de 1994, y a consecuencia de la impugnación de la misma se declaró por el Juzgado de lo Social nula la referida resolución y se dejó sin efecto el alta cursada en el RETA, tras desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción. La sentencia del Juzgado fue recurrida en suplicación y se confirmó aquélla.

2. La sentencia del TS expresa que el agente y el subagente de seguros están en posiciones profesionales distintas, de modo que si al agente se le aplica el contrato de agencia regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, según la Ley 9/1992, de 30 de abril, sobre Mediación en los Seguros Privados, esto no ocurre con el subagente que, en ciertos supuestos, es sujeto de una relación laboral. La habitualidad a que se refiere el art. 2.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, relativo al RETA, no se califica, en el caso de los agentes de seguros, a partir del nivel de ingreso de los mismos, sino que, en principio y salvo prueba fehaciente en contrario, se ha de entender que el trabajo que normalmente desarrolla un agente de seguros cumple el requisito de la habitualidad, pues la misma se desprende de que el trabajo desempeñado por él ha de ser continuado o estable, de modo que la referida exigencia se cumple por el agente de seguros sin que se tengan en cuenta los ingresos que el mismo puede haber conseguido, a menos que el propio contrato de agencia reduzca en buena medida las funciones o actividades a desarrollar por el agente, y se deduzca que se limita a la realización de tareas que supongan una dedicación escasa o de poca relevancia. Por ello los agentes de seguros deben darse de alta en el RETA, lo que se ratifica en el Decreto 806/1973, de 12 de abril, pese a que en el mismo se haga referencia al Colegio Sindical Nacional de Agentes de Seguros, hoy desaparecido, pues la afiliación actual en el Colegio de Mediadores de Seguros Titulados no es obligatoria y el referido encuadramiento se deduce del art. 3.a) del Decreto 2530/1970, en la medida en que no es exigible la previa solicitud del Colegio o Asociación Profesional para la incorporación al RETA, la que se requiere solamente en los casos en que los profesionales necesiten estar encuadrados en el pertinente Colegio o Asociación Profesional.

3. Se pone de relieve, una vez más, en la jurisprudencia la diversidad existente entre agentes de seguros y subagentes de seguros (vid. recientemente la STS de 14 de mayo de 2001, recurso 3697/2000, hasta la STS de 2 de octubre de 2001 o las de 14 de febrero y 10 de junio de 2002), de modo que siendo aplicables a éstos acreditar la habitualidad, para su integración en el RETA, a través del nivel de retribución igual o superior al SMI, como se dijo en la STS de 29 de octubre de 1997 (recurso 406/1997), pues se entiende por aquélla “una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente, sino

## II. Trabajador

con una cierta frecuencia o continuidad” y, a causa de las dificultades “virtualmente insuperables” para concretar y probar los módulos temporales, se acude a los retributivos, como indicio de la habitualidad, teniendo en cuenta que “en las actividades de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido”. Así ocurre en concreto, respecto de los subagentes de seguros, cuya retribución depende estrechamente del tiempo de trabajo dedicado a la formación, gestión y mantenimiento de la cartera de clientes. Por ello, no se debe esperar a que la TGSS acredite que los ingresos del agente de seguros sean iguales o superiores al SMI, para proceder a dar de oficio el alta en el RETA del mismo. Es cierto que tal indicio de habitualidad es meramente remoto y subsidiario (aunque se sigue aplicando para los subagentes de seguros, como se ve en la STS de 24 de julio de 2002, entre muchas) y se ha de añadir que ese significado debe tenerse en cuenta en otras áreas temáticas, al objeto de no hacer esa equivalencia como inexpugnable, como ha ocurrido en el impedimento del acceso al REA, a causa de la exigencia de la habitualidad que se requiere en el art. 2 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio.

**STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2002, I.L. J 169.**

1. En julio de 1991, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Roda de Bará acordó adjudicar la explotación del bar de las instalaciones deportivas a J.M.G. de manera provisional, en tanto se tramitaba la concesión administrativa. El adjudicatario debía cuidar del mantenimiento de las instalaciones y del ajardinamiento, suscribir un seguro de responsabilidad civil que garantizase los daños a tercero en el uso de las instalaciones, estar al corriente de las cotizaciones de la Seguridad Social, correr con el equipamiento necesario para poner en marcha la actividad salvo los utensilios existentes en el local, haciéndose responsable de los desperfectos ocasionados siempre que sean los propios de su uso y devolverlos cuando finalice la explotación, también recibirá una compensación por las tareas de mantenimiento además de los beneficios del bar, por un importe (540 euros) mensual. El señor J.M.G. se encargaba de la apertura y cierre de las instalaciones deportivas en el horario fijado por el Ayuntamiento, la atención a los usuarios, el cobro del precio del uso de las pistas de tenis y de la piscina, depósito y cuidado de los materiales utilizados en las mismas para su mantenimiento, cuidado de las instalaciones y suministros y depósitos y cuidado de los equipamientos deportivos. Recibía los beneficios derivados de la explotación del bar que se encuentra en las instalaciones, a cargo de su esposa y también dada de alta en el RETA, pero no se lucra con los precios derivados del mantenimiento de las instalaciones, encargándose el Ayuntamiento de los suministros y materiales utilizados. La TGSS dio de oficio como trabajador por cuenta ajena al señor J.M.G., lo que provoca el presente conflicto y la sentencia, primero del juzgado de lo social que confirmó el acta de la TGSS y después esta sentencia del TSJ de Cataluña que estima el recurso presentado y anula dicho alta de oficio, considerando que al no existir relación laboral, don J.M.G. ha de ser encuadrado en el RETA.

2. La actuación de la TGSS fue incorrecta porque, al no ser firmes las actas levantadas contra el Ayuntamiento, no cabe proceder a dar de alta de oficio al sujeto en cuestión. Por lo demás, teniendo en cuenta que en el proceso sobre la naturaleza laboral o no de la rela-

ción este Tribunal ha declarado en sentencia anterior a la presente que no existía relación laboral alguna, el trabajador no puede estar dado de alta como trabajador por cuenta ajena del Ayuntamiento al no darse el presupuesto que lo justifica por lo que “no pudiendo un hecho ser y no ser a la vez, es decir, no pudiendo ser trabajador y dejarlo de ser”, el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva imponen la declaración de nulidad del alta de oficio de la TGSS y el correcto encuadramiento en el RETA.

3. La sentencia parece coherente con el propio planteamiento previo del TSJ de Cataluña que, habiendo conocido sobre la laboralidad o extralaboralidad de este supuesto, optó por esta última y no por la primera. Siendo esto así, las consecuencias en la Seguridad Social parecen claras: procede el encuadramiento en el RETA y no en el RGSS. Dos cuestiones podrían resultar criticables, no obstante, en este pronunciamiento. La primera que se utilice como requisito de forma la firmeza de las actas de la TGSS pues lo que conduce a la decisión definitiva de la Sala no es tanto este presunto defecto de forma como el hecho de haber obtenido un pronunciamiento previo sobre la falta de naturaleza laboral del supuesto de hecho. Y, en segundo lugar, que no se entre a valorar algunos de los indicios que podrían desdibujar el trabajo por cuenta propia llevado a cabo no tanto en el bar, que sí puede resultar ser un negocio susceptible de recomendar el alta en el RETA de sus propietarios (don J.M.G. y su esposa), como en las instalaciones deportivas (de cuyos beneficios no se lucraban, cuyo control recaía en el Ayuntamiento y cuyo mantenimiento era responsabilidad exclusiva del Ayuntamiento). En este último supuesto, no así en el anterior, podría existir una presunción de laboralidad, susceptible de ser valorada por el Tribunal si no en éste, en el anterior pronunciamiento.

**STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2002, I.L. J 407.**

1. La sentencia objeto de comentario resuelve el recurso de suplicación planteado por la TGSS contra la decisión del Juzgado de lo Social, conforme a la cual se anula la resolución administrativa en la que se declaraba el encuadramiento en el RGSS del actor don Antonio F.M. De los hechos probados se deriva que el demandante era titular del 25 por ciento del capital social de “GORG-Grupgrafic, SL”, además de administrador único, por lo que se hallaba encuadrado en el RETA. En el momento en que cesa del mencionado cargo, solicita su baja en dicho régimen especial. Al mismo tiempo, insta su alta en el RGSS como socio minoritario con el 25 por ciento de acciones de la entidad “Industrias Gráficas Grup 4, SA”. La TGSS procede a ordenar la baja en el RETA y el alta en el RGSS, y es esta última resolución contra la que se interpone demanda, alegando que al estar prevista en las escrituras sociales la posibilidad de que cualquiera de los socios pueda ejercer poderes generales de administración social mancomunadamente junto a otro, se están cumpliendo los requisitos exigidos por la ley para quedar encuadrado en el RETA.

2. El ponente admite el único motivo de recurso planteado por la TGSS al amparo del art. 191.c) LPL. La Tesorería entiende que se ha infringido por inaplicación indebida lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésimo Séptima LGSS. Conforme a dicha normati-

## II. Trabajador

va, correspondería el encuadramiento en el RETA de aquellos socios cuyas participaciones o acciones sean iguales o superiores a la cuarta parte del capital y ejerzan funciones de dirección y gerencia por desempeñar el cargo de consejero o administrador, por lo que el demandante, en cuanto no es ni consejero ni administrador, no puede quedar encuadrado en dicho régimen. Contra estos argumentos, la sentencia resuelve confirmando la decisión de instancia. El dato, meramente formal según el ponente, de que el demandante no sea consejero ni administrador, no es tan importante como el hecho de que el actor, junto a cualquier otro socio, pueda ejercer de forma mancomunada el control de la sociedad. Es este último criterio el que debe predominar a la hora de considerar la procedencia de su encuadramiento en el RETA.

3. En la presente sentencia, llaman la atención cuatro datos importantes. En primer lugar, la confusión en la exposición de los hechos de los que se parte; En segundo lugar, la peculiaridad de que en el caso, el demandante esté impugnando una resolución solicitada previamente por él mismo; En tercer lugar, que se trata de una de las escasas situaciones en que un socio minoritario solicita su encuadramiento en el RETA y no en el RGSS. Finalmente habría que cuestionar la decisión del Tribunal Superior de Justicia, pues efectivamente, en estos supuestos hay que ir más allá de los meros datos formales, pero en el caso concreto que se analiza, el hecho de que el demandante por sí solo no pueda ejercer el control de la sociedad, sino que necesite de la voluntad de otro de los socios para desempeñarlo mancomunadamente, supone en mi opinión, la ausencia de ese control efectivo, y simplemente la posibilidad de que pueda alcanzarlo.

**STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2002, I.L. J 421.**

1. En esta ocasión se resuelve un recurso de suplicación presentado por la TGSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que a su vez anulaba una resolución de la propia entidad por la que se daba de alta en el RETA al demandante desde la fecha en que constaba el inicio de su actividad, y declaraba que la fecha de alta debía coincidir con aquella en la que los ingresos del actor superaron el importe del SMI. Las cuestiones planteadas por la recurrente no giran en torno al encuadramiento en la Seguridad Social del demandante, pues de los hechos se deriva claramente que, como socio único, y administrador único de una Sociedad Limitada Unipersonal, el régimen que le corresponde es el RETA. El objetivo del recurso planteado es determinar la fecha a partir de la cual se considera efectiva la inclusión del actor en dicho régimen.

2. El ponente admite los dos motivos de recurso alegados por la TGSS. Con el primero, amparado en el art. 191.b) LPL, considera oportuna la modificación de uno de los hechos declarados probados, permitiendo que se haga constar que los ingresos obtenidos por el actor durante el año 1998 superaron el millón de pesetas. Con el segundo de los motivos, formulado en virtud del art. 191.c) LPL, la Tesorería considera infringido el art. 47.1 del RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, en relación con el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y el 7.1.b) LGSS. Entiende por tanto, que procede la inclusión del demandante en el RETA desde la fecha de comienzo de su actividad. El ponente, en la medida en que ninguna de las par-

tes cuestiona la inclusión del actor en el mencionado régimen especial, resuelve a favor de la recurrente, al considerar que cualquier otra interpretación de la norma supondría un trato injusto respecto de todas aquellas personas que se dan de alta en el RETA con independencia de la obtención de ingresos con sus respectivos negocios. Por lo tanto la fecha de alta en el RETA ha de coincidir con aquella en que conste el inicio de la actividad.

3. Es interesante destacar la reflexión aportada por el ponente en la sentencia que aquí se comenta. Por un lado, y ateniéndose a lo dispuesto en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, lo que se ha de tener en cuenta para determinar el momento en que una actividad ha de encuadrarse en el RETA, es que la misma sea desempeñada con habitualidad, de forma personal y directa y a título lucrativo, independientemente de los ingresos que se obtengan a cambio. Por otro lado, en su resolución el ponente deja la puerta abierta para que el Gobierno regule en el futuro la posibilidad de reducir o excluir las cuotas durante los primeros años del ejercicio de la actividad tal y como algunos Colegios Profesionales prevén. Sería una fórmula de fomento del trabajo autónomo, que liberaría de una importante carga a estos trabajadores.

**STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2002, I.L. J 679.**

1. El recurso de suplicación a resolver por la presente sentencia, es presentado por don Josep María S.S., socio y trabajador de “Construcciones Voltregá, SA”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social que desestimó su demanda contra la TGSS, que de oficio anulaba su alta en el RGSS para proceder a su inclusión en el RETA. El recurrente es propietario de un tercio del capital social de la citada sociedad, junto a otros dos socios, también titulares respectivamente de un tercio cada uno. También consta como hecho probado que el actor forma parte del Consejo de Administración de la sociedad, siendo presidente del mismo.

2. En los fundamentos de derecho de la sentencia, se desestima el recurso, no admitiendo ninguno de los dos motivos alegados por la parte actora. El primero de ellos, formulado al amparo del art. 191.b) LPL, solicitaba la adición de un nuevo hecho probado señalando la falta de control efectivo del actor sobre la sociedad. Este motivo no es admitido, ya que no supone un hecho sino un concepto jurídico determinado por la propia norma, que, eso sí, admite prueba en contrario, prueba que no ha sido aportada por la parte. El segundo motivo alegado en virtud del art. 191.c) LPL, denuncia la interpretación errónea del art. 97.2.a) y de la Disposición Adicional Vigésimo Séptima LGSS. Dicho motivo tampoco es admitido, entendiendo que la normativa establece una presunción *iuris tantum* de que todo socio que posee un porcentaje de capital social igual o superior a un tercio posee el control de la sociedad.

3. Quizá la aportación más interesante de esta sentencia, es la definición del concepto jurídico *control efectivo*, que para la ponente no ha de entenderse como poder absoluto de uno de los socios sobre las decisiones del resto, sino como la facultad de dirigir la acti-

## II. Trabajador

vidad empresarial en todos los ámbitos en que se desarrolla. Tal definición puede provocar, una cierta inseguridad jurídica, porque en fin, cualquier socio minoritario puede determinar la decisión final en la administración de una sociedad en colaboración con otros socios, sin que ello suponga que ejerza el control efectivo. Por otro lado, sí comparto con la ponente, la necesidad de que la ausencia de control efectivo sea probada en este caso por el recurrente, no sólo titular de un tercio del capital social, sino también consejero y presidente del Consejo de Administración de la sociedad.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (COORDINADORA)

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

BORJA SUÁREZ CORUJO

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

MARAVILLAS ESPÍN SAEZ

LUIS E. DE LA VILLA DE LA SERNA



**III. EMPRESARIO****Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Empresario.** A) Profesores de religión en la enseñanza primaria. **3. Empresas de Trabajo Temporal.** A) El contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal.  
B) Contrato de trabajo condicionado a la duración de una contrata: responsabilidad exclusiva de la ETT por extinción antes de la finalización de la contrata.  
C) Consecuencias de la continuidad en la prestación de servicios para la empresa usuaria una vez finalizado el contrato de puesta a disposición. **4. Grupo de empresas.**  
A) Elementos que determinan su existencia. B) Autorización administrativa para la extinción del contrato. C) Requisitos para declarar la responsabilidad solidaria.
- 5. Contratas.** A) Noción de propia actividad. B) La contratista puede satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra mediante el recurso a una ETT. C) Contrato de obra o servicio sujeto a la duración de una contrata y reducción parcial del alcance de ésta. D) Responsabilidad. a) Responsabilidad solidaria: sólo afecta a los trabajadores empleados “en y durante” el tiempo de la contrata. b) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad. **6. Cesión ilegal.** A) Concepto y requisitos. B) Diferencias con la contrata. C) Efectos de la cesión. a) Derecho de opción y reclamaciones salariales. b) Cuando el cedente es una Administración Pública. **7. Sucesión de empresas.** A) Requisitos de la sucesión. B) Sucesión de contratas y de concesiones administrativas. C) Alcance de la subrogación. D) Convenio colectivo aplicable. E) Régimen subrogatorio especial.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica comprende las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 813) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresa, así como las correspondientes a la identificación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los

Trabajadores en casos de sucesión de empresas. Las sentencias del Tribunal Supremo comentadas pertenecen, casi en su totalidad, a su Sala Cuarta, realizándose la oportuna indicación en los supuestos en que así no sucediera. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen identificadas con la abreviatura u.d.

## 2. EMPRESARIO

### A) Profesores de religión en la enseñanza primaria

La STS de 4 de febrero de 2002, u.d., I.L. J 270, remite a las precedentes sentencias del TS de 11 de abril y 12, 17 y 19 de diciembre de 2001, para declarar que en los supuestos de profesores de religión en la enseñanza primaria la condición de empleador corresponde a la Administración del Estado y no a la Comunidad Autónoma (en el caso concreto de Andalucía), porque aunque ésta tiene atribuida la competencia en materia de enseñanza, “el concreto traspaso de los medios y servicios del profesorado de religión en ese nivel todavía no ha tenido lugar”.

## 3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### A) El contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal

La conexión entre lo dispuesto en el art. 6.2 LETT, a tenor del cual el contrato de puesta a disposición puede celebrarse en los mismos supuestos y condiciones que la empresa usuaria podría acordar un contrato de duración determinada, y lo previsto en el art. 10.1 de la misma Ley, según el cual el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la del contrato de puesta a disposición, lleva a la STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, I.L. J 233, recordando la doctrina de la sentencia del TS en unificación de doctrina de 22 de octubre de 1993, que “el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal”. Por ello, la alusión a la duración estimada de los contratos de puesta a disposición y de trabajo contenida en la norma de desarrollo de la LETT [arts. 14.f) y 15.2.f) del RD 4/1995, respectivamente, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley de Empresas de Trabajo Temporal] no puede interpretarse como una autorización para excluir la necesidad de término cierto en el contrato eventual.

### B) Contrato de trabajo condicionado a la duración de una contrata: responsabilidad exclusiva de la ETT por extinción antes de la finalización de la contrata

La STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002, I.L. J 720, debe pronunciarse acerca de las consecuencias derivadas de la extinción de un contrato de trabajo entre una ETT y un tra-

### III. Empresario

bajador anudado a la celebración de una contrata por la empresa usuaria, cuando ésta decide asumir con sus propios trabajadores las funciones de la contrata y, por tanto, dar por finalizado el contrato de puesta a disposición. La Sala, parte de aplicar la tesis general sobre la viabilidad de celebrar contratos de trabajo para obra o servicio determinado haciéndolo coincidir con la duración de la contratación civil o mercantil que une a las dos empresas, eso sí en este caso aplicándolo a un supuesto en el que admite que a su vez la contrata puede acudir a los servicios de una ETT, de modo que se admite la licitud de una relación ahora no ya triangular (trabajador, contratista y empresa principal) sino incluso cuadrangular (trabajador, Empresa de Trabajo Temporal, contratista y empresa principal). Se parte de la realidad de la relación entre empresa contratista y principal, no considerándose como una situación falsa:

“No ha quedado demostrado en el presente proceso el carácter ficticio o fraudulento de la contrata, ni que el Banco sea la verdadera empresa usuaria.”

Se continúa aceptando la viabilidad de la relación a cuatro bandas:

“no existe ninguna prohibición legal de que una empresa contratista en una relación entre empresas privadas, provea a sus necesidades de mano de obra mediante el recurso a una empresa de trabajo temporal”.

Se continúa aceptando la corrección de la celebración de un contrato temporal con la traslación general de la tesis ya consolidada relativa a las contratas de obra y servicio y la vinculación temporal de sus trabajadores:

“Para la empresa contratista existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada, y para satisfacerla puede concertar directamente contratos de obra o servicio determinado o bien formalizar contratos de puesta a disposición con una ETT que será la que a su vez celebre contratos de obra o servicio determinado con los trabajadores.”

En este caso concreto, además, celebrado el contrato de duración determinada y el correspondiente contrato de puesta a disposición, posteriormente la empresa usuaria decide dar por concluida *ante tempus* su relación contractual con la Empresa de Trabajo Temporal optando por continuar el cumplimiento de la contrata con empleados contratados directamente a su servicio. A resultas de la decisión de la empresa usuaria, la ETT podría optar también por resolver el contrato de trabajo que le vinculaba al trabajador cedido en misión, eso sí una resolución que la sentencia califica como despido improcedente por cuanto que se produce sin que la obra o servicio asumido por la empresa contratista haya concluido, por lo que es injustificadamente *ante tempus*:

“ha de prosperar la denuncia de infracción del art. 55.1, 3 y 4 (ET) en relación con el art. 217.3 de la LEC, basada en la argumentación de que incumbía a la empresa (...) la prueba de la extinción del servicio y en el proceso tal hecho no ha quedado acreditado, lo que conduce a la improcedencia del despido”; “Es indudable que el servicio no ha finalizado, pues la duración del contrato del trabajador con la ETT ha de ser coincidente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10 Ley 14/1994) y éste a su vez debe

ajustarse en su regulación y extinción a lo establecido en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.”

“No se ha producido una lícita extinción del contrato de puesta a disposición porque para ello habría sido preciso que se extinguiera la contrata entre el Banco y (la empresa contratista), terminando así la necesidad temporal de trabajo para (la contratista), pero no es esto lo que ha alegado la contratista usuaria, sino simplemente que a partir de determinada fecha va a realizar las funciones de la contrata con sus propios trabajadores y no con los de la ETT. Por lo tanto no hay causa para la extinción del contrato de puesta a disposición ni correlativamente para la del contrato de obra o servicio determinado anudado a aquél.”

Una vez declarada la inexistencia de causa para la válida extinción del contrato de puesta a disposición y, correlativamente, para la del contrato de obra o servicio a aquél ligado, se procede a condenar exclusivamente a la ETT, dejando al margen de responsabilidad a la empresa usuaria y a la empresa principal, pues:

“el art. 16.3 de la Ley 14/1994 limita la responsabilidad de la empresa usuaria a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, y en el proceso de despido no quedan comprendidas ninguna de tales clases de obligaciones, teniendo presente que los denominados salarios de tramitación en realidad tienen naturaleza indemnizatoria según ha declarado la más reciente jurisprudencia”.

La única forma de pretender extender la responsabilidad solidaria de abono de las indemnizaciones de carácter laboral sería la de proceder a aplicar la regla contenida en el art. 43.2 ET, pero la misma está contemplada para los supuestos de cesión ilícita y no para las situaciones lícitas de puesta a disposición a través de las ETT:

“El citado art. 16.3 de la Ley 14/1994 es el precepto que específicamente regula el supuesto de incumplimientos en el contrato de puesta a disposición y sus consecuencias para la empresa usuaria, sin que pueda aplicarse el art. 43.2 ET, el cual queda reservado exclusivamente para los casos de cesión de trabajadores que se realicen sin presencia de una empresa de trabajo temporal.”

Finalmente todas las consideraciones precedentes refieren a la posibilidad de dirigirse el trabajador ante el orden social de la jurisdicción para exigir el pago de sus créditos frente a la empresa usuaria, pero deja al margen la responsabilidad que pueda exigir la ETT a la empresa usuaria por su incumplimiento del contrato de puesta a disposición y los perjuicios que ello le haya ocasionado a la ETT:

“y ello sin perjuicio de las posibles responsabilidades de la usuaria frente a la ETT con arreglo a la legislación civil y mercantil”.

### III. Empresario

#### **C) Consecuencias de la continuidad en la prestación de servicios para la empresa usuaria una vez finalizado el contrato de puesta a disposición**

De conformidad con el art. 7.2 de LETT, si una vez finalizado el plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria se le considerará vinculado a ella por un contrato indefinido. Tal prescripción no significa que la relación laboral así nacida arrastre las eventuales irregularidades en que hubiera podido incurrir el contrato entre la ETT y el trabajador, de tal manera que la relación que en su caso naciera con la empresa usuaria sería una relación laboral indefinida, “no un contrato temporal de duración limitada hasta la prórroga que pudiese corresponder al contrato establecido con la empresa de trabajo temporal” (STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, I.L. J 233). En todo caso, es presupuesto necesario para la aplicación del mencionado precepto que, tras la finalización del contrato suscrito con la ETT no se haya celebrado contrato de trabajo con la EU, pues “en tal caso ese contrato tendrá la naturaleza que le corresponda con arreglo a lo estipulado entre las partes y la realidad de la relación subyacente”, dada la independencia de personalidades jurídicas que la ley establece entre la ETT y la EU (STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, I.L. J 233).

#### **4. GRUPO DE EMPRESAS**

##### **A) Elementos que determinan su existencia**

Ya hemos tenido ocasión de comentar en ocasiones anteriores la cada vez más uniforme doctrina jurisprudencial acerca de los elementos identificativos del grupo de empresa y los requisitos adicionales necesarios para declarar la responsabilidad solidaria de todas las empresas que conforman el grupo. Esta distinción es el principal eje argumental de la STS de 23 de enero de 2002, u.d., I.L. J 43, que, reiterando pronunciamientos precedentes de la Sala, señala que datos como la pertenencia de varias empresas al mismo grupo, la coincidencia de domicilios o la dirección unitaria de varias entidades empresariales pueden ser determinantes para la existencia del grupo empresarial pero no de la responsabilidad solidaria de todas ellas. Similar planteamiento y argumentación se contienen en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2002, I.L. J 722. La cuestión de la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo será analizada con más detenimiento en un epígrafe posterior.

La existencia o no de un grupo de empresas es también la controversia sobre la que versa la STS de 23 de enero de 2002, u.d., I.L. J 536, que, no obstante, al carecer el recurso del presupuesto de contradicción no es objeto de estudio por la Sala.

##### **B) Autorización administrativa para la extinción del contrato**

La constatación de la existencia de un grupo empresarial sirve de fundamento a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de enero de 2002, I.L. J 144, para sostener que se produce un “supuesto de unidad empresarial y empleadora única, toda vez que los trabajadores no lo son de cada una de las empresas del grupo sino del grupo en su con-

junto”. Siendo ello así, la autorización administrativa concedida para la extinción de contratos de trabajo de una de las empresas del grupo adquiere carácter general, sin que, por tanto, señale la sentencia mencionada, quepa “reputar ineficaz la decisión extintiva adoptada por la sociedad matriz del grupo cuando la autorización extintiva se concede a una de las sociedades que lo integran, en supuestos en que la pluralidad societaria es una mera apariencia o instrumento de la única realmente existente (la matriz)”. Tal es la conclusión a la que conduce la aplicación de “la doctrina del levantamiento del velo, subyacente en todos los supuestos de afirmación de empresa única pese a aparente pluralidad subjetiva”.

### **C) Requisitos para declarar la responsabilidad solidaria**

Como indicamos en el apartado A), la simple existencia de un grupo empresarial no es para la doctrina jurisprudencial condición suficiente para afirmar la responsabilidad común de todas las empresas que integran el grupo. Para ello, es necesario un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia reside en la conjunción de alguno de los siguientes factores: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. La aplicación de tales criterios conduce a las **STS de 23 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 43 y **STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 722, a declarar la inexistencia de responsabilidad solidaria en los supuestos sometidos a su consideración, afirmando, además, esta última que “un grupo empresarial, controlado por una sociedad dominante, no implica sin más, la obtención de fines incompatibles con la buena fe, pues partiendo de la libertad de empresa recogida en el art. 38 de la CE en el marco de la economía de mercado, la diversificación empresarial puede responder a fines todos ellos lícitos de naturaleza mercantil motivados por necesidades del mercado de adecuación a las modernas estructuras de la sociedad, tales como avances tecnológicos, imperativos de productividad o eliminación de competencias que justifiquen la creación de diversas empresas con el mismo objeto social y en manos de los mismos accionistas”.

## **5. CONTRATAS**

### **A) Noción de propia actividad**

Ya hemos señalado en repetidas ocasiones que el concepto de “propia actividad” es presupuesto esencial para la aplicación de las previsiones contenida en el art. 42 ET. Sólo en la medida en que la actividad descentralizada corresponda a la propia actividad del comitente entrarán en juego las medidas garantistas recogidas en el mencionado precepto. Se trata, por lo demás, de un concepto jurídico indeterminado respecto de cuya concreción no se apuntan pautas interpretativa en el texto legal, de ahí la frecuente controversia acer-

### III. Empresario

ca de los límites y el alcance del mismo. A ella se une la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de enero de 2002, I.L. J 146, que tras indicar que “si bien pudiera mantenerse, en principio, que todas las obras y servicios que como tal contrata un empresario son de su propia actividad”, sin embargo, una interpretación más restrictiva del término, en línea con la sustentada por el Tribunal Supremo, “obliga a tomar en cuenta sobre todo el elemento de la habitualidad situado no tanto en el contenido material cuanto en el hecho de que esas actividades –principales, accesorias o complementarias de la industria o negocio básico del empleador– sean indispensables para el funcionamiento de la empresa y para la obtención del fin perseguido”. Indispensabilidad que cifra en el hecho de que de no haberse concertado las obras y servicios en cuestión, deberían haberse realizado por la empresa comitente, “so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”. Y ello, concluye la Sala, en estricta consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual “las actividades del ciclo productivo –a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo– se incorporan al producto o resultado final de la empresa comitente, tanto si son realizadas de manera directa como si son encargadas a una empresa contratista”, lo que, en suma, justifica la responsabilidad del empresario principal.

Todo el razonamiento precedente desemboca en que la sentencia considere que en ese caso concreto las actividades objeto de la contrata correspondían a la propia actividad de la empresa principal. En particular, se trataba de una empresa eléctrica que como empresa principal había contratado con otra contratista la realización de obras de construcción y de montaje electromecánico en centrales de producción eléctrica situadas en diversas Comunidades Autónomas.

#### **B) La contratista puede satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra mediante el recurso a una ETT**

Ya hemos indicado con anterioridad que para la STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002, I.L. J 720, la enumeración de supuestos en los que no se puede celebrar un contrato de puesta a disposición contenida en el art. 8 de la LETT deja claro que “no existe ninguna prohibición legal de que una empresa contratista en una relación entre empresas privadas, provea sus necesidades de mano de obra mediante el recurso a una empresa de trabajo temporal”. La necesidad de trabajo temporalmente limitada de la empresa contratista puede así satisfacerse por una doble vía, bien a través de la concertación directa de contratos de obra o servicio determinado, bien recurriendo a contratos de puesta a disposición con una ETT, en cuyo caso será ésta la que celebre los contratos de obra o servicio determinado con los trabajadores.

#### **C) Contrato de obra o servicio sujeto a la duración de una contrata y reducción parcial del alcance de ésta**

Aceptada la validez de un contrato de obra o servicio determinado sujeto a la duración de una contrata empresarial, la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002, I.L. J 216, aborda el problema más particular de fijar el alcance que sobre la vigencia de aquél tiene, no la terminación de la propia contrata, que extinguiría el contrato a ella ligado, sino una reducción del alcance de los servicios contratados. La sentencia citada declarará el despido improcedente al entender que no se ha producido la circunstancia que legitimaría la

extinción contractual, pues “si bien se ha admitido en algunos casos la extinción del contrato de obra o servicio determinado por reducción parcial del objeto de la contrata, ello ha ocurrido cuando el convenio colectivo lo ha previsto y regulado expresamente, con arreglo al art. 15.1.a) ET, con inclusión de cautelas o garantías en la determinación del supuesto y en la elección de los trabajadores afectados”, lo que no ocurría en el supuesto enjuiciado.

#### **D) Responsabilidad**

##### **a) Responsabilidad solidaria: sólo afecta a los trabajadores empleados “en y durante” el tiempo de la contrata**

La extensión de la responsabilidad solidaria del empresario principal o comitente de las deudas salariales del contratista sólo afecta a las correspondientes a los trabajadores empleados “en y durante” el tiempo de la contrata, como tangencialmente recuerda la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de enero de 2002, I.L. J 146.

##### **b) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad**

La concreción del sujeto responsable en los supuestos de accidentes por falta de medidas de seguridad cuando están implicados varios empresarios no responde directamente a las reglas propias de la presencia o no de una contrata de las previstas en el art. 42 ET. Como indica la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de enero de 2002, I.L. J 142, recordando la STS de 5 de mayo de 1999:

“el criterio para determinar la responsabilidad del empresario en cuyo centro tuvo lugar el accidente no es el de la existencia o no de contrata de la propia actividad, ni la existencia de la misma contrata, sino el de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”.

## **6. CESIÓN ILEGAL**

### **A) Concepto y requisitos**

La existencia de dos empresas reales, con actividad y organización propias, no es por sí misma factor excluyente de la presencia de un fenómeno de cesión ilícita de mano de obra. Tal como señala la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002, I.L. J 472, recordando la doctrina del Tribunal Supremo, “es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente

### III. Empresario

tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, señalando que aun cuando nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractualmente determinado se limita a suministrar mano de obra, sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial”. A esta circunstancia aluden también las **STS de 17 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 108 y **STSJ de Galicia de 7 de febrero de 2002**, I.L. J 433, que analizaremos a continuación.

#### **B) Diferencias con la contrata**

De todos es conocida la frecuente utilización de la figura de la contrata como mecanismo encubridor de auténticas cesiones de mano de obra. Ello ha originado un abundante elenco de sentencias destinadas a delimitar las fronteras entre ambos negocios, ofreciendo un repertorio de indicios que sirven para detectar cuándo nos encontramos ante fenómenos descentralizadores lícitos y cuándo ante meras interposiciones en la contratación. Como recuerda la **STS de 17 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 108, entre esos criterios de valoración, complementarios y no excluyentes, de carácter indicativo u orientativo, figuran la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva,...). Ahora bien, continúa la Sala, debe distinguirse entre las cesiones que persiguen un perjuicio de los derechos de los trabajadores y aquellas que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; por lo que, en consecuencia y tal como hemos apuntado en el apartado precedente, el fenómeno interpositorio puede producirse entre empresas reales, en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. Por ello, concluye la sentencia “la actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal”. De todo lo anterior se deduce que en el caso de autos se estaba en presencia de una cesión de mano de obra, en la que no había ninguna autonomía técnica de la contrata, pues ésta se desplegaba dentro del proceso productivo normal de la empresa principal, utilizando sus instrumentos de producción y sin aportar la contratista ninguna infraestructura.

Similares argumentos y doctrina acerca de la diferenciación entre la contrata y la cesión de trabajadores se recogen en las **STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2002**, I.L. J 454 y **STSJ de Galicia de 7 de febrero de 2002**, I.L. J 433.

#### **C) Efectos de la cesión**

##### **a) Derecho de opción y reclamaciones salariales**

En apartados precedentes hemos indicado la existencia de cesiones fraudulentas y no fraudulentas o, desde otra perspectiva, de cesiones en las que una de las empresas es una

mera apariencia y cesiones entre dos empresas reales. Pues bien, los efectos anudados a unas y otras son diversos, en particular por lo que al ejercicio del derecho de opción y las condiciones laborales a que se someterá el trabajador cedido concierne. La **STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 463, declarará que en los supuestos de cesiones entre dos empresas reales “no resulta de aplicación el salario de la cesionaria hasta que no se dicta sentencia declarando la situación de cesión”. Pues, “si se trata de una empresa ficticia no es pensable la posibilidad de opción a que se refiere el art. 43.3 ET y en ese caso solamente ha existido la prestación de trabajo para la empresa cesionaria, por lo que puede reclamarse el salario de esa empresa real receptora de los servicios”. En cambio, cuando se trata de dos empresas reales la situación es diversa, ya que aquí “la posibilidad de opción es real, y si el trabajador no la ha ejercitado no puede reclamar los salarios de empresa distinta a la que le ha contratado y abonado el salario. La reclamación de diferencias salariales con efectos retroactivos solamente es posible, (...) cuando se está ante un fenómeno de pura interposición, es decir ante una empresa ficticia, en cuyo caso tiene sentido la opción que regula el precepto, pero por el contrario cuando se trata de empresas reales hay que tener en cuenta la eficacia *ex nunc* que tiene la sentencia constitutiva sobre la cesión”.

#### **b) Cuando el cedente es una Administración Pública**

El artículo 43.3 ET prescribe que en el caso de suministro ilegal de mano de obra, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Tal efecto conexo a la incursión en la cesión de mano de obra presenta un perfil peculiar cuando uno de los empresarios implicados es una Administración Pública y el trabajador ejerce su derecho de opción a favor de esta entidad. Ésta es la cuestión debatida en las **STS de 12 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 577 y **STS de 21 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 32, que, debido a la falta de contradicción de los recursos no entran en el fondo del asunto. Dejamos, no obstante, reseña del problema y apuntamos que las soluciones ofrecidas por las Salas de suplicación, pasan, bien por aceptar el carácter indefinido de la relación laboral del trabajador con el organismo público, rechazando la aplicación analógica de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de las consecuencias de las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas; bien por admitir tal analogía y, en consecuencia, calificar a los trabajadores como temporalmente indefinidos pero no fijos, en aras a dar cumplimiento al mandato constitucional de respeto a los principios de legalidad, mérito e igualdad en el acceso a la función pública.

## **7. SUCESIÓN DE EMPRESAS**

Como es habitual, los pronunciamientos judiciales destinados al análisis de la sucesión empresarial constituyen el grupo más numeroso de los tratados en este epígrafe dedicado a la figura del empresario. Recogemos a continuación la doctrina contenida en ellos.

### III. Empresario

#### A) Requisitos de la sucesión

Como recuerda la STS de 18 de enero de 2002, u.d., I.L. J 27, dicha Sala viene afirmando reiteradamente que “es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Transmisión que puede afectar a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva y en la que es cedente el empleador del trabajador cuyos derechos se discuten a la de la que se pretende sea su nuevo empleador”.

Una descripción más detallada y pormenorizada de la doctrina del Tribunal Supremo y Comunitario respecto a los elementos cuya concurrencia se requiere para que exista transmisión o sucesión de empresas, ya comentada en crónicas anteriores, se contiene en las STSJ de Navarra de 25 de febrero de 2002, I.L. J 484 y STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2002, I.L. J 465.

#### B) Sucesión de contratas y de concesiones administrativas

Los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas continúan dando origen a un importante número de resoluciones judiciales relativas a la aplicación o no en tales casos de los efectos subrogatorios previstos en el art. 44 ET. De la doctrina unificada contenida en las SSTS de 29 de enero de 2002, u.d., I.L. J 128, de 6 de febrero de 2002, u.d., I.L. J 277 y de 18 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 592, pueden extraerse las siguientes conclusiones: –como regla general, en los supuestos de sucesión de contratas no hay una transmisión de la contrata en sí, sino la finalización de una contrata y el comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, aunque materialmente la recaiga sobre los mismos servicios; –siendo así lo anterior, para que se produzca la subrogación del nuevo contratista es necesario que así lo disponga el convenio colectivo aplicable o el pliego de condiciones aceptado por aquél. En estos casos estaríamos ante subrogaciones atípicas, que se regirían por lo acordado por las partes al aceptar el pliego de condiciones y, en consecuencia, “sólo comprende la obligación del subrogante de hacerse cargo de la relación laboral de los trabajadores adscritos a los servicios de la contrata por la anterior adjudicataria, con la obligación de respetarles las condiciones laborales reconocidas en el momento de la subrogación, pero no (...) de derechos no reconocidos ni existentes en el momento de la subrogación, haciendo responsable a la nueva empresa de los posibles contratos fraudulentos de las anteriores empresas adjudicatarias, lo que sólo es factible en el supuesto previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” (STS de 18 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 592); –en caso de que así no sucediera, la subrogación sólo se producirá, de conformidad con el art. 44 ET, cuando se transmitan al nuevo contratista o concesionario los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Eso sí, teniendo presente, como manifiesta la STS de 29 de enero de 2002, u.d., I.L. J 128, que la más moderna jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –en concreto la contenida en la Sentencia de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen-Zehnacker)–, desarrollando y matizando su anterior doctrina, ha indicado que “en la medida en que,

en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”.

Aplicaciones particulares de esta doctrina general se contienen en las **SSTSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002**, I.L. J 239 y de **Extremadura de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 429 en relación a la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos convencionalmente para que opere la subrogación; **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2002**, I.L. J 200, respecto a la limitación convencional de los efectos subrogatorios a los trabajadores fijos y fijos discontinuos, y **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2002**, I.L. J 211, acerca de las exigencias necesarias para que exista sucesión empresarial en los supuestos de cambio de contrata.

### **C) Alcance de la subrogación**

De conformidad con el art. 44.1 ET, en caso de sucesión empresarial el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior; obligaciones entre las que se encuentran “las derivadas de los derechos adquiridos del personal que resulte afectado, entre los que se encuentra el de mantener el nivel o cuantía de las retribuciones que hasta el momento del traspaso venían percibiendo” (**STS de 16 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 15). Ahora bien, ello no incluye la percepción directa de complementos como el plus de transporte que exige para su devengo un conjunto de prestaciones laborales que implican la realización de desplazamientos, gastos a compensar por dietas, prolongación de jornada, urgencias, trabajo en festivos y dedicación exclusiva, cuando no consta que nada de ello haya acontecido. Máxime cuando la regulación específica del complemento en cuestión y su propia naturaleza exigen la acreditación de los gastos por quien reclama su importe.

A los efectos de la subrogación alude también la **STS de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 355, en esta ocasión trayendo a colación el art. 3.3 de la Directiva 77/187/CE, conforme al cual “después del traspaso el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida que éste las previó para el cedente hasta la fecha de estimación o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”.

Por otro lado, la **STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 2002**, I.L. J 756, tras reseñar la doctrina del TS acerca de las garantías y efectos previstos en el art. 44 ET para los supuestos de transmisión de empresas en los siguientes términos: “el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece (...), dos garantías (...): la exclusión de la extinción de los contratos de trabajo y la conservación del régimen contractual, (...) lo que supone, por

### III. Empresario

una parte, la subsistencia de las condiciones profesionales de carácter personal acreditadas por el trabajador en la anterior empresa (...) y, de otra, el mantenimiento, en principio, de la regulación de las condiciones de trabajo vigentes en la entidad transmitente, con independencia de que pudiera ser aplicable el régimen jurídico correspondiente al nuevo empresario de acuerdo con las reglas generales sobre concurrencia de normas de trabajo”, procede su aplicación particular al espinoso supuesto de un trabajador dependiente de una entidad pública cuyas funciones son objeto de traspaso a la Comunidad Autónoma.

#### D) Convenio colectivo aplicable

La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de transmisión empresarial ha sido objeto de importantes precisiones jurisprudenciales, frente a la anterior situación de anomia sobre el particular, hoy ya solventada en la redacción vigente del art. 44 ET. A la solución dada por la jurisprudencia en los momentos precedentes de inexistencia de previsión estatutaria en la materia se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 473, que, sintetizando la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998, dictada en unificación de doctrina, señala, entre otras consideraciones, que “el artículo 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación con el nuevo empleador”. Idéntica tesis se recoge en la **STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 448.

Por su parte, la **STS de 19 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 353, sostendrá que “es totalmente contrario a razón y a derecho sostener que los trabajadores comprendidos en un proceso de sucesión empresarial, no están vinculados ni obligados por los nuevos convenios que la empresa sucesora o adquirente pueda concertar después de la fecha en que tuvo lugar la sucesión”, pues ello vulneraría el art. 37.1 CE y los arts. 3.1.b) y 82.3 ET.

#### E) Régimen subrogatorio especial

El paso de dos trabajadores que prestaban servicios como contratados laborales fijos en las extinguidas Zonas de Recaudación de Tributos del Estado a la dependencia de la Tesorería General de la Seguridad Social es calificado por la **STS de 19 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 353, reiterando pronunciamientos anteriores de la Sala y sobre la base de diversas disposiciones reglamentarias aplicables al caso, como supuesto no incluíble en el art. 44 ET pero sujeto a “un régimen subrogatorio especial que, aun no siendo sucesión de empresa, implica una garantía en el empleo y en la conservación de los derechos de los trabajadores”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO



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

A) Compromisos convencionales de empleo. B) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato de eventualidad. c) Contrato de interinidad. d) Otros. B) Cuestiones generales. a) Tutela declarativa de los trabajadores temporales. b) Régimen jurídico: igualdad de trato. c) Conversión de trabajadores temporales en indefinidos. **4. Contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo.

**5. Contratos formativos. 6. Trabajo a domicilio. 7. Especialidades de la contratación**

**laboral en el sector público.** A) Contratación laboral y contratación administrativa. B) Contratación laboral. a) Requisitos de acceso. b) Irregularidades en la contratación temporal: tratamiento.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La reseña que sigue comprende las sentencias publicadas en los números 1, 2, 3 y 4 de *Información Laboral-Jurisprudencia*. Números que incluyen sentencias correspondientes, más o menos, al primer trimestre de 2002. Creemos que destacan entre ellas una sentencia del Tribunal Constitucional, la **30/2002**, I.L. J 254 –que declara que la no conversión de un contrato temporal en indefinido puede ser lesiva de los derechos fundamentales [3.B).c)]–, y varios pronunciamientos del TS referidos a los problemas de contratación en las instituciones públicas. Son las **STS de 14 de enero de 2002**, I.L. J 587 –sobre procedimiento aplicable para la amortización de plazas vacantes [3.A).c)]–, y dos **SSTS de 20 de marzo de 2002**, I.L. J 726 y 522, –sobre utilización de contratos laborales en el seno de instituciones sanitarias públicas [7.A)] y sobre el tratamiento a aplicar a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla [7.B).a)]–. También sería destacable, si no fuera porque problemas procesales han impedido un pronunciamiento de fondo, la **STS de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 555, en la que se planteaba la interesante temática del trabajo “a llamada” [4.A)].

## 2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

### A) Compromisos convencionales de empleo

Cabe reseñar la **STS de 20 de marzo de 2002**, I.L. J 520, relativa a la eficacia a asignar a las cláusulas convencionales que incluyen compromisos de supresión paulatina de los contratos temporales. Se trataba, en concreto, de disposición convencional, incluida en el Convenio único del personal laboral de la Administración del Estado, que obligaba a una comisión a negociar posteriormente procesos de consolidación del empleo temporal. Y la cuestión planteada, y resuelta, refería a la eficacia que la misma debía tener sobre los contratos temporales realizados. Lógicamente, la respuesta del Tribunal Superior es clara: dada la naturaleza obligacional de la estipulación, los contratos temporales no resultan afectados por su sola existencia.

### B) Período de prueba

Entre las sentencias analizadas, existen varias referidas a la aplicación del período de prueba. La mayor parte resuelven conforme a criterios consolidados. Así, por ejemplo, **STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 717, recuerda el carácter libérrimo de la facultad extintiva empresarial, salvo que entre en juego la tutela de los derechos fundamentales. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2002**, I.L. J 206, reflexiona sobre los criterios para determinar los técnicos titulados a los que se refiere el art. 14.1 ET: no dependen de la titulación efectivamente poseída por el trabajador sino del hecho que la norma sectorial aplicable la exija para la categoría correspondiente. Varios pronunciamientos, en fin, se refieren a la interferencia de la suspensión contractual por incapacidad temporal: no impide el ejercicio de la facultad resolutoria (**STSJ de Madrid 29 enero 2002**, I.L. J 213), ni su existencia implica en sí misma que resulte discriminatorio (**STSJ de Madrid de 22 de enero de 2002**, I.L. J 719).

Existen, sin embargo, tres pronunciamientos que vale la pena resaltar especialmente. El primero, **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 664, resuelve el problema de la aplicación del período de prueba en contratos temporales. La empresa sostenía –y también, la sentencia de instancia– que, al no haberse agotado la duración máxima en el primer contrato, el segundo podía ser sujeto a un nuevo período de prueba a condición de que la misma no superara el máximo legal. La sentencia de suplicación lo rechaza:

“No puede olvidarse que aquel anterior vínculo contractual también estuvo sometido a prueba y que, no obstante, la empresa no se acogió al mismo para extinguir la relación laboral, lo que hace entender superada la experimentación propia de la prueba.”

Las otras dos se refieren a especialidades sectoriales del período de prueba. De un lado, la **STS de 24 de enero de 2002**, I.L. J 119, unifica doctrina respecto de la posibilidad de ampliar el período de prueba en la relación especial de minusválidos al servicio de centros

## IV. Modalidades de Contratación

especiales de empleo: sólo es admisible, como reza literalmente el art. 10.2 RD 1368/1985, previo informe de los equipos multiprofesionales. De otro lado, la STSJ del País Vasco de 8 de enero de 2002, I.L. J 230, en atención a las evidentes particularidades del tema, admite que el Convenio pueda prever que, en los casos en los que el buque se encuentre en alta mar, la facultad de desistimiento se ejercite al regresar a puerto, aunque haya transcurrido el período previsto en el contrato.

### 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

#### A) Supuestos

Los pronunciamientos recaídos en relación con los distintos supuestos de contratación temporal no son, por lo general, muy novedosos.

#### a) Contrato para obra o servicio determinado

Así, respecto al contrato para obra o servicio determinado —y al margen los pronunciamientos que se relacionan con su diferenciación del trabajo fijo periódico o discontinuo (*infra*, 4)— la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2002, I.L. J 150, reflexiona sobre la sustantividad y autonomía que deben tener las tareas asignadas: si las mismas corresponden al ciclo normal de la empresa —y continúan después de la extinción del contrato—, no es posible admitir la existencia de obra o servicio determinado. Por su parte, la STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002, I.L. J 240, se ocupa de la adscripción del trabajador a obras distintas: admite que el convenio pueda prever esta posibilidad; pero si la sujeta a ciertas causas, habría que estar a ellas. De este modo, si las mismas no se han respetado, la cláusula de temporalidad resultará ineficaz.

Tan sólo cabe destacar la STSJ de Galicia de 20 de febrero de 2002, I.L. J 444, respecto al funcionamiento del contrato cuando el mismo depende de la duración de una contrata. La sentencia admite la legitimidad de esta posibilidad, en línea con la doctrina consolidada. Excluye, sin embargo, que la finalización de la contrata permita extinguir el contrato y suscribir uno nuevo para desarrollar las mismas tareas para la misma empresa por causa de una nueva contrata de las mismas características que la anterior. En tal sustitución se produciría una pérdida de derechos (por ejemplo, antigüedad) inadmisibles.

#### b) Contrato de eventualidad

Aparte de las relacionadas con la diferenciación con el trabajo fijo discontinuo (*infra*, 4), la STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2002, I.L. J 658, reitera doctrina consolidada respecto a los requisitos de documentación de la causa: no cabe la mención genérica y, en todo caso, debe ser acreditada suficientemente: en caso contrario, la cláusula de temporalidad es ineficaz.

### c) Contrato de interinidad

Cabría destacar, en relación con la interinidad, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 y 12 de marzo de 2002**, I.L. J 647 y 649, respecto a las facultades directivas empresariales en este contrato:

“el interino no sólo puede desempeñar la plaza correspondiente al sustituto o vacante (...) sino cualquier otra de la empresa” que conserva sus facultades organizativas que “abarcan no sólo la movilidad funcional (...) sino también la geográfica del art. 40 ET”.

El resto de los pronunciamientos, referido casi siempre a empleadores de carácter público, se sitúan en líneas interpretativas consolidadas. De entrada, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 471, reitera la necesidad de identificar la causa de la interinidad. En caso contrario, el contrato se reputa indefinido –aunque, tratándose de un ente público, no alcanza la condición de fijo de plantilla–.

En segundo lugar, respecto a la interinidad por sustitución, en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 332, se reitera que la definitiva falta de reincorporación del trabajador sustituido no implica conversión del contrato en indefinido. Es claro, sin embargo, que si, después de producirse tal evento, la prestación continúa sin que el empresario actúe diligentemente la extinción habrá de declararse la existencia de un contrato indefinido (**STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2002**, I.L. J 704). Por otro lado, el hecho de que el cese se produzca antes de la efectiva reincorporación, por un escaso margen, tampoco es considerado irregularidad que transforme el contrato en fijo (**STSJ de Andalucía, Málaga, de 25 de enero de 2002**, I.L. J 250).

Respecto a la interinidad por vacante, la misma termina, según doctrina general reiterada en **STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002**, I.L. J 238, por la cobertura reglamentaria del puesto o por su amortización. Existen luego ulteriores matices respecto a una y otra: la cobertura reglamentaria no equivale a la cobertura por oposición; puede producirse también por concurso de traslado (**STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 500) o por medio de una comisión de servicios reglamentariamente prevista (**STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 675). Por otro lado, el hecho de que la Administración no ponga en marcha el procedimiento de cobertura de la plaza dentro de la oferta pública de empleo implicará, en su caso, una irregularidad pero en modo alguno altera la naturaleza temporal del contrato (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de marzo de 2002**, I.L. J 653).

Por su parte, la amortización ha sido objeto de dos pronunciamientos unificadores del TS. Según el primero, **STS de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 582, la amortización es posible y tiene relevancia extintiva aunque, en el contrato suscrito con el interino, se indique que el mismo durará hasta la cobertura de la vacante. En segundo lugar, la **STS de 14 de enero de 2002**, I.L. J 587, excluye que la amortización de plazas quede sujeta a los requisitos causales y procedimentales de los artículos 52 y 53 ET.

## IV. Modalidades de Contratación

### d) Otros

Por último, en relación con la posibilidad de contratar trabajadores temporales para sustituir a quienes se jubilan con un año de anticipación, los pronunciamientos analizados confirman criterios anteriores. Así, la **STS de 20 de marzo de 2002**, I.L. J 520, reitera que este tipo de sustituciones, regulado por el RD, puede continuar siendo previsto en los convenios colectivos. Y, por su parte, la **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 720, reitera que las eventuales irregularidades en el contrato de sustitución no afectan a la prejubilación del sustituido.

### B) Cuestiones generales

#### a) Tutela declarativa de los trabajadores temporales

Dos **SSTS de 17 de enero de 2002**, I.L. J 109 y 110, introducen algún matiz en relación con la posibilidad de que los trabajadores temporales interpongan acciones declarativas de su condición de indefinidos: aunque esta posibilidad viene siendo pacíficamente admitida, no cabe instar la tutela declarativa cuando la pretensión depende de hechos futuros. En el caso, no se había producido aún la transferencia de un servicio a la Administración demandada lo que convertía en hipotética y, por tanto, inadecuada la pretensión de los trabajadores.

#### b) Régimen jurídico

Continúa existiendo un buen número de pronunciamientos judiciales referidos a la eventual igualdad de trato entre los trabajadores indefinidos y los temporales. Basta una reseña sumaria toda vez que la reforma legal de 2001 impone el replanteamiento de esta doctrina. En este sentido, si bien siguen admitiéndose que se establezcan expresamente diferencias de trato (**STSJ del País Vasco de 22 de enero de 2002**, I.L. J 236, respecto de antigüedad), sigue firme la idea de que, a falta de expresa estipulación convencional que limite un beneficio a los trabajadores fijos, el mismo corresponde también a los temporales (**STS de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 523 y **STSJ de Galicia de 30 de marzo de 2002**, I.L. J 698, respecto de la antigüedad; **STSJ de Aragón de 1 de abril de 2002**, I.L. J 797, en relación con paga de resultados; **STSJ de Cantabria de 21 de enero de 2002**, I.L. J 96, sobre ayuda de estudios en el INSALUD). Asimismo, y aunque en teoría se ha admitido la posible diversificación del tratamiento de los distintos temporales, en función de su mayor o menor vinculación, en la práctica se ha tendido también a asimilarlas (**STSJ de Asturias de 12 de abril de 2002**, I.L. J 802, y, sobre todo, **STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 728: percepción por los eventuales, equiparados así a los interinos, de pluses de ayuda de estudios en el INSALUD).

#### c) Conversión de trabajadores temporales en indefinidos

La transformación de contratos temporales en indefinidos ha sido abordada desde varias perspectivas. Aparte de la ya citada sentencia sobre interpretación de cláusula convencio-

nal en materia de compromisos de estabilidad [*supra*, 2.A)], la **STS de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 528, se sitúa, de nuevo, ante el problema de la transformación por reiteración sucesiva de contratos temporales: si el primer contrato era irregular, el segundo resulta ineficaz en su cláusula de temporalidad, incluso si media firma de finiquito, a condición de que no haya existido solución de continuidad relevante.

En todo caso, la sentencia más interesante en este terreno resulta ser la **STC 30/2002**, de **11 de febrero**, I.L. J 254, que establece la posibilidad de una conversión forzosa si la falta de transformación de un contrato temporal en indefinido resulta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador. En el supuesto resuelto, la trabajadora, contratada en prácticas, vio extinguido su contrato por vencimiento del término. Reclamó contra tal decisión, entendiendo que la misma debía tratarse como un despido nulo y ofreciendo indicios convincentes de que el cese se había producido en atención a la actividad sindical desarrollada por ella —que singularizaron su tratamiento frente al de otros compañeros a los que efectivamente se les convirtió en trabajadores indefinidos—. En instancia, la pretensión fue estimada aunque la sentencia fue revocada en suplicación sobre la base de la existencia de libertad empresarial a la hora de decidir la terminación del vínculo temporal. El TC anula esta última decisión y confirma la de instancia, afirmando que:

“ninguna relevancia (puede) darse al dato, acogido en la Sentencia impugnada, de que en el plano de la legalidad ordinaria la extinción de un contrato de trabajo temporal por la llegada de su término final pueda operar como causa de finalización de la relación laboral [art. 49.1.c) LET] o que su renovación o conversión en otro por tiempo indefinido no resulta en principio obligada, perteneciendo esa medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador. Por el contrario, concurrente un panorama como el descrito, era exigible una justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionalmente la decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pudiera servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada, esto es, la genérica capacidad organizativa y la libre determinación de la (empresa) en el ámbito de la contratación”.

#### **4. CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO**

##### **A) Contrato a tiempo parcial**

Dos pronunciamientos del TS se ocupan del trabajo a tiempo parcial. La primera, **STS de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 555, se ocupa del interesante tema del trabajo “a llamada”, si bien no llega a pronunciarse al respecto. En el supuesto, se había planteado un conflicto colectivo en el que se combatían ciertas cláusulas-tipo que una empresa del sector de grandes superficies utilizaba en sus contratos a tiempo parcial. El TS, sin embargo, recha-za pronunciarse al respecto sobre la base de que, habiendo existido sucesivas regulaciones del trabajo a tiempo parcial —que pueden continuar siendo de aplicación en función

#### IV. Modalidades de Contratación

de la fecha del contrato—, no es posible hacer una declaración genérica respecto a su validez. Con independencia de que la sentencia pueda ser razonable, es claro que nos hurta la posibilidad de disponer de criterios sobre esta práctica puesto que resultará complicado que esta misma temática desemboque ante los tribunales por vía individual.

Por su parte, la **STS de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 547, en línea con pronunciamientos anteriores del propio TS, excluye la validez de los sucesivos contratos de obra realizados a un profesor para atender necesidades docentes de los correspondientes cursos académicos. Dado que la tarea carece de autonomía y sustantividad propia, debe reputarse existente un contrato a tiempo parcial, en su modalidad de trabajo fijo periódico. El TS clarifica, además, que, en este tipo de contratos, la caducidad de la acción de despido sólo puede empezar a computarse desde que el trabajador conoce que no va a ser llamado y no, por tanto, desde la finalización del último período efectivamente trabajado.

##### B) Contrato fijo discontinuo

En relación con el trabajo fijo discontinuo —aparte de la **STSJ de Baleares de 23 de febrero de 2002**, I.L. J 703, que, a efectos de desempleo, excluye la aplicación del ya desaparecido tope del 77 por ciento—, existen varias sentencias que reflexionan sobre la diferenciación de esta modalidad contractual de la repetición de contratos temporales. De entrada, la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2002**, I.L. J 200, vuelve a replantear el tema de la condición de fijos discontinuos de los trabajadores ocupados en las brigadas forestales. La sentencia excluye que las mismas tengan esta condición más que en los casos expresamente contemplados en el convenio aplicable. Por su parte, la **STSJ de Aragón de 18 de febrero de 2002**, I.L. J 302, niega esta condición a los trabajadores contratados para cubrir las tareas de vacaciones. Los argumentos utilizados —naturaleza no cíclica de la actividad, que es la propia de la empresa, y carácter aleatorio de la necesidad empresarial, que depende de la planificación— parecen poco convenientes. Tampoco lo son demasiado los que aporta la **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2002**, I.L. J 703, que rechaza que sean fijos discontinuos los trabajadores ocupados en programas informativos cíclicos de la Agencia Tributaria. La perfecta identidad en las campañas que parecen exigir ambos pronunciamientos parece poco adecuada al trabajo fijo discontinuo que, por esencia, resulta incierto.

En fin, aunque a efectos de desempleo, la **STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2002**, I.L. J 693, afirma que cabe contratar a un interino para sustituir a un fijo discontinuo. No suscita dudas respecto a los fijos periódicos pero cabe pensar que en los discontinuos tal posibilidad podría afectar al derecho de llamamiento de otros trabajadores.

#### 5. CONTRATOS FORMATIVOS

La **STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 415, declara celebrado en fraude de Ley el contrato en prácticas concluido para un puesto de trabajo anteriormente desempeñado por el trabajador de forma eventual, cuando la suma de los dos contratos excede el período máximo de las prácticas.

## 6. TRABAJO A DOMICILIO

La STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2002, I.L. J 702, se plantea si el teletrabajo puede ser incluido en el trabajo a domicilio. El TSJ excluye, sin embargo, que en el supuesto de autos exista relación laboral, en atención a la inexistencia de facultades de dirección y a la aportación de medios materiales, aunque es dudoso que los resultados alcanzados sean correctos. En cualquier caso, la solución le impide considerar el problema que aquí interesa: la aplicación de las reglas específicas de esta modalidad contractual.

## 7. ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

### A) Contratación laboral y contratación administrativa

En este terreno, se detectan pronunciamientos continuistas con otros reseñados en crónicas anteriores. Así, por ejemplo, STSJ de Galicia de 15 de marzo de 2002, I.L. J 692, en cuya virtud los contratos de prestación de servicios suscritos al amparo formal de la legislación administrativa pero que no tienen encaje material en ella resultan ser laborales y han de ser enjuiciados por los Tribunales del orden social a la luz del Derecho del Trabajo.

Cabe destacar, sin embargo, la STS de 20 de marzo de 2002, I.L. J 521, que reflexiona sobre las posibilidades de contratación laboral en las entidades sanitarias públicas. Hasta ahora parecía partirse de la idea de que las indicadas instituciones –salvo en el caso del personal temporal sujeto al estatuto del personal no sanitario– sólo podrían recurrir a las formas de contratación previstas en los correspondientes estatutos y, por tanto, de naturaleza estatutaria. La STS revisa esta idea y declara expresamente la posibilidad de que las instituciones sanitarias utilicen los contratos de naturaleza laboral y, en concreto, el contrato a tiempo parcial.

### B) Contratación laboral

#### a) Requisitos de acceso

Los problemas en este terreno continúan siendo de carácter competencial. En este plano, las soluciones son continuadoras de la tradición interpretativa. Así, respecto a la temática de las bolsas de trabajo y su formación, continúa declarándose la incompetencia de la jurisdicción social (SSTSJ de Asturias de 5 de abril de 2002, I.L. J 798, y Castilla y León, Burgos, de 26 de febrero de 2002, I.L. J 477), salvo que se trate de empresas públicas cuya gestión, como es sabido, no queda sujeta al Derecho Administrativo (STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2002, I.L. J 740).

Si acaso, cabría destacar la STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2002, I.L. J 726, que considera también incompetentes a los Tribunales laborales para conocer las pretensiones de

#### IV. Modalidades de Contratación

los representantes de los trabajadores relacionadas con su inclusión en las comisiones de selección del personal laboral.

##### **b) Irregularidades en la contratación temporal: tratamiento**

También en este punto los pronunciamientos son continuistas y, conforme a la doctrina unificada, siguen indicando que los trabajadores afectados por las irregularidades en la contratación deben ser considerados indefinidos pero no fijos de plantilla (por ejemplo, SSTSJ de Asturias de 25 de enero de 2002, I.L. J 85, o Galicia de 6 de febrero de 2002, I.L. J 431).

Interesa destacar, sin embargo, que, según la STS de 20 de marzo de 2002, I.L. J 522, este tipo de declaraciones no impide que, cuando se impugna el cese, se apliquen las reglas generales en materia de despido. De acuerdo con el pronunciamiento ello parece indicar que la Administración conserva la opción de readmitir o indemnizar, con definitiva extinción del vínculo.

En cualquier caso, estos criterios se aplican a la contratación temporal en sentido estricto. No, sin embargo, a los nombramientos temporales del personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas. En estos casos, no se aplican las reglas del despido lo que implica, según doctrina unificada recogida en suplicación, que el cese irregular deviene nulo, con readmisión forzosa (SSTSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002 y 5 de marzo de 2002, I.L. J 238 y 733). No deja de ser paradójico que sí resulta de aplicación el plazo laboral de veinte días de caducidad para impugnar la extinción (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 11 de febrero de 2002, I.L. J 476).

JOSÉ M<sup>a</sup> GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER  
AMPARO ESTEVE SEGARRA



## V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

### Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Salario.** A) Fondo de Garantía Salarial. a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo. b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra la empresa por presentación de papeleta de conciliación: efectos frente al FOGASA en su condición de posible responsable subsidiario. c) Responsabilidad: procede en aquellos supuestos en que la mera condición de socio minoritario no impide ostentar diferenciadamente una relación laboral común. d) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no alcanza a las indemnizaciones por despido objetivo pactadas en acto de conciliación. e) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no alcanza a la indemnización por fin de obra. f) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: empresas de menos de veinticinco trabajadores. g) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: alegación extemporánea. h) Subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores y privilegio procesal de ejecución separada. **2. Clasificación profesional.** A) Proceso de clasificación profesional: materia e irrecurribilidad de la sentencia.

**3. Jornada de trabajo.** A) Calendario laboral: imposibilidad de grafiar como fiesta recuperable un día sin prestación de servicios por causa imputable a la empresa. B) Descansos compensatorios. Su reducción exige cumplir las exigencias del art. 41 ET por entrañar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. C) INSALUD. El descanso mínimo semanal del personal estatutario es de 36 horas ininterrumpidas cuando realizan guardias de presencia localizada durante el fin de semana. D) La jornada máxima semanal de los Facultativos Especialistas de Área que prestan servicios para el INSALUD asciende a 48 horas semanales, incluyendo el tiempo empleado en la atención continuada. E) La retribución del exceso de jornada realizada por el personal facultativo médico del INSALUD, debe hacerse conforme la cuantía establecida para el complemento de atención continuada y no respecto al valor de la hora ordinaria. **4. Movilidad geográfica.** A) Movilidad geográfica. Traslado de mutuo acuerdo. Interpretación del artículo 30 del V Convenio Colectivo de Repsol. B) Movilidad geográfica. Resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador.

C) Movilidad geográfica. Tutela de la libertad sindical. Caducidad de la acción.

**5. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.a) ET. B) Cambio de jornada con incidencia en días de descanso que supone variación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. C) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Indemnización. Caducidad. D) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Acumulación indebida de acciones. Accesibilidad al recurso de suplicación. Recurso de queja. E) Conflicto colectivo. Supresión del adelanto de la jornada en 20 minutos. Inexistencia de modificación sustancial de las condiciones del trabajo.

**6. Excedencia.** A) Excedencia voluntaria por cuidado de hijo: Disfrute fraccionado. B) Excedencia voluntaria. Administración pública y promoción interna. C) Excedencia voluntaria: Acciones frente a la negativa empresarial al reingreso. D) Excedencia voluntaria. Reingreso. E) Personal del INSALUD: Retorno a la situación de excedencia. **7. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813).

### 1. SALARIO

#### A) Fondo de Garantía Salarial

##### a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo

Se plantea de nuevo, en el supuesto que resuelve la STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2002, I.L. J 400, la aplicabilidad del Instituto de la prescripción al 40 por ciento de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 52.c) ET cuando ésta no se ha reclamado al FOGASA en el plazo de 1 año, pero sí a la empresa.

Señala la Sentencia comentada que la acción para reclamar frente al FOGASA cuando es responsable directo prescribe por el transcurso del plazo de 1 año que establece el art. 33.7 ET y que no pueden oponerse a ello las acciones ejercitadas contra la empresa,

## V. Dinámica de la Relación Laboral

en tanto que no existiendo solidaridad ni comunicación alguna de responsabilidad de la empresa en relación con la exclusiva del Fondo, los actos interruptivos de la responsabilidad empresarial no pueden perjudicar a otro deudor al no ser de aplicación al caso el art. 1141 del Código Civil.

### **b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra la empresa por presentación de papeleta de conciliación: efectos frente al FOGASA en su condición de posible responsable subsidiario**

En el supuesto que resuelve la STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 570, se cuestiona si en un primer proceso sobre reclamación de cantidad en que el FOGASA es citado junto con la empresa a efectos de las posibles responsabilidades que, en su caso, pudieran corresponderle en el futuro como responsable subsidiario, es correcta la decisión judicial que, estimando la demanda frente a la empresa, estima la excepción de prescripción frente al FOGASA, absolviéndole, por entender que la presentación de la papeleta de conciliación frente a la empresa no puede perjudicar al mencionado organismo.

Para resolver la cuestión planteada comienza el TS señalando que en este primer litigio la acción se dirige contra el empresario y no contra el FOGASA, que sólo actúa como interviniente adhesivo, en tanto que la acción frente al FOGASA no nace hasta que firme la sentencia, se ejecute, y, en su caso, se dicte auto de insolvencia empresarial, independientemente de que sea en este primer pleito y no posteriormente cuando debe alegar la prescripción de la acción frente al empresario si estima que aquélla se ha producido. Concluye el TS señalando que la interrupción de la prescripción frente al empresario, contra quien se dirige la acción como obligado principal, efectivamente se produjo por la presentación de la papeleta de conciliación, tal como resulta del art. 65 LPL, constituyendo una aplicación especial de lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil como reclamación extrajudicial del acreedor que interrumpe la prescripción, lo que surte efecto frente al FOGASA, en su condición de posible responsable subsidiario, del mismo modo que también al mismo le beneficia, en su caso, la prescripción de la acción de los trabajadores frente al empresario.

### **c) Responsabilidad: procede en aquellos supuestos en que la mera condición de socio minoritario no impide ostentar diferenciadamente una relación laboral común**

Así lo señala la STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2002, I.L. J 435. Indica la Sentencia comentada que, de conformidad con reiterada jurisprudencia del TS, “la mera condición de socio cuya participación sea muy minoritaria y por ello no tenga capacidad para conformar con su sola voluntad las disposiciones de la empresa, no impide ostentar diferenciadamente un cargo de Alta Dirección o una relación laboral común, esta última simultaneándola incluso, en casos especiales, con cargos de administración de la sociedad”.

**d) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no alcanza a las indemnizaciones por despido objetivo pactadas en acto de conciliación**

En STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de marzo de 2002, I.L. J 645, se reitera el criterio contenido en SSTs de 4 y de 30 de julio de 1990, 18 de diciembre de 1991, y 10 de marzo y 17 de abril de 2000, en las que se señala que el art. 33.2 ET limita la responsabilidad del FOGASA a las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa. Ello significa que se excluyen del ámbito de responsabilidad del FOGASA las indemnizaciones pactadas en acto de conciliación.

**e) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no alcanza a la indemnización por fin de obra**

En STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 573, se reitera el criterio contenido en anteriores SSTs de 31 de octubre de 2001 (recurso 102/2001) y de 26 de diciembre de 2001, I.L. J 2905, en las que se señala que no cabe extender la garantía del Fondo de Garantía Salarial a las indemnizaciones por fin de obra.

**f) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: empresas de menos de veinticinco trabajadores**

Una vez abonado por el FOGASA el 40 por ciento de la indemnización de que le hace responsable el art. 33.8 ET, con el límite o tope legal, el resto de la misma, si la empresa resultara insolvente, no es el 60 por ciento con el tope legal fijado a cargo del Fondo sino la que corresponde según el art. 51.8 ET, descontando lo ya pagado anteriormente por el citado organismo. Este resto constituye una nueva fuente de obligación para el Fondo a la que debe hacer frente en su totalidad y con el tope que señala el art. 33.2 ET.

Así lo señala la STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002, I.L. J 490.

**g) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: alegación extemporánea**

En el supuesto que resuelve la STS de 8 de marzo de 2002, I.L. J 566, se cuestiona si el FOGASA, al resolver un expediente administrativo en ejecución de sentencia, en la que fue expresamente condenado al pago de determinadas cantidades, cuya cuantía no discutió en el procedimiento, puede aplicar los topes legales del art. 33 ET al proceder en ejecución al pago de las prestaciones a las que ha sido condenado y que exceden de los topes establecidos en el mencionado precepto legal.

El TS responde en sentido negativo a la mencionada cuestión señalando que si el FOGASA, en el proceso seguido contra él en reclamación de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación, en ningún momento alegó que las cantidades reclamadas excediesen de los límites establecidos por el art. 33 ET, las alegaciones formuladas en trámi-

## V. Dinámica de la Relación Laboral

te de ejecución de sentencia son cuestión nueva no debatida en el pleito en los momentos procesales oportunos de la instancia o del recurso, que no puede ser acogida en trámite de ejecución de sentencia.

Señala el Alto Tribunal que según lo establecido en los arts. 18.2 de la LOPJ y 239.1 LPL, las sentencias firmes “se ejecutarán en sus propios términos”, lo que impide su rectificación, aunque sean erróneas o contrarias a las normas legales, salvo por el cauce de la interposición de los correspondientes recursos que contra las mismas se puedan interponer. Además, con cita de las SSTC 106/1999, 80/1999, 92/1998, 135/1994, 39/1994 y 77/1983, señala que esa inmutabilidad de las sentencias firmes forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que el órgano judicial vulneraría si modifica la parte dispositiva de la sentencia fuera del cauce del correspondiente recurso.

### h) Subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores y privilegio procesal de ejecución separada

En STS de 20 de marzo de 2002, I.L. J 519, se señala que en aquellos casos en que en FOGASA se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores para el reembolso de las cantidades satisfechas se mantiene el privilegio de ejecución separada que les confiere el art. 32.5 ET, según dispone el art. 33.4, párrafo 2º, del mismo texto legal. Expresamente se señala que:

“Este mandato legal establece una subrogación en los derechos del acreedor satisfecho que, de conformidad con lo establecido en el art. 1212 del Código Civil, se extiende a los derechos anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros. Y entre tales derechos anexos se halla el de la ejecución separada ante los órganos de la rama Social de la Jurisdicción. Solución que además se desprende del tenor literal del art. 33.4 que, al ordenar la subrogación obligatoria, se refiere a derechos y acciones. Tanto unas como otras, se transmiten con las características que le son propias, siendo una de ellas la de la forma de ejecución.”

## 2. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

### A) Proceso de clasificación profesional: materia e irrecurribilidad de la sentencia

La clasificación profesional es una materia que, como expone la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de octubre de 2001, I.L. J 2742 (recurso 372/2001), comprende cualquier reclamación sobre la adjudicación de categoría profesional, que no se corresponda con la efectivamente desempeñada por el trabajador; o la pertenencia a grupo distinto, con independencia si la discrepancia es originaria, esto es, existente desde el inicio de la relación laboral, y cualquiera que sea el fundamento jurídico de la pretensión de clasificación profesional, “se trate del art. 16.4 o del 23.1 y 2 ET, o de cualquier otra norma jurídica (FJ 1º).

La STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2001, I.L. J 2679 (recurso 987/2001) ordena la jurisprudencia sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en esta materia

deduciendo una serie de criterios. Por su parte, reiterada doctrina del TS advierte que de esta irrecurribilidad se excluyen los supuestos en los cuales la reclamación de categoría profesional se funda, no en el desempeño de actividades de superior categoría, sino en la interpretación de preceptos legales o convencionales.

La STS de 15 de marzo de 2002, I.L. J 590 (recurso 2197/2001), recuerda esta última doctrina del Alto Tribunal. En el caso enjuiciado la discrepancia surge por la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que determina un nuevo encuadramiento profesional de los trabajadores y consiguiente reducción salarial, sin cambio en sus funciones. En consecuencia, se trata de dar una interpretación determinada a ciertas cláusulas convencionales materia que sí es recurrible en suplicación.

### 3. JORNADA DE TRABAJO

#### **A) Calendario laboral: imposibilidad de grafiar como fiesta recuperable un día sin prestación de servicios por causa imputable a la empresa**

¿Puede grafarse en un calendario laboral como fiesta recuperable un día en el que no hubo prestación efectiva de servicios por causa imputable a la empresa?

Es este aspecto el que analiza la STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002, I.L. J 487, en la que una empresa eximió de trabajar a la plantilla de su centro de trabajo el día 2 de enero 2001, ya que se iba a proceder a la instalación de un martillo de carga en el centro de trabajo. Citado martillo no se montó ese día, razón por la que la empresa grafió en el calendario laboral del año en curso, el día 2 de enero de 2001 como fiesta recuperable.

La Sentencia que comentamos, entiende no ajustada a derecho citada actuación por aplicación de lo dispuesto en el art. 30 del Estatuto de los Trabajadores, conforme el cual, el trabajador conserva el derecho al salario de los días en que no pudiera prestar servicios por causa imputable al empresario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.

#### **B) Descansos compensatorios. Su reducción exige cumplir las exigencias del artículo 41 ET por entrañar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

La disminución de los días de descanso compensatorio por exceso de jornada, puede ser considerado modificación sustancial de condiciones de trabajo, conforme establece la STSJ de Asturias de 25 de enero de 2002, I.L. J 86.

El supuesto de hecho contenido en esta Sentencia parte de la existencia de una subrogación empresarial entre dos empresas, con motivo de la cual se suscribió un acuerdo entre

## V. Dinámica de la Relación Laboral

el comité y ambas empresas (cedente y cesionaria), de fecha 30 de diciembre de 1999, en virtud del cual, la cesionaria se obligaba a respetar los días de descanso compensatorio que por exceso de jornada venían disfrutando en la cedente.

La cesionaria, en un momento determinado, ajusta el horario de los trabajadores afectados adelantando la hora de salida, a fin de minimizar los excesos de jornada, motivo por el cual, los descansos compensatorios disminuyen proporcionalmente.

Impugnada esta decisión por la plantilla de trabajadores afectados, concluye el tribunal la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, que como tal, debe respetar los cauces y procedimiento del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, sin que resulte posible, la decisión unilateral de la empresa sobre el particular.

### **C) INSALUD. El descanso mínimo semanal del personal estatutario es de 36 horas ininterrumpidas cuando realizan guardias de presencia localizada durante el fin de semana**

Analiza la STSJ de Asturias de 8 de febrero de 2002, I.L. J 309, cuál debe ser el descanso mínimo semanal del personal estatutario del INSALUD, cuando realizan guardias de presencia localizada durante el fin de semana.

Concluye la Sentencia con apoyo en el Acuerdo celebrado entre la Administración y las organizaciones sindicales más representativas alcanzado el 22 de diciembre de 1992, que los trabajadores que se encuentren en servicio de guardia localizada y siempre que se realicen servicios efectivos en el centro hospitalario, tienen derecho a disfrutar de un descanso mínimo semanal de 36 horas al finalizar la citada guardia localizada.

Lo que no se estima es el derecho a gozar de un descanso de 11 horas diarias en el curso de cada período de veinticuatro horas, sobre la base de que la Directiva Comunitaria 93/104, de 23 de noviembre, permite excepciones a los períodos de descanso (entre ellos el de 11 horas consecutivas) siempre que la jornada anual laboral no exceda del máximo establecido y existan causas organizativas que lo justifiquen.

### **D) La jornada máxima semanal de los Facultativos Especialistas de Área que prestan servicios para el INSALUD asciende a 48 horas semanales, incluyendo el tiempo empleado en la atención continuada**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de abril de 2002, I.L. J 813, aborda cuál es la jornada máxima semanal de un Facultativo Especialista de Área que presta servicios como personal estatutario en el INSALUD.

Concluye la Sentencia que reseñamos, el derecho de estos Facultativos Especialistas de Área a una jornada máxima de 48 horas semanales incluyendo el tiempo de trabajo empleado en atención continuada. Las horas prestadas fuera de este máximo legal tendrían la consideración de horas extraordinarias.

Para llegar a esta conclusión, el TSJ de Castilla y León asimila los FEAS o Facultativos Especialistas de Área a los médicos de atención primaria, respecto de los cuales, ya decla-

rara en su día el TJCE en Sentencia de fecha 3 de octubre de 2000, que les resultaba aplicable la Directiva Comunitaria 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993 y la directiva base 89/391/CEE.

En aplicación de los arts. 6.2 y 17.1 de la Directiva del año 1993, concluye la Sentencia que comentamos:

“1º) La duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecido en 48 horas, incluidas las extraordinarias por cada período de 7 días constituye un mínimo garantizado por dicha disposición que sólo puede ser excepcionado en su aplicación a través de medidas legales, reglamentarias o administrativas.

2º) El tiempo de atención continuada prestado en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, y en su caso horas extraordinarias en el sentido de la directiva 93/104.”

En idéntico sentido, se había pronunciado con anterioridad la STSJ de Valencia de 5 de febrero de 2001 (recurso 21/2000), confirmada en vía casacional por la STS de 1 de abril de 2002 (recurso 1183/2001), STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2002 (recurso 820/2001) y STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2001 (recurso 5/2001).

**E) La retribución del exceso de jornada realizada por el personal facultativo médico del INSALUD, debe hacerse conforme la cuantía establecida para el complemento de atención continuada y no respecto al valor de la hora ordinaria**

Comentábamos en el apartado anterior, el límite máximo de jornada de los médicos de atención primaria y también de los Facultativos Especialistas de Área, establecido actualmente en 48 horas semanales por aplicación de normativa y jurisprudencia comunitaria.

Consecuencia de ello, se plantea el importe económico que deben recibir los facultativos médicos por el exceso de jornada que voluntariamente realicen los facultativos.

En este sentido, distintos pronunciamientos jurisprudenciales vienen entendiendo que el exceso de jornada, debe abonarse al precio establecido para la hora prevista en el complemento de atención continuada. En este sentido, se pronuncia la STSJ de Murcia de 18 de febrero de 2002, I.L. J 481.

Sin embargo, existen sectores doctrinales y jurisprudenciales que a la luz de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000, postulan que el exceso de jornada debe abonarse como si de hora ordinaria se tratara. Señalaba esta Sentencia que el tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo efectivo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria. Por ello, se concluye que las horas de Atención Continuada en régimen de presencia física deban ser consideradas como horas de trabajo efectivo y retribuidas conforme al valor de la hora ordinaria.

Esta línea de interpretación ha sido asumida por la **Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Burgos de 31 de enero de 2001** (Procedimiento 1020/2002) y **Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Logroño y provincia** (Procedimiento 46/2002).

### 4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

#### **A) Movilidad geográfica. Traslado de mutuo acuerdo. Interpretación del artículo 30 del V Convenio Colectivo de Repsol**

La STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002, I.L. J 218, examina el derecho o no del trabajador trasladado a instancia suya de la indemnización prevista en el art. 30 del V CC de Repsol, llegando a la conclusión de que no tratándose de traslado forzoso ni traslado convenido con la empresa, sino que se trata de un traslado por interés propio del trabajador y por ello no procede indemnización alguna pues lo trascendente para la obtención de la indemnización no es la forma en que se solicite, sino la verdadera naturaleza del traslado, siendo indistinto la formalidad o no de la petición cursada, por lo que se revoca la sentencia de instancia.

#### **B) Movilidad geográfica. Resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador**

La STSJ de Asturias de 8 de febrero de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 310, examina el supuesto de cierre de centro de trabajo y traslado a otro, y señala que “con la decisión empresarial el trabajador debe recorrer diariamente, desde su domicilio unos 53 kilómetros en condiciones difíciles lo que determina una mayor dificultad para acudir al trabajo y para regresar a su domicilio lo que, como mantiene la resolución impugnada, supone la necesidad de cambio de domicilio equivalente a un traslado que conforme al citado art. 40.1 confiere al trabajador el derecho a optar por la extinción de su relación laboral con derecho a indemnización”.

#### **C) Movilidad geográfica. Tutela de la libertad sindical. Caducidad de la acción**

El trabajador miembro del comité de empresa ejerció la del procedimiento especial de tutela de la libertad sindical contra la decisión de la empresa de traslado de una población a otra sin que suponga cambio de residencia, dejando por ello sin efecto uno anterior entre las mismas poblaciones a petición del trabajador, y ello por entender que tal medida está motivada por su condición de miembro del comité de empresa. La

STSJ de Asturias de 26 de abril de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 804, el ejercicio del plazo para la impugnación de tal decisión señalando que la decisión que se impugna se enmarca en el art. 40 ET “ya que implica un traslado del actor a un centro de trabajo distinto de la empresa y aunque no suponga, en este caso cambio de residencia, ello no es óbice para que se trate de una decisión empresarial sobre movilidad geográfica”. La cuestión nuclear que da respuesta es “la conexión entre la tutela de un derecho fundamental que en principio no prescribe nunca y la limitación temporal del ejercicio de la acción” concreta, lo cual como destaca “el derecho a reaccionar contra una determinada agresión que se considere atentatoria del libre ejercicio de la libertad sindical ha de quedar encuadrado en el ámbito temporal marcado por el propio ordenamiento laboral, que en este caso son 20 días hábiles, desde la notificación de la decisión”. Por tanto ejercitado fuera del plazo de los 20 días se entiende caducada la acción.

Tal sentencia entiendo contradictoria con la línea jurisprudencial (SSTS de 21 de febrero de 1997; 28 de abril de 1997, 22 de julio de 1997) por la que el art. 59.4 ET se aplicará siempre y cuando tal modificación sustancial se haya llevado a cabo con los requisitos formales del art. 41 ET, pues de lo contrario como señala la STS de 10 de abril de 2000, la acción no está sujeta a plazo alguno pudiendo impugnarse en cualquier momento, y es que la lectura del hecho probado 4º de la sentencia pudiera desprenderse que no hay requisito formal alguno de la toma de decisión por el empresario.

## 5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

### **A) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.a) ET**

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de enero de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 136, analiza el supuesto de trabajador oficial de 1ª de mantenimiento, y realizando funciones de recaudación y reparación de máquinas recreativas, desde seis meses antes de la sentencia de instancia dejó de realizar tales funciones, y conforme al acta de la Inspección de Trabajo, recogida en los hechos probados, sin signo alguno de realizar actividad laboral, por lo que el trabajador instó la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50.1.a) ET. La misma llega a la conclusión de encontrarse en el supuesto previsto en la citada norma, pues se dan los dos presupuestos conjuntamente, una modificación sustancial de condiciones de trabajo interpuesta unilateralmente por el empresario (de realizar funciones de recaudación y reparación de averías a ninguna actividad) y que la decisión de éste resulta lesiva para la formación profesional o la dignidad del trabajador, lo que es claro al no efectuar actividad profesional alguna.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

### **B) Cambio de jornada con incidencia en días de descanso que supone variación sustancial de condiciones del contrato de trabajo**

Los trabajadores venían prestando servicio en jornada laboral de turnos, con ciclos de 4 semanas, tres semanas en turno de mañana y la cuarta en turno de tarde, siendo compensado el exceso de la misma con días de descanso. La empresa notificó al Comité de Empresa y trabajadores un cambio de jornada amparado en el art. 41 ET, por razones organizativas y productivas, causando ello en los trabajadores que los viernes cuando se trabaja en turno de mañana, el horario será de 8,00 a 14,00 (antes lo era de 8,00 a 16,00 horas) y en el turno de tarde desde las 14,00 a las 20,00 horas (antes de las 14,00 a las 22,00 horas), reduciéndose por ello a dos días y 7 horas los días de descanso compensatorio por exceso de jornada. La STSJ de Asturias de 25 de enero de 2002, I.L. J 86, llega a la misma conclusión que el juzgado *a quo*, en el sentido que ello supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo “en cuanto origina una reducción de los días de descanso por exceso de jornada”, por lo que y afectando a un colectivo de trabajadores y no habiéndose llevado a cabo conforme las exigencias del art. 41.4 ET es por lo que se entiende la modificación colectiva injustificada.

### **C) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Indemnización. Caducidad**

La STSJ de Madrid de 8 de enero de 2002, I.L. J 194, examina el supuesto de trabajador vigilante de seguridad en un determinado centro de trabajo, empresa que rescinde el contrato de arrendamiento de servicios por lo que la empleadora notifica al trabajador manifestándole tal circunstancia y que le recolocaría en otro servicio. Por carta de 20 de mayo de 2000 le comunicó su nuevo destino con lo que el cese en la prestación de servicios para la empresa anterior se produciría el 26 de mayo de 2000, debiendo presentarse ante el jefe de servicios o inspector del nuevo centro de trabajo para que le informara de días, turnos, horarios, etc. Por carta de fecha 5 de junio de 2000, la empresa reitera el servicio de seguridad a prestar por el trabajador sin portar armas. El trabajador por burofax de fecha 16 de junio de 2000, comunica a la empresa que el cambio le supone perjuicios personales como familiares, lo que entiende supone una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, por lo que ejercita su derecho a rescindir su contrato de trabajo con efectos al 2 de julio de 2000 y a percibir la indemnización legal. Ante ello la citada sentencia revoca la dictada por el Juzgado, pues entiende con amparo en el art. 59.4 ET la caducidad de la acción, dado que el plazo lo es de 20 días después de haberse producido el cambio de horario, lo que operó el 3 de junio de 2000, esto es 4 meses antes del ejercicio de la acción jurisdiccional y destacando “el plazo de prescripción general de 1 año al que hace referencia el FD 3º de la sentencia que se recurre, establecido para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial (art. 59.1 ET) sólo sería aplicable, según reiterada jurisprudencia, al caso del art. 50.1.a), ‘modificación sustancial de condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad’, y éste no es el caso de autos”.

**D) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Acumulación indebida de acciones. Accesibilidad al recurso de suplicación. Recurso de queja**

El trabajador ejercitó dos acciones, una relativa a la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo y otra dirigida al reconocimiento de una determinada antigüedad por cuanto que la relación laboral llevada a cabo con las cuatro sociedades demandadas era continuada. La empresa ante la sentencia de instancia estimatoria, recurrió en suplicación lo que no le fue admitido, por lo que ante la Sala de lo Social interpuso Recurso de queja, dictándose resolución por la Sala de lo Social del **TSJ del País Vasco en fecha 15 de enero de 2002**, I.L. J 235, por la que se inadmite el mismo, pues, si bien, se ha producido una indebida acumulación de acciones, sin embargo “la sociedad quejosa no se opuso en juicio a esa acumulación de acciones, según lo revela el acta levantada, de tal forma que esa acusación la formula por vez primera en su recurso, sin haberla planteado antes al Juzgado, pese a que pudo hacerlo”, esto es admitió que el enjuiciamiento de las dos acciones se dirimiera bajo la modalidad procesal de la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, lo que le priva del acceso al recurso.

**E) Conflicto colectivo. Supresión del adelanto de la jornada en 20 minutos. Inexistencia de modificación sustancial de las condiciones del trabajo**

Los trabajadores de la empresa desde hace veinte años y como consecuencia de la contaminación venían disfrutando de los últimos 10 minutos destinados a labores de higiene y asimismo otros 10 minutos para comer el bocadillo. Desde hace 5 años reformaron las instalaciones de la fábrica. El conflicto surge como consecuencia de la aprobación del Convenio colectivo poniendo en marcha un nuevo calendario laboral y asimismo la empresa notifica a los trabajadores afectados el no uso de tales 20 minutos. La **STSJ de Asturias de 5 de abril de 2002**, I.L. J 801, analiza lo mismo y señala “la cuestión litigiosa no versa sobre modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo (...), sino del destino, ocupación o funcionalidad que han de darse a aquellos veinte minutos comprendidos en la jornada, y de la pervivencia de los motivos que originan dicho adelanto”, por tanto la causa se trataba de determinadas medidas de higiene y seguridad en el trabajo para evitar el efecto contaminante, y al momento actual al desaparecer la necesidad, “carece de sentido el adelanto de la jornada, medida que, por tanto, ninguna relación ni similitud guarda con la modificación sustancial que regula el art. 41 ET”.

**6. EXCEDENCIAS****A) Excedencia voluntaria por cuidado de hijo: Disfrute fraccionado**

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de enero de 2002**, I.L. J 137, analiza la cuestión referente al derecho al disfrute de un período de excedencia por cuidado de hijo de

## V. Dinámica de la Relación Laboral

una trabajadora que había disfrutado anteriormente de un período de excedencia por el mismo concepto, sin llegar a consumir el plazo de tres años que, como máximo, establece el artículo 46.3 ET.

La sentencia entiende que el precepto se limita a establecer el derecho a una excedencia de hasta tres años de duración, sin imponer que se disfrute en una sola ocasión, por lo que, fundándose esencialmente en la Directiva Comunitaria 96/34 que permite a los Estados miembros decidir si el permiso se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo, concluye que es posible el disfrute de esta excedencia de forma fragmentada.

### **B) Excedencia voluntaria. Administración pública y promoción interna**

La STSJ de Aragón de 16 de enero de 2002, I.L. J 71 (recurso 442/2001), analiza un supuesto en el que por parte de un trabajador al servicio de una Administración pública se participa en un proceso de promoción interna desde una situación de excedencia voluntaria por razón de incompatibilidad, situación que impide la adjudicación de plaza alguna, dado que según las bases de la convocatoria la condición de activo era requisito exigido tanto para la admisión como para la toma de posesión.

### **C) Excedencia voluntaria: Acciones frente a la negativa empresarial al reingreso**

La STSJ de Extremadura de 2 de enero de 2002, I.L. J 172 (recurso 613/2001), recuerda que frente a la negativa empresarial al reingreso desde la situación de excedencia, caben dos tipos de reacciones, la ordinaria de reincorporación al puesto de trabajo que ha de articularse por el procedimiento ordinario y la de despido, que ha de ser ejercitada por el procedimiento especial. En el caso enjuiciado la empresa denegó la petición de reingreso por falta de vacante, por lo que la vía adecuada era la del procedimiento ordinario, dado que no existe despido en los supuestos en que la empresa simplemente deja de contestar la solicitud del trabajador o cuando alega la inexistencia de vacantes, supuesto en el que habrá de discutirse en el proceso si existen circunstancias que justifiquen la negativa empresarial a acceder al reingreso.

### **D) Excedencia voluntaria. Reingreso**

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de febrero de 2002, I.L. J 388 (recurso 634/2001), considera que la decisión de la empresa, en este caso una Administración pública, de denegar el acceso al reingreso es ajustada a derecho, dado que tal petición se produce extemporáneamente, una vez vencido el plazo máximo de la excedencia y sin haber solicitado prórroga de la misma. Concluyendo que “el trabajador en situación de excedencia voluntaria tiene la obligación de solicitar, con anterioridad a finalizar el tiempo que le fue concedido, su reingreso, pues, de no hacerlo así, se viene a estar en presencia de un decaimiento o abandono del derecho”.

**E) Personal del INSALUD: Retorno a la situación de excedencia**

La STS de 9 de abril de 2002, I.L. J 771 (recurso u.d. 3352/2001), establece que los reingresados provisionalmente al servicio activo tienen la obligación de participar en el primer concurso de vacante que se convocase, solicitando todas las plazas básicas de la categoría, de forma tal que, el incumplimiento de esta última obligación, determina que pierda virtualidad el reingreso efectuado con carácter provisional y que, en consecuencia, proceda el retorno a la situación anterior.

La citada sentencia afirma que: “el personal estatutario que no participe en un concurso convocado dentro de su área no puede pretender continuar en aquella situación de provisionalidad de forma indefinida, puesto que ello quebraría el fin y la esencia de aquel reingreso; razón que permite a la Entidad Gestora de la que depende reintegrarlo a la situación de excedencia voluntaria en la que se hallaba antes del reingreso provisional como consecuencia derivada del hecho de no haber cumplido dicho interesado la condición de solicitar todas las plazas convocadas a la que la norma de aplicación anudaba aquel reingreso”.

**7. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO****A) Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo**

La STSJ de Navarra de 27 de enero de 2002, I.L. J 731 (recurso 36/2002), recogiendo los antecedentes legislativos, se refiere al nuevo supuesto de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, recogido en el art. 48.5 ET, considerando que la “situación protegida es, pues, el período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto”.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

**VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido.** A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas.

**3. El despido disciplinario.** A) Las causas que lo motivan. B) La forma del despido. C) El despido tácito. **4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La acción de despido. B) La caducidad de la acción. C) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria.

**1 CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En esta crónica se recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido emanada del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 1 a 4 del año 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813).

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, atinentes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de atención –con mayor o menor profusión o intensidad– en la

doctrina judicial. Se abordan después los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el “mutuo acuerdo de las partes” [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado “finiquito”. La STSJ de Madrid de 25 de enero de 2002, I.L. J 210 (recurso 5642/2001), rechaza el valor liberatorio del finiquito y revoca la sentencia de instancia ante la inexistencia de voluntad extintiva o carácter transaccional del documento.

Basa su decisión en el criterio del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de junio de 1998), según el cual:

“el finiquito es (...) el ‘remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas’. Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. Aquí el problema se sitúa primero en la determinación exacta del contenido de la declaración de voluntad y en este sentido hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral. Como ha señalado tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, el contenido del finiquito es variable y puede incorporar tanto un reconocimiento de que la relación laboral se ha extinguido, como la constatación del abono de la liquidación por las cuentas pendientes derivadas del desarrollo de la relación laboral y la conformidad con esa liquidación. Lo que sucede es que en el momento en que suele procederse a esta declaración –coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo– existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario. La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes –normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos– coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste. Pero la aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo (...) Para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario”.

La STS de 21 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 528 (recurso 2456/2001), se pronuncia a favor de la falta de fuerza extintiva del finiquito firmado entre dos contratos sucesivos que se sucedieron con tan sólo 8 días de separación.

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

La extinción del contrato durante el *período de prueba*, como causa consignada válidamente en el contrato [art. 49.1.b) ET], es analizada en diversas resoluciones:

– La **STS de 24 de enero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 118 (r.c.u.d. 1815/2001), valora un supuesto de relación laboral de carácter especial de minusválidos que prestan sus servicios en centros especiales de empleo, y declara la improcedencia del despido, toda vez que el período pactado supera el límite aplicable, y al no haber sido autorizado por el equipo multiprofesional, el Tribunal no considera válido tal pacto.

– La **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2002**, I.L. J 206 (recurso 4918/2001), declara la improcedencia del despido practicado dentro del *período de prueba* pactado, ya que éste superó al legalmente previsto, por lo que la extinción practicada con posterioridad a tal límite legal deviene improcedente.

“Remitiéndose el Convenio al artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores y estableciendo, por tanto, un período de prueba de seis meses exclusivamente para los técnicos titulados en puestos que precisen esta titulación y de tres meses para los demás trabajadores que desempeñen puestos de trabajo para los que no se exija titulación, obvio es que la empresa tenía la limitación legal de pactar, en el supuesto del actor, un período de prueba de tres meses, que fue ampliamente superado, reputándose en consecuencia el cese operado con posterioridad un acto de despido improcedente.”

– La **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 664, analiza la eficacia del *pacto de prueba*. En el supuesto de hecho la empresa desiste del contrato de un trabajador que había prestado previamente servicios para la empresa en la misma categoría profesional, en virtud de un contrato eventual que a su vez se sometió a período de prueba y concluyó por finalización y no por desistimiento. Para la Sala, no se ha producido un válido desistimiento sino un despido que califica como improcedente, ya que el pacto de prueba del segundo contrato carece de eficacia. Ahora bien, en el cómputo de la indemnización no tiene en cuenta la primera de las relaciones laborales dado el extenso tiempo transcurrido entre una y otra.

– La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002**, I.L. J 214 (recurso 5602/2001), declara la procedencia del despido realizado durante el *período de prueba* aun cuando el trabajador se encontraba en situación de Incapacidad Temporal. Señala la Sala que “el empresario puede extinguir el contrato por cualquiera de las causas legalmente establecidas aun estando el contrato suspendido por la situación de incapacidad temporal”.

Motiva la Sala que:

“el apartado 2º del artículo 14 (del Estatuto de los Trabajadores) establece que la resolución podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso, es decir en cualquier momento durante la vigencia del mismo, y, por consiguiente, también puede tener lugar durante la situación de incapacidad temporal el trabajador, cuando ésta se inicie dentro del período de prueba, por lo que, en fin, el recurso ha de prosperar, desestimándose la demanda del trabajador, por no existir despido sino resolución del contrato por no superación del período de prueba”.

– La **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2002**, I.L. J 458 (recurso 5876/2001), niega el despido y falla a favor de la válida extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba de un director financiero-administrativo, pactado en el contrato de trabajo y cuya duración se remitía a la prevista en convenio colectivo.

Confirma la extinción del contrato de interinidad la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 332 (recurso 35/2002), por la jubilación del funcionario al que sustituía la trabajadora, ya que “la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido, producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido”.

A la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET], se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 643 (recurso 142/2002). La Sala considera que se ha producido extinción de contrato y no despido de una trabajadora de empresa de limpieza, ya que el contrato tenía vigencia hasta que finalizase el contrato mercantil que la empresa mantenía con el Banco “y como éste ha finalizado por cierre de la sucursal de la entidad Bancaria, el contrato de trabajo se extingue por realización del servicio objeto del contrato”.

La **STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 718 (recurso 692/2002), declara válida la extinción del contrato de un entrenador de fútbol, que continúa prestando servicios para el club un día después a la finalización de la temporada. Señala la Sala conforme al RD 2720/1998, que “la prórroga tácita del contrato, de no haber mediado denuncia y continuar el trabajador prestando servicios, admite prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación, (...) (y) la prestación de servicios se prolongó durante un solo día (...) en razón a la conclusión del campeonato de fútbol, que, organizado por un tercero, cierra la temporada”.

A la extinción del contrato por invalidez permanente total para su profesión habitual de limpiadora [art. 49.1.e) ET], se refiere la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 331 (recurso 2083/2001). Para la Sala no es suficiente para considerar el despido improcedente el hecho de que “fuese adscrita con carácter provisional al puesto de ordenanza”.

La **STSJ de Asturias de 8 de febrero de 2002**, I.L. J 310 (recurso 3013/2001), reconoce el derecho del trabajador a la resolución de la relación laboral, con derecho a indemnización, como consecuencia del traslado empresarial del centro de trabajo [art. 40.1 ET], que supone la necesidad de un cambio de domicilio.

Por lo que respecta a la posibilidad de extinguir la relación de trabajo por voluntad del trabajador, motivada en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, lesiva para el trabajador [art. 50.1.a) ET], la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de enero de 2002**, I.L. J 136 (recurso 841/2001), falla a favor del derecho del trabajador a instar la rescisión contractual indemnizada y concreta cómo para que pueda prosperar tal acción “deben concurrir

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

conjuntamente los dos requisitos citados, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo interpuesta unilateralmente por el empresario, y otro que la decisión de éste resulta lesiva para la formación profesional o la dignidad del trabajador”.

Para la Sala:

“De los hechos que constan acreditados (...) se infiere que el actor ha sufrido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta por el empresario, pasando de realizar funciones consistentes en recaudación de máquinas recreativas y reparación de averías de las mismas, a no realizar trabajo alguno al no encomendársele ningún trabajo por la empresa durante la jornada laboral, y dicha modificación sustancial en las condiciones de su trabajo, que ha sido impuesta unilateralmente por el empleador, evidentemente resulta lesiva para la formación profesional del trabajador que durante la jornada laboral no puede efectuar actividad profesional alguna, siendo en consecuencia el supuesto que nos ocupa encuadrable en el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.”

### B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

#### a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido, se observan diversas resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. La **STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2002**, I.L. J 440 (recurso 6461/2001), declara la competencia del orden social, aplicando la doctrina unificada del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de junio de 1998 y 23 de junio de 1998) y la improcedencia del despido de un *transportista con vehículo propio* inferior a dos toneladas de peso máximo. El transportista que se dedicaba al reparto de mercancía de la empresa “Donuts”, con vehículo propio, no asumía el riesgo de las operaciones en que intervenía, carecía de locales propios, y seguía las instrucciones y directrices de la empresa, percibiendo por sus servicios la correspondiente contraprestación económica.

Para la Sala:

“Para que la relación sea laboral, no basta con que el vehículo con el cual se efectúa el reparo sea inferior al indicado tonelaje, sino que es preciso, además, que se cumplan todos los requisitos configuradores de la relación laboral, que se definen en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, a saber: a) la prestación de servicios personal y voluntaria; b) retribución salarial; c) ajenidad, expresada en la asunción del resultado del trabajo por parte del empleador con obtención de un beneficio. De lo que se deduce que se excluyen aquellas relaciones en que el prestatario del servicio es titular de una organización empresarial propia. (...)”

No ofrece ninguna duda que la competencia para conocer de la cuestión litigiosa corresponde al Orden Jurisdiccional Social, (...) (y) en virtud de pacto consensuado por las partes, la relación entre las mismas (debe) calificarse de relación laboral especial regulada en el RD 1438/1985, (...) de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de otra.”

La STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2002, I.L. J 455 (recurso 5861/2001), declara la competencia del orden social para conocer del despido verbal al director técnico de Orquesta Filarmónica, que no había sido dado de alta ni en el régimen general ni especial de la Seguridad Social, y declara su improcedencia.

La STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002, I.L. J 488 (recurso 2934/2001), declara la competencia del orden social para conocer de la demanda por despido de un director administrativo, calificando la relación como laboral y no mercantil. El Tribunal Superior confirma la improcedencia del despido realizado verbalmente. Motiva la calificación de la relación laboral:

- “1. Se ha probado (...) la categoría profesional (nota característica del contrato de trabajo), el salario (contraprestación por el trabajo y que no puede confundirse con honorarios);
2. Se ha probado la ajenidad bajo la expresión ‘prestando sus servicios para la empresa’;
3. Se recogen notas y características de la relación que mantenía el actor con la recurrente, y
4. El informe de la Inspección de Trabajo –que no consta que hubiera sido impugnado y que goza de presunción de veracidad– contiene datos sobre la relación común y laboral.”

#### **b) Responsabilidad empresarial por despido en las contrata y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas**

Niegan la subrogación empresarial respecto de empleados de seguridad privada y condenan exclusivamente a la empresa saliente por la improcedencia del despido resoluciones como la STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2002, I.L. J 173 (recurso 664/2001). El fundamento en que la Sala basa su decisión consiste en la no concurrencia de los requisitos del Convenio colectivo aplicable para que opere la subrogación obligatoria, concretamente “una antigüedad real mínima de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en la que la subrogación se produzca”. La STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2002, I.L. J 430 (recurso 63/2002), resuelve con el mismo criterio, al ser la antigüedad del trabajador inferior al mínimo requerido.

La STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2002, I.L. J 429 (recurso 66/2002), falla a favor de la no subrogación obligatoria respecto de un empleado de empresa de seguridad por exención convencional, ya que del mismo se deduce que “la subrogación no es obligatoria para el nuevo contratista cuando el arrendatario del servicio suspende o reduce el mismo por período superior a doce meses”.

En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002, I.L. J 239 (recurso 30/2002), rechaza la sucesión y subrogación en el contrato de un trabajador de empresa de limpieza. Para la Sala tal subrogación no puede operar al no haber prestado servicios el trabajador en los tres meses anteriores, en los centros en los que fue adjudicataria la empresa de limpieza saliente, tal y como prevé el Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STS de 23 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 43 (r.c.u.d. 1759/2001), revoca la sentencia de suplicación, y niega la responsabilidad solidaria de las empresas demandadas, pues “no se probó el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la confusión de plantillas, de patrimonios, unidad de dirección, ni la existencia de caja única”. La resolución reproduce la doctrina jurisprudencial, ya expresada en otras resoluciones, como la Sentencia de 26 de septiembre de 2001, sobre grupos de empresas y la responsabilidad patrimonial de las empresas del grupo.

“El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que ‘no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales’ (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993). No puede olvidarse que, como señala la Sentencia de 30 de junio de 1993, ‘los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son’. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987). 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS de 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987). 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio de 1989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS de 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993), y todo ello teniendo en cuenta que ‘salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del ET (SS de 26 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993), entró en el examen de si en el caso de autos allí contemplado idéntico al del presente recurso existía o no dicha responsabilidad llegando a una conclusión negativa, pues si bien era cierto que las empresas demandadas formaban parte de un grupo de empresas, manteniendo relaciones mercantiles, coincidiendo el domicilio de las mismas, de ello no se derivara su condena solidaria, que iría contra la previsión del art. 1137 C. Civil pues cada sociedad tenía personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios sin que de los hechos probados se deduzca que concurran los requisitos exigidos por la jurisprudencia para decretar dicha responsabilidad, al tratarse de empresas que por objeto social tenían actividades distintas aunque complementarias.”

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de enero de 2002, I.L. J 144 (recurso 2137/2001), aplica la doctrina del “levantamiento del velo” y condena a las empresas del grupo por la responsabilidad en el despido de los trabajadores. Considera que las empresas demandadas constituyen un grupo de empresas, ya que “se dan los requisitos de trabajo para ambas empresas, cualquiera que fuera la sociedad para la que nominalmente figuraban en alta, unidad de caja, traspaso continuo de fondos entre las cuentas de una y otra y comunicación de las dependencias de una y otra sociedad, al tiempo que (una de ellas) es titular del 99,96 por ciento del capital social de (otra), ambas poseen prácticamente el mismo Consejo de Administración y el mismo gerente. La existencia de tal Grupo empresarial sin duda configura un supuesto de unidad empresarial y empleadora única, toda vez que los trabajadores no lo son de cada una de las empresas del grupo sino del grupo en su conjunto, al ser éste el que recibe la prestación de servicios a que se refiere el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia de que, desde el punto de vista meramente formal, sea varias y distintas las sociedades integrantes del único empleador existente”. Para la Sala:

“No cabe reputar ineficaz la decisión extintiva adoptada por la sociedad matriz del grupo cuando la autorización extintiva se concede a una de las sociedades que lo integran, en supuestos en que la pluralidad societaria es una mera apariencia o instrumento de la única realmente existente (la matriz). En tales supuestos la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo (subyacente en todos los supuestos de afirmación de empresa única pese a aparente pluralidad subjetiva), conlleva la conclusión expuesta.”

La STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2002, I.L. J 454 (recurso 5834/2001), declara la responsabilidad solidaria entre empresas por haberse producido cesión ilegal de trabajadores, ya que “a pesar de la formal suscripción entre (las dos empresas), de un contrato administrativo para la Conservación y Mantenimiento de Instalaciones eléctricas en los edificios RTVE en Madrid, los presupuestos fácticos (...) conforman un claro caso de cesión ilegal de trabajadores, en el que la empresa contratista, que no es una empresa aparente o ficticia ni una ETT –art. 43 del ET–, se limita esencialmente a poner mano de obra a disposición de la empresa principal”. Alude la Sala a la doctrina vertida en casación sobre la cesión ilegal de trabajadores y su distinción con la lícita contrata de obras y servicios se contiene, entre otras, en STS de 25 de octubre de 1999:

“Existe una verdadera subcontratación cuando la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa (SSTS de 17 de noviembre de 1993 y 11 de octubre de 1993) entendiéndose que para poder declarar su existencia le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad, con asunción del riesgo correspondiente, y manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección (STS de 17 de enero de 1991 y STS de 31 de enero de 1995). No obstante, cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias debe acudir a determinar la concurrencia de otras notas, como que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (STS de 17 de enero de 1991), o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para otra (STS de 16 de noviembre de 1989), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (SSTS de 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997). (...) habida cuenta, que aún siendo cierta la adjudicación del servicio de Conservación y Mantenimiento de Instalaciones Eléctricas en los edificios de RTVE en Madrid a la codemandada 'Bernal Montajes y Climatización, S.L.' (...) y que esta última entidad es una empresa real que además, y (...) cuenta con organización y medios propios, sin embargo (...) la actividad contratada no parece haber consistido, en su desarrollo práctico, sino en el mero y simple suministro de la mano de obra necesaria para la prestación del servicio pactado (...) La contratista destinó a dos trabajadores (...) para la prestación de los servicios contratados en los locales de RTVE, SA, quienes dependían del trabajador Gregorio J., empleado de 'RTVE, SA', en la distribución del trabajo a realizar, y en el establecimiento de los turnos a desarrollar en los servicios eléctricos, recibiendo además órdenes sobre el trabajo encomendado únicamente del mencionado Sr. J. (...) Cuando necesitaban material acudían al almacén de 'RTVE, SA', que se lo suministraba. Para efectuar desplazamientos dentro del centro utilizaban un vehículo de 'RTVE, SA' y salvo para el abono de salarios, o la fijación de vacaciones, no consta intervención alguna de los responsables de la contratista. Por ello, y conforme a la doctrina citada, al no constar que en la ejecución de los servicios contratados se haya puesto en práctica, por la empresa contratista, su organización y medios propios, al haberse fundamentalmente limitado su actividad al suministro de mano de obra o de la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del servicio, se ha de concluir concurre un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, en aplicación de lo dispuesto en el art. 43 del ET."

### 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

#### A) Las causas que lo motivan

A la trasgresión de la buena fe contractual se refiere la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de enero de 2002, I.L. J 135 (recurso 846/2001). Confirma la sentencia la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que participa individualmente en un procedimiento referente al servicio de cesión y explotación del bar-cafetería y comedor del Hospital de Segovia, presentando una proposición económica propia, semejante a la presentada por la empresa para la que trabajaba, con una minoración individualizada de los listados de precios. Considera la Sala que "no sólo ha concurrido con la actividad de la empresa, vulnerando la prohibición contenida en el artículo 5.d) del Estatuto de los Trabajadores al presentarse al procedimiento negociado sin publicidad (...) al que también concurría la empresa, sino que además fijó las condiciones de su oferta, esencialmente la proposición económica referente al listado individualizado de precios, prevaleciendo del conocimiento que tenía, por su cargo y por haber participado en la elaboración de la proposición económica (de la empresa para la que trabajaba) lo que le permitió efectuar una oferta con precios inferiores". No obstante, la sentencia revoca par-

cialmente la sentencia de instancia que había condenado al trabajador al pago de una multa, dejándola sin efecto, ya que “no cabe apreciar mala fe en la actuación procesal del trabajador que acciona contra el despido (...) (máxime teniendo en cuenta que) (...) en el supuesto de que no accione por despido no se le considera en situación de desempleo”.

A la *desidia y negligencia profesional* alude la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de enero de 2002**, I.L. J 135 (recurso 846/2001). Declara la sentencia la procedencia del despido de un vigilante de seguridad en Centro de Menores, de gran conflictividad. El comportamiento del vigilante que “abandonó momentáneamente el Módulo cuya vigilancia tenía encomendada, para tomar un café” y, mientras tanto “consiguió un menor consumir su huida”, “dejó abierta unos momentos la puerta exterior por haber entrado un camión de reparto”, produciéndose la fuga de otro interno” evidencia una clara negligencia profesional determinante de la procedencia del despido.

### **B) La forma del despido**

A la improcedencia que provoca el *despido verbal* se refiere la **STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 438 (recurso 5/2002), al entender que se ha producido un despido verbal y no el desistimiento unilateral del trabajador, “por lo que al no haber sido notificado por escrito (art. 55 ET), debe ser declarado improcedente”. La **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2002**, I.L. J 455 (recurso 5861/2001), analiza otro supuesto de *despido verbal*, y declara improcedente el despido. [Vid. *supra* VI.2.B).a) y VI.5.B).]

### **C) El despido tácito**

La **STSJ de La Rioja de 10 de enero de 2002**, I.L. J 242 (recurso 278/2001), califica como despido tácito el practicado a un trabajador que había ostentado la condición de *director gerente* de la empresa. Considera que no ha existido un abandono por parte del trabajador. Para la Sala son determinantes los actos realizados por la empresa a partir del día 2 de mayo de 2001, “consistentes, básicamente, en la revocación de poderes, en la retirada de todos los elementos de su trabajo, y en el impago de su salario”. Tales hechos hicieron presumir al trabajador que a partir del mencionado día 2 de mayo había sido despedido de forma tácita, “al no haber mediado documento alguno, de forma verbal o expresa”. Señala que:

“a las actuaciones realizadas por la empresa el día 2 de mayo, confirmadas por actos coetáneos y posteriores, sólo le faltaba la emisión de una carta de despido, precisamente, por faltar dicha carta es por lo que la empresa ha incumplido el requisito formal previsto en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores; de modo que tal acto extintivo ha de calificarse como despido improcedente”.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

### 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

#### A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del ET

La STS de 13 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 334 (r.c.u.d. 1436/2001), resuelve en unificación de doctrina a favor de la procedencia de amortizar el puesto de trabajo de una cocinera-limpiadora de la Congregación de la Misión de San Vicente de Paul, en Madrid, motivado en el descenso de matriculación en los últimos cursos hasta que en el último curso no ha existido matriculación alguna. Para la Sala:

“cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo. En definitiva, podría afirmarse que las causas tecnológicas, organizativas y de producción afectan al funcionamiento de una unidad, pero no colocan a la empresa en una situación económica negativa, todo ello sin descartar la posibilidad de concurrencia de unas y otras”.

El mismo criterio se sigue en la STS de 19 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 514 (r.c.u.d. 1979/2001), que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por una cocinera-limpiadora de la Congregación de la Misión de San Vicente de Paul, en Burgos. El Tribunal considera procedente el despido objetivo por causas económicas.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de marzo de 2002, I.L. J 648 (recurso 204/2002), confirma la válida extinción de un contrato por causas organizativas y de producción, motivado en que en el centro de trabajo del actor, y en los últimos tres años “se ha producido un descenso progresivo en el volumen de ventas, que los gastos de personal, en igual período, han aumentado considerablemente; el descenso de ventas ha conllevado a una minoración de los beneficios y que la plantilla esté sobredimensionada, así como que la óptima utilización de los recursos, exige la amortización del puesto de trabajo del actor, con el fin de adaptarla al nuevo volumen de ventas y actividad”. Señala al respecto la Sala que:

“amortización de puesto de trabajo no cabe equipararlo a desaparición de las funciones en tal puesto desempeñadas, pues tanto se amortiza un puesto cuando se suprime del organigrama, y con él las funciones, como cuando se suprime una plaza de la plantilla y sus funciones pasan a ser desempeñadas por otro operario de la empresa antes infrutilizado”.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de marzo de 2002, I.L. J 655 (recurso 635/2002), declara la válida extinción del contrato de una profesora de Derecho del Trabajo de la Escuela de Relaciones Laborales de Valladolid, por causas objetivas, motivadas en el descenso en la matriculación de alumnos, motivo por el que se opta por eliminar el turno de mañana en el que desempeñaba la docencia la trabajadora. Para la Sala la actual redacción del Estatuto:

“permite la supresión individualizada de puestos de trabajo, por circunstancias productivas o de reorganización de los medios personales, para adaptar el resultado productivo de bienes o servicios, a las exigencias de la demanda o del mantenimiento de la necesaria competitividad en una economía de mercado, como instrumento que permita el buen funcionamiento de la empresa en términos de razonabilidad económica, eludiendo así el riesgo para su mantenimiento o viabilidad futura y la subsiguiente permanencia o conservación de los puestos de trabajo no amortizados, supresión que a diferencia de la determinada por causas reales y actuales de índole económica, no conlleva una situación de desequilibrio contable o de resultados, y por ello negativa, en la que la medida extintiva cumple una función defensiva, sino que examinadas obedecen a fines, de carácter preventivo o positivo, tratando de mantener ‘la salud’ o viabilidad futura, eliminando sobredimensionamientos de plantillas, atendiendo criterios objetivos de demanda o competitividad, ya que en otro caso mantener puestos de trabajo que han dejado de cumplir su función económica, y por ello resultan innecesarios, es contrario más elementales de racionalidad productiva, y obviamente entrañan dificultades para el buen funcionamiento futuro; y dadas las afirmaciones fácticas de instancia (...), si el Centro docente de titularidad privada, financiado fundamentalmente con las tasas de matrícula, en el que venía ocupada la actora, ha experimentado en los últimos cursos una acusada disminución de matrícula, (...) particularmente acusada en las materias que impartía aquella (...), enseñanzas que eran asimismo profesadas por otros docentes (...) es claro, que tal disminución de alumnado puede ser razonablemente atendido por estos últimos, docentes dada la ratio existente en los cursos anteriores y concretamente en los cursos 1996/97 a 1998/99, a partir de los cuales se ha agudizado tal merma, lo que hace determinado la reestructuración general, de las horas lectivas, a partir del curso 2001/2002, sin que la supresión del puesto de trabajo, objeto de litigio, haya supuesto el incremento de las horas lectivas asignadas a quienes continúan impartiendo dichas materias”.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de abril de 2002, I.L. J 812 (recurso 675/2002), declara la improcedencia del despido por causas objetivas basado en la disminución transitoria, durante dos meses, de la actividad de la empresa, ya que para poderse practicar este tipo de despidos se exige “que tales dificultades tengan una cierta proyección en el tiempo”, excluyéndose, cuando como en el caso analizado han sido de una duración que no alcanza los dos meses.

### **B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación**

La STS de 15 de marzo de 2002, Sala Tercera, I.L. J 609 (recurso 8584/1996), anula los actos administrativos, en lo relativo al trabajador recurrente, que homologan los acuerdos

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

suscritos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y que autorizaban la extinción de 65 puestos de trabajo en los centros de Gijón, Madrid, Bilbao y Sevilla, por falta de representación. Considera que el Comité de Empresa se excedió en su ámbito de representación al extender su acuerdo respecto de los trabajadores pertenecientes a centros situados fuera de Asturias.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de marzo de 2002, I.L. J 645 (recurso 148/2002), niega la responsabilidad del FOGASA en el pago de la indemnización por despido objetivo acordada en acto de conciliación, porque “no debe de responder de la indemnización por despido (...) ya que dicha indemnización no ha sido reconocida por sentencia o resolución administrativa”.

### 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

#### A) La acción de despido

La STSJ de Extremadura de 2 de enero de 2002, I.L. J 172 (recurso 613/2001), analiza un supuesto de negativa empresarial al reingreso desde una situación de excedencia. Confirma la sentencia de instancia que desestima la demanda por *falta de acción*. La que debió ser ejercitada por el trabajador fue la de reingreso y no la de despido, al no existir voluntad de la empresa de extinguir la relación laboral, sino constituir tan sólo una simple negativa al reingreso motivada en la inexistencia de vacante idónea. Para la Sala en estas situaciones pueden ejercitarse dos tipos posibles de acciones: “la ordinaria de reincorporación al puesto de trabajo que habrá de articularse por el procedimiento ordinario, y la de despido que ha de ser ejercitada por los trámites especiales de este procedimiento. Este último cauce tan sólo cabe cuando la negativa a readmitir es clara y terminante”.

La STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002, I.L. J 716 (recurso 479/2002), niega la existencia de contrato de trabajo y por tanto de despido. Considera la Sala que la lectura de una obra de teatro, en el primero de los ensayos, no constituye una manifestación de un concurso de voluntades que dé lugar a una relación laboral.

#### B) La caducidad de la acción

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de abril de 2002, I.L. J 808 (recurso 336/2002), declara *caducada* la acción de despido respecto de un trabajador al que se notifica el despido el 7 de agosto de 2001, con efectos del mismo día, presenta papeleta de conciliación el día 20 del mismo mes, y demanda el día 9 de octubre. Basa su decisión en que el plazo de caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días desde su presentación sin que se haya celebrado.

Desestima la excepción de *caducidad* la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2002, I.L. J 438 (recurso 5/2002). La STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2002, I.L. J 455 (recurso 5861/2001), declara la improcedencia del despido verbal al director técnico de Orquesta Filarmónica, al haberse ejercitado la acción en plazo. [Vid. *supra* VI.2.B).a).]

La STS de 27 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 547 (recurso 2267/2001), se pronuncia sobre el plazo para ejercitar la acción de despido respecto de una profesora de FP con sucesivos contratos de obra o servicio que se renovaban cada curso escolar. Para la Sala la acción está ejercitada en plazo, ya que el despido no se produjo el 30 de junio de 1999, en el momento de la finalización del curso escolar, “sino aquel otro en que no fueron llamadas para el nuevo, que comenzaba, como cada año, el dos de septiembre”.

La STC 58/2002, de 11 de marzo, I.L. J 603 (recurso de amparo 4177/1998), otorga el amparo a la recurrente por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, respecto de una trabajadora que presentó papeleta de conciliación en Organismo incompetente (CMAC de Cádiz en lugar del de Algeciras). Considera el Tribunal que el cómputo del plazo de caducidad para la acción de despido debió haberse suspendido, por lo que a fecha de presentación de la demanda ante el órgano judicial, la acción no había caducado; ya que “la finalidad de la conciliación se había cumplido materialmente, puesto que las partes tuvieron la oportunidad de lograr una avenencia extraprocesal, certificándolo así el CMAC en el cual se celebró el acto”.

### C) El procedimiento por despido

La STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2002, I.L. J 708 (recurso 229/2002) analiza y falla a favor de que, declarada la nulidad de un despido por causas objetivas por defectos formales, pueda practicarse un nuevo despido, que no tiene por qué ser subsanación de los defectos formales del anterior; sino que puede ser independiente y basado en causas diversas del anterior.

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo [art. 54.2.a) ET] que dan lugar al despido son analizadas en la STSJ de Murcia de 25 de febrero de 2002, I.L. J 483 (recurso 93/2002). La sentencia declara la procedencia del despido de dos Auxiliares de Ayuda a domicilio que “piden permiso los días clave para dejar sin servicio a las personas más necesitadas durante una semana”, y pese a que el Ayuntamiento para el que trabajan les explica los motivos por los que no otorga el permiso, no asistieron al trabajo, ni justificaron su inasistencia. Tal hecho es considerado como “de una gravedad y entidad suficiente” que merece el despido.

A la trasgresión de la buena fe contractual, así como al abuso de confianza en el desempeño del trabajo se refiere la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de enero de 2002, I.L. J 135 (recurso 846/2001), en la que confirma la sentencia de instancia y con ello la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que participa individualmente en un procedimiento referente al servicio de cesión y explotación del bar-cafetería y comedor del Hospital de Segovia. El trabajador presentó una proposición económica propia, simi-

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

lar a la presentada por la empresa para la que trabajaba, con una minoración individualizada de los listados de precios. [Vid. supra VI.3.A).]

A la *desidia y negligencia profesional* como causa justa de despido alude la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de enero de 2002, I.L. J 135 (recurso 846/2001). Declara la procedencia del despido de un vigilante de seguridad en Centro de Menores, de gran conflictividad. A causa del abandono momentáneo del trabajador de su puesto de trabajo un menor consiguió consumir su huida, y favoreció la fuga de otro al dejar abierta unos momentos la puerta exterior tras entrar un camión de reparto. [Vid. supra VI.3.A).]

### 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

#### A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La extinción improcedente de *contratos de obra o servicio* es analizada en diversos supuestos.

– La STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2002, I.L. J 150, declara la improcedencia de la extinción de un *contrato para obra o servicio determinado* con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, al considerarlo realizado en fraude de ley. “El contrato para obra o servicio se caracteriza esencialmente por que la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actuación que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo y responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario. Únicamente puede acudir a esta modalidad contractual cuando la obra o servicio a realizar tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pero no cuando se trate de la realización habitual y ordinaria de las tareas que constituyen la actividad empresarial.” La decisión de la Sala se basa en que:

“el que el organismo demandado utiliza los servicios del trabajador para atender necesidades de funcionamiento permanentes y habituales, destinándolo a la realización de tareas propias de su actividad sin ninguna sustantividad y autonomía dentro de las que constituyen su marco de actuación, que consiste precisamente en la realización de diferentes proyectos de investigación sobre determinadas y variadas materias, (...) Los proyectos forman parte de la actividad habitual del organismo y carecen de cualquier especialidad, (...) incluso el último de ellos ni tan siquiera ha terminado y continúa desarrollándose tras el cese del actor.” (...) “Si a esto añadimos que la relación laboral entre las partes se inició en fecha 13 de octubre de 1994 y desde entonces el trabajador ha venido prestando servicios y desarrollando las mismas tareas de forma ininterrumpida al amparo de diferentes contratos para obra o servicio formalmente vinculados a distintos proyectos de investigación, con algún contrato de interinidad por vacante intercalado, la conclusión no puede ser otra que la de entender que su contratación obedece en realidad a necesidades de carácter permanente ajenas a cualquier

causa de temporalidad, por lo que incurre en fraude de ley y se convierte en indefinida, ex artículo 15.3 del ET, siendo el cese constitutivo de despido improcedente.”

– Estima el recurso de suplicación y revoca la sentencia de instancia la **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002**, I.L. J 216 (recurso 5863/2001). Declara la improcedencia de la extinción de un *contrato de obra o servicio* determinado de una trabajadora de empresa de limpiezas, sujeto a la duración de una contrata, por la terminación de esa contrata, encargo o arrendamiento de servicios. Aun cuando reconoce la Sala haber admitido en algunos casos la extinción del contrato de obra o servicio determinado por reducción parcial del objeto de la contrata, matiza que “ello ha ocurrido cuando el convenio colectivo lo ha previsto y regulado expresamente, con arreglo al art. 15.1.a) ET, con inclusión de caute-las o garantías en la determinación del supuesto”. Señala el Tribunal que:

“El convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid (...) en su art. 49 establece que el contrato de obra o servicio determinado es aquel que se celebra entre empresa y trabajador a fin de atender las necesidades de cobertura de un servicio de limpieza concertado por la empresa con terceros. Su duración vendrá determinada por la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios que constituye su objeto, renovándose automáticamente, a través de la subrogación prevista en el art. 24 de este convenio, respecto a cuantas empresas se sucedan en el servicio de limpieza contratado. Por ello hay que entender que no se ha producido la circunstancia que legitimaría la extinción del contrato de la actora, cuyo cese por tanto merece la consideración de despido improcedente.”

A la *contratación irregular sucesiva en fraude de ley* se refieren la **STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 415 (recurso 0809/2001), que declara la improcedencia de la extinción de la relación laboral de una licenciada en periodismo con la que se formalizaron sin *solución de continuidad* tres contratos: en prácticas, contrato eventual por exceso de trabajo y nuevamente contrato en prácticas hasta completar el plazo máximo de dos años unido al primero. Señala la Sala que “la finalidad del contrato en prácticas es la de lograr una práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados” lo que supone que “una vez celebrado un contrato eventual sin finalidad formativa la celebración de un nuevo contrato en prácticas carece de causa pues la empresa dio con su contratación anterior por sentado que la actora había ya adquirido la práctica profesional adecuada. Lo dicho basta para considerar fraudulenta la contratación”.

La **STS de 21 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 528 (recurso 2456/2001), se pronuncia a favor de la improcedencia del despido de un trabajador con el que se suscriben dos contratos temporales sucesivamente. El primer contrato formalizado, fue un contrato eventual por circunstancias de la producción, “que no especificaba en sus cláusulas ninguna que justificara su temporalidad” y posteriormente (sólo ocho días después) un contrato eventual de interinidad, para sustituir a una compañera enferma que se reincorporó al trabajo. El despido se considera improcedente ya que “el primer contrato eventual devino fijo y hasta la suscripción del siguiente (de interinidad) mediaron sólo 8 días, es claro que el denominado recibo de saldo y finiquito carece de fuerza extintiva”.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STS de 20 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 522 (recurso 1676/2001), resuelve en unificación de doctrina la improcedencia del despido de un trabajador que prestaba servicios para la Consejería de Educación de la Comunidad de Canarias, por la injustificada terminación del contrato que, por irregularidades, asumió la condición de temporalmente indeterminado o indefinido, “lo que no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza”. La misma línea interpretativa asume la STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2002, I.L. J 499 (recurso 270/2002), que declara la improcedencia del despido de un trabajador del Servicio Vasco de Salud, con el que se realizaron sucesivas contrataciones temporales, declaradas fraudulentas por el Tribunal Supremo. Declara la improcedencia, ya que “ostentaba la cualidad de trabajador indefinido”.

La STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2002, I.L. J 658, declara la improcedencia de la extinción de un contrato eventual por acumulación de tareas, al no existir justificación de que existiera en la empresa una situación de emergencia en cuanto al volumen de la actividad que obligara a acudir a esta excepcional modalidad contractual por lo que “no acreditada la causa de temporalidad, la relación ha de reputarse indefinida”.

La STSJ de Madrid de 23 de enero de 2002, I.L. J 204 (recurso 4809/2001), declara la improcedencia del despido de un oficial de Instalaciones Electromecánicas en “Metro de Madrid, SA” que encontrándose en situación de Incapacidad Temporal trabajó en la empresa familiar de transporte de viajeros como conductor. Para la Sala “sólo puede señalarse como criterio general relevante la determinación de si la actividad desarrollada en situación de incapacidad temporal perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral”; porque la actividad desarrollada por el trabajador “no influyó en modo alguno en su recuperación”, y dado que “la medida de la gravedad ha de determinarse en función de las circunstancias subjetivas del autor de los hechos así como de la entidad de éstos”. Concluye la Sala que el trabajador:

“con más de veinticinco años de prestación de servicios sin tacha para la empresa y a punto de pasar a la situación de jubilación anticipada e indemnizada (...) no ha incurrido en una conducta lo suficientemente grave y culpable como para ser merecedora de la máxima sanción legalmente prevista, el despido, que deviene improcedente”.

La STSJ de Navarra de 31 de enero de 2002, I.L. J 226 (recurso 8/2002), declara la improcedencia del despido de la gerente de una empresa, con motivo de la negativa de la trabajadora a acreditar su titulación académica. Para la Sala tal conducta no atenta contra el vínculo de confianza depositado, “toda vez que la empresa reconoce implícitamente la capacitación y cualificación de la actora que durante los años en que ha estado prestando servicios ha llevado una trayectoria laboral normal en la misma sin que conste se haya cuestionado su titulación en tan largo período de tiempo (antigüedad reconocida en la empresa de más de 20 años), máxime cuando en fecha 23 de julio de 1999 una de las empresas del grupo empresarial, (...), otorgó a la demandante amplísimos poderes siendo que a partir del mes de octubre de 1999 la empresa demandada adoptó la decisión de nombrar a aquélla ‘gerente’ (...) en sustitución del anterior”. Concluye la sentencia que:

“el hecho de que la actora no aporte la titulación que tiene no puede justificar la ruptura del vínculo contractual por cuanto en efecto la gravedad no se mide por la magnitud del daño causado al empresario, sino por el quebrantamiento del vínculo de confianza, quebrantamiento que debe tener la suficiente entidad y gravedad como para justificar la resolución del contrato; y al no apreciarse en la conducta de la demandante tales características que potencien al castigo de la más grave y rigurosa de las sanciones en la órbita laboral, debe entenderse adecuada la calificación del despido como improcedente (...) en aplicación de la (...) teoría gradualista de tanta raigambre en el derecho laboral”.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de febrero de 2002**, I.L. J 389 (recurso 770/2001), declara improcedente el despido de un *director de sucursal bancaria*, al considerar que los hechos no constituyen *trasgresión de la buena fe contractual*, ya que la omisión que le imputa la empresa (no emitir un informe) “no se cometió con plena conciencia sino por las circunstancias que concurrieron en el caso”.

La **STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 420, declara la improcedencia de la extinción de la relación laboral basada en faltas que se tipifican en el Código de Conducta Laboral aplicable como faltas graves y no muy graves.

La **STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 438 (recurso 5/2002), confirma la improcedencia del despido declarada en primera instancia al entender que se ha producido un *despido verbal* y no el desistimiento unilateral del trabajador, “por lo que al no haber sido notificado por escrito (art. 55 ET), debe ser declarado improcedente”.

La **STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 446 (recurso 5960/2001), declara improcedente la extinción de un contrato de trabajo motivado en la declaración de *invalidez permanente total* para la profesión de oficial de Escaleras Mecánicas, ya que “de confirmarse carecería de virtualidad para extinguir la relación laboral existente entre las partes, novada por decisión de la patronal (...) al asignarle al actor otra profesión, cual es la de Agente de taquillas, para la que está capacitado”.

La **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2002**, I.L. J 455 (recurso 5861/2001), analiza otro supuesto de despido verbal, y declara improcedente el despido. [Vid. *supra* VI.2.B).a) y VI.5.B).]

La **STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2002**, I.L. J 451 (recurso 5605/2001), declara la improcedencia del despido solicitada como petición subsidiaria en demanda, al entender la Sala que no existen indicios suficientes para entender que se ha atentado contra la garantía de indemnidad. A la misma conclusión llega la **STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2002**, I.L. J 454 (recurso 5834/2001) que declara la improcedencia del despido, ya que “la extinción (...) respondía a causas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de la denominada ‘garantía de indemnidad’, habida cuenta que la comunicación de finalización del contrato tuvo como causa la conclusión de la contrata a la que se vinculaba su duración”. [Vid. *supra* VI.2.B.b).]

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002, I.L. J 720 (recurso 413/2002), declara la improcedencia de la extinción de contratos de obra o servicio formalizados con una ETT, en un supuesto en el que la ETT no acredita la extinción del servicio.

### B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STSJ de La Rioja de 10 de enero de 2002, I.L. J 242 (recurso 278/2001), califica como improcedente el despido tácito el practicado a un director gerente de la empresa. Tratándose de personal de alta dirección, ello determina la facultad de la empresa de optar entre la readmisión del trabajador o el pago de la indemnización prevista en el contrato de trabajo. [Vid. VI.3.C.]

La improcedencia del despido arrastra “las consecuencias previstas en el artículo 56 del propio Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con el art. 110 de la Ley de Procedimiento Laboral; y con la especialidad prevista en el art. 11.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, es decir, al declararse el despido improcedente, el empresario y el actor como alto directivo que es acordarse si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de dicho artículo, es decir, la indemnización pactada en el contrato (...) que estipula una indemnización de 25 millones de pesetas en el supuesto de despido improcedente”.

### a) La indemnización: cuantía y cálculo

La STS de 17 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 107 (r.c.u.d. 4759/2000), determina que el tiempo transcurrido entre el primer cese de los trabajadores por un expediente de regulación de empleo autorizado, y la reincorporación de éstos como consecuencia de la anulación de la autorización administrativa por sentencia del orden contencioso-administrativo, resulta “computable como tiempo de servicios, a efectos de indemnización por los despidos que se producen después de la reincorporación”.

La STSJ de Madrid de 15 de enero de 2002, I.L. J 198 (recurso 5321/2001), falla en contra de la obligación de abonar la indemnización de un despido declarado improcedente en primera instancia, respecto de un trabajador que fallece durante la sustanciación del recurso de suplicación. Motiva la Sala que “en caso de fallecimiento del trabajador, se impone al empresario una única obligación, que es la de indemnizar, vinculada legalmente al incumplimiento de la obligación básica de la readmisión”.

“En el supuesto de que el contrato de trabajo se extinga antes de la declaración judicial de improcedencia, la extinción no se produce por vencimiento del término pactado, sino por otra de las causas del artículo 49 del Estatuto, cual es el fallecimiento del trabajador.”

La STS de 6 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 276 (r.c.u.d. 1965/2001), resuelve en unificación de doctrina a favor de la posibilidad de revisar en suplicación la indemnización que corresponde a un deportista profesional por despido improcedente. Resalta la Sala que “no cabe en esta relación especial la opción por la readmisión, ni la condena a salarios de tramitación”, y en tales supuestos el ordenamiento fija “una indemnización automática:

la pactada. Otra, mínima: dos mensualidades de las retribuciones periódicas, más los complementos salariales por año de servicio. Y otra superior, a fijar judicialmente, ponderando las circunstancias concurrentes”. Respecto de esta última, al ser competencia del juzgador de instancia, “su revisión incumbe a la Sala en la medida en que se impugne la decisión de instancia por medios hábiles para ello”.

“La indemnización final, (...) no es propiamente una indemnización de daños y perjuicios, sino una compensación por la unilateral ruptura de un contrato con incumplimiento de lo pactado. La valoración de este conjunto de operaciones, no es algo que dependa de la apreciación personal, inmediata y directa del juzgador de instancia y, en consecuencia, han de ser susceptibles de revisión los criterios de valoración que deberán constar en la sentencia. Así la Sala podrá revisar los razonamientos y las ‘circunstancias’ que les sirven de fundamento y podrá, asimismo, tomar en consideración otros datos no tenidos en cuenta en la instancia, bien constaren ya en la sentencia recurrida, bien sean objeto de adición en el recurso.”

Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 426 (recurso 39/2002), desestima la revisión de la indemnización por daños y perjuicios por despido improcedente a un *deportista profesional*, como “compensación por no haber visto renovado su contrato durante un año y once meses más”. Motiva su decisión en que:

“la cuantificación de los daños y perjuicios es cuestión ligada a los hechos, de modo que la facultad de determinarla viene atribuida al juzgador de instancia, habiéndose pronunciado en tal sentido sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (...) de manera que no cabe su revisión por la vía de un recurso extraordinario como es el de casación y, por ende, tampoco en el de suplicación en cuanto participa de una naturaleza semejante a aquél”.

## b) Salarios de tramitación

Opera la limitación en el pago de los Salarios de tramitación en diversas resoluciones como la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2002**, I.L. J 211 (recurso 5669/2001), al haberse reconocido en el acto de conciliación administrativa la improcedencia del despido, por lo que “habiéndose depositado en el Juzgado las cantidades correspondientes, los salarios de trámite deben correr desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa”. En el mismo sentido la **STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002**, I.L. J 233 (recurso 2790/2001).

No procede asimismo el abono de salarios de tramitación en el supuesto analizado en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de enero de 2002**, I.L. J 246 (recurso 1853/2001), respecto de la extinción de un contrato para obra o servicio declarada improcedente. Tal decisión se justifica en que cuando el trabajador fue despedido se encontraba en situación de Incapacidad Temporal, y el contrato preveía su finalización con anterioridad a la fecha en que se produjo el alta.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2002, I.L. J 402, niega efectos limitativos a la consignación judicial, ya que “sólo quedan limitados a la fecha del acto preprocesal, si el ofrecimiento en ésta llevado a cabo se ajustó a derecho, pues únicamente en ese momento cabría alcanzar el acuerdo ejecutable por los trámites de la sentencia”.

### 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

#### A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

A la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], se refiere la STC 20/2002, de 28 de enero, I.L. J 4 (recurso de amparo 4342/1998). Otorga el amparo el Tribunal Constitucional, a un director de sucursal bancaria que es despedido con motivo de las críticas vertidas al presidente de la entidad en la Junta General de Accionistas. Declara el Tribunal que ha sido vulnerado el derecho a la libertad de expresión, y con ello la nulidad del despido, ya que “un despido acordado como reacción empresarial frente a las opiniones emitidas (...) al margen de sus obligaciones contractuales es un despido efectuado con vulneración de su derecho fundamental de libertad de expresión”. “La sanción disciplinaria de la empresa contra las manifestaciones vertidas por el actor ha sido constitucionalmente ilegítima, por tratarse de una reacción totalmente desproporcionada (STEDH de 29 de febrero de 2000) frente a unas declaraciones que no sólo eran lícitas, sino ajustadas al entorno en que se desarrollaron”. Para la Sala:

“la intervención del recurrente en la Junta en modo alguno resulta reprochable desde la perspectiva de los límites genéricos al derecho de libertad de expresión; antes al contrario, supuso un legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], en la medida en que se limitó a manifestar su desaprobación a la gestión social llevada a cabo, expresando su disconformidad tanto con el informe de gestión como con las cuentas anuales y de resultados, así como con el dividendo activo, para terminar criticando diferentes aspectos relativos a la utilización que se estaba haciendo de Caja Postal para salvar otras unidades de Argentaria, las diferentes actuaciones que hacían perder la confianza de los clientes en esa entidad bancaria, el intento de absorción de Caja Postal por el Banco Exterior de España, o, finalmente, el deficiente funcionamiento de algunos servicios como el de atención al cliente. Como puede apreciarse, todas y cada una de sus críticas se refirieron a la gestión social objeto de valoración en esa Junta, y lo fueron en la persona de su presidente, como último sujeto responsable de la gestión criticada, sin que sus palabras puedan calificarse como ofensivas o vejatorias o realizadas en desdoro del prestigio de aquél o de la empresa. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el contenido mismo de las expresiones cuestionadas y el que las mismas tenían como fondo un análisis crítico de la gestión social de la entidad en el marco de una Junta de accionistas en la que el recurrente participaba, no cabe considerar que sus expresiones fueran innecesarias y gratuitas en relación con las manifestaciones que expresaba, ni que por su contenido y forma, tuvieran una finalidad vejatoria, pues se limitaron a reforzar el juicio de valor emitido por el recurrente. En ningún caso se utilizaron calificativos insultantes o que desacreditasen al presidente de la entidad o a la empresa, sino, antes al contrario, la exposición se realizó dentro de los límites de lo tolerable, o, como dicen las propias Sentencias impugnadas en sus relaciones de hechos proba-

dos, ‘en tono correcto y adecuado’. Desde esta triple vertiente, esto es, el lugar o específico contexto en el que se expresaron (la Junta de accionistas), la condición o cualidad con la que se emitieron (accionista), y, finalmente, la forma o medio de manifestarlas, en tono correcto y adecuado, como acabamos de señalar, y oralmente y no con el sosiego y la meditación que cabe presumir en quien redacta un escrito, como se ha dicho, por ejemplo, en la STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 6.b), o en la STEDH de 29 de febrero de 2000, ninguna censura se puede efectuar de la intervención del recurrente desde la perspectiva del examen de los límites genéricos del derecho fundamental a la libertad de expresión”.

La discriminación por el ejercicio de la *libertad sindical* por decisiones discrecionales, o no causales, que no precisan por tanto ser motivadas, como la no conversión en indefinida de una relación laboral temporal es analizada en la **STC 29/2002, de 11 de febrero, I.L. J 253** (recurso de amparo 198/1998), que otorga el amparo a una periodista con contrato en prácticas en “la Agencia Efe, SA”, miembro del comité de empresa. El contrato temporal de la trabajadora se declaró extinguido por la empresa, sin nueva contratación posterior, a diferencia de otro grupo de trabajadores, no representantes, en idéntica situación contractual e incluso con menor antigüedad que suscribieron nuevos contratos indefinidos. Por ello, considera que “no puede reputarse suficiente el dato (...) de que en el plano de la legalidad ordinaria la extinción de un contrato de trabajo temporal por la llegada de su término final opera como causa de la relación laboral o que su renovación o conversión en otro por tiempo indefinido no resulta en principio obligada, perteneciendo esa medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador. Por el contrario, (...) (es) exigible una justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada, esto es, la genérica capacidad organizativa y la libre determinación de la ‘Agencia EFE, SA’, en el ámbito de la contratación”. El Tribunal valora, concretamente:

“a) existencia objetiva de una diferencia de trato con otros trabajadores contratados en prácticas; b) ejercicio de funciones representativas como miembro del Comité de Empresa durante el último año de vigencia del contrato; c) desarrollo problemático de la función representativa (interrupción en la negociación del convenio colectivo, denuncias de prácticas antisindicales, denuncias por delitos y faltas de Jefe de Personal, etc.; d) proximidad temporal entre el ejercicio de tales funciones y la no contratación sucesiva por tiempo indefinido de la trabajadora; y, finalmente, constatación de que la fijeza dependía de decisiones verbales de los jefes inmediatos y de la Dirección de Personal”, y en base a extremos como “la correlación y proximidad temporal de los diferentes hechos (SSTC 87/1998, de 21 de abril, FJ 4º; 101/2000, de 10 de abril, FJ 5º; 214/2001, FJ 6º), la conflictividad previa (STC 90/1997, FJ 6º), y el diferente trato en la contratación por tiempo indefinido una vez vencido el contrato temporal previo (STC 80/2001, de 26 de marzo) son factores que someten la actuación empresarial a la sospecha vehemente de una posible vulneración de la libertad sindical de la trabajadora”.

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

La **STC 30/2002, de 11 de febrero**, I.L. J 254 (recurso de amparo 1481/1998), también otorga el amparo, por vulneración de la *libertad sindical*, a una trabajadora periodista, afiliada a CCOO, participante activa en denuncias sobre condiciones de trabajo y conductas irregulares posteriores, a la que una vez finalizado su contrato temporal en prácticas no fue contratada por tiempo indefinido por “La Agencia EFE, SA”, a diferencia de lo que ocurrió con otros trabajadores de idéntica o menor antigüedad. Resulta fundamental para el otorgamiento del amparo los siguientes extremos:

“existencia objetiva de una diferencia de trato con otros trabajadores contratados en prácticas; proximidad temporal entre el vencimiento del contrato temporal, la no contratación sucesiva por tiempo indefinido de la trabajadora y su actividad sindical reivindicativa y de denuncia a superiores durante el último año de vigencia del contrato; y, finalmente, constatación de que la fijeza dependía de decisiones verbales de los jefes inmediatos y de la dirección de personal”.

La **STC 48/2002, de 25 de febrero**, I.L. J 259 (recurso de amparo 30/1999), otorga el amparo por vulneración de la *libertad sindical* en su vertiente del derecho a no sufrir discriminación por razón de afiliación a un sindicato, a los dos recurrentes a los que el Ayuntamiento de Fuengirola extinguió su contrato, junto a otros trabajadores por causas económicas. La vulneración reside en que, de los veintitrés trabajadores despedidos, diecinueve de ellos (entre los que se encontraban los recurrentes en amparo), se hallaban afiliados a esa fecha al sindicato UGT; extremo conocido por el ayuntamiento al proceder al descuento de la nómina de esos trabajadores de la cuota sindical.

La **STC 41/2002, de 25 de febrero**, I.L. J 256 (recurso de amparo 1203/1997), deniega el amparo de una trabajadora, que a la fecha del despido se encontraba embarazada, ya que la empresa desconocía su estado de gestación. Por tanto “resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dichas circunstancias”.

### **B) Distribución de la carga probatoria**

La *falta de indicios* opera como criterio excluyente de la inversión de la carga probatoria. La **STC 14/2002, de 28 de enero**, I.L. J 2 (recurso de amparo 1462/1998), deniega el amparo solicitado por no haberse aportado indicios suficientes de la vulneración constitucional y concreta los supuestos en los que opera la inversión de la carga probatoria, de modo que “el demandado venga obligado a probar la inexistencia de propósito lesivo de derecho fundamental”.

“Para imponer al empresario la carga probatoria (...) resulta insuficiente la mera afirmación de la existencia de discriminación o de lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación haya de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de la realidad de aquella discriminación o lesión. Se hace necesario, por tanto, que quien afirme la referida vulneración acredite la concurrencia de indicios racionales de la probabilidad de la existencia de la lesión alegada. La aportación de tales indicios es, así, el deber que recae sobre el demandante, quien está lejos de hallarse liberado de toda carga

probatoria y a quien no le basta alegar, sin más, la discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que deberá aportar algún elemento que, aun cuando no pueda servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos de la vulneración del derecho, permita alcanzar una creencia racional sobre su certeza.”

La **STC 41/2002, de 25 de febrero**, I.L. J 256 (recurso de amparo 1203/1997), que deniega el amparo, niega asimismo que se invierta la carga probatoria hacia el empresario cuando no se acredita la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de una vulneración de derecho fundamental. Considera que las alegaciones de la trabajadora (embarazada a fecha de despido) “no resultan convincentes en cuanto a la existencia de indicios de discriminación que prueben la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o, al menos, de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de embarazo, (...) constando expresamente que la empresa no conocía el embarazo. No se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales”.

Reitera en la sentencia el criterio de que para que opere la inversión de la carga probatoria en la empresa “es necesario que por parte del actor se aporte una ‘prueba verosímil’ (STC 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5º) o ‘principio de prueba’ revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, STC 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 3º). A partir de ahí, al empresario corresponde probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen causa legítima de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales”.

Por el contrario prestan un mayor valor a la prueba indiciaria diversas resoluciones del Tribunal Constitucional. La **STC 29/2002, de 11 de febrero**, I.L. J 253 (recurso de amparo 198/1998) y la **STC 30/2002, de 11 de febrero**, I.L. J 254 (recurso de amparo 1481/1998), valoran si recae en el empresario la carga de la prueba en decisiones discrecionales o no causales. Analizan dos supuestos de atentado contra la libertad sindical, en los que para el Tribunal, se desarrolló una actividad probatoria “suficientemente concreta y precisa, en torno a una posible violación de su derecho de libertad sindical, creando con ello una apariencia o sospecha de comportamiento empresarial contrario a este derecho fundamental sobre la base de diversos hechos conectados entre sí”. En ambos supuestos recae sobre el empresario la carga probatoria “incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales” como es la no conversión de la relación laboral temporal en indefinida a una trabajadora, que había sido miembro del comité de empresa, a diferencia de otros trabajadores que se encontraban en similares o peores condiciones laborales. [Vid. *supra* 8.A).]

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

Con arreglo a doctrina constitucional que reproduce en la sentencia, determina que:

“correspondía a la empresa la carga de probar que sus decisiones se basaban en causas ajenas a la apariencia de discriminación sindical creada por la trabajadora; (...) (ya que) existente un principio de prueba o apariencia verosímil de la vulneración de derechos fundamentales, aquí de la libertad sindical, esa carga probatoria incumbe al empresario incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, ya que, como hemos declarado, ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del trabajador (por todas, STC 90/1997)”.

La **STC 48/2002, de 25 de febrero**, I.L. J 259 (recurso de amparo 30/1999), que otorga el amparo a los trabajadores demandantes, motiva su decisión en que “ha quedado acreditada por los trabajadores la existencia de indicios de una actuación empresarial contraria a la libertad sindical (art. 28.1 CE), mientras que por parte del Ayuntamiento empleador no se ha demostrado la existencia de causas objetivas y razonables suficientes que hubieran permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su actuación había sido ajena a todo propósito atentatorio a la libertad sindical. Más aún, el Ayuntamiento ni siquiera ha acreditado la existencia de circunstancias económicas u organizativas objetivas para proceder a la extinción de los contratos de trabajo de los demandantes de amparo por la vía del art. 52.c) LET. La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por los demandantes desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5º; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 7º, y 87/1998, de 21 de abril, FJ 5º)”. [Vid. *supra* 8.A).]

**M<sup>a</sup> CARMEN ORTIZ LALLANA**

**M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA**



## VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

### Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Libertad sindical.** A) Participación e información sindical. B) Secciones y delegados sindicales. C) Derechos y garantías de los representantes sindicales. D) Libertad sindical y derecho de reunión. E) Facultades disciplinarias de los sindicatos. F) Proceso de tutela de la libertad sindical. G) Asociaciones empresariales.

**2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Mandato representativo y sucesión de empresa. B) Revocación del mandato representativo. C) Reuniones, acuerdos y legitimación procesal del comité de empresa. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo. B) Competencias funcional y territorial. C) Conflicto colectivo y negociación colectiva. **4. Derecho de huelga.** A) Preaviso de huelga. Huelga intermitente. B) Determinación de los servicios mínimos. C) Vulneración del derecho de huelga.

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813).

### 1. LIBERTAD SINDICAL

#### A) Participación e información sindical

La riqueza y complejidad de determinadas prácticas de negociación y participación de las organizaciones profesionales desborda con frecuencia las limitadas previsiones legales sobre negociación colectiva y participación institucional, precisando de la intervención jurisdiccional para acomodar ambas realidades, social y normativa. Un conflicto que en ocasiones se presenta a este respecto es el relativo a la creación y composición de comisiones paritarias o mixtas no estrictamente negociadoras o reguladoras de condiciones de trabajo, sino de control o gestión de determinados acuerdos específicos. Un problema de esta naturaleza se plantea en el supuesto de la STS de 13 de marzo de 2002, I.L. J 586,

en el que por el sindicato UGT se insta judicialmente su derecho a participar con voz y voto en las comisiones de seguimiento de un acuerdo sindical con el Servicio Vasco de Salud sobre regulación del sistema de listas para la contratación temporal de personal en ese ámbito.

Partiendo de la libertad de las organizaciones profesionales para la adopción de pactos y la constitución de comisiones específicas para su gestión, la Sala desestima la pretensión del citado sindicato de integrarse en la referida comisión, toda vez que, por propia voluntad, esa organización no firmó el acuerdo del que surge la comisión de seguimiento, y que las actuaciones de ésta se limitaron al cumplimiento de sus objetivos, conforme a las previsiones del acuerdo de contratación, sin excederse de ellas y sin realizar por tanto una actuación negociadora en la que debiera participar el sindicato recurrente.

Por su parte, la **STS de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 580, estima el derecho del sindicato CGT a participar en una comisión de valoración sobre el proceso de homologación e integración del personal de administración y servicios del Ministerio de Educación y Ciencia transferido a la comunidad de Madrid, constituida por acuerdo de la comisión paritaria del Convenio del personal laboral al servicio de esta comunidad y dependiente de la misma, por alcanzar su representatividad en ese ámbito el 10 por ciento, conforme al artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

También en la **STS de 15 de abril de 2002**, I.L. J 779, se plantea la incorporación de la Confederación Sindical Gallega, como firmante del Convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado, en las subcomisiones de los departamentos y organismos públicos con centros de trabajo en la comunidad autónoma de Galicia, conforme a lo establecido en el referido convenio. Partiendo de la configuración y regulación paccionada de tales subcomisiones, y de la remisión que en cuanto a su constitución y composición se hace a las reglas correspondientes a la comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación del repetido convenio único, en las que se establece un criterio de representación proporcional en función de los resultados electorales, pero con un mecanismo corrector que garantiza la presencia en todo caso de un representante de cada una de las organizaciones firmantes, esta resolución concluye declarando el derecho del sindicato actor a formar parte de las referidas subcomisiones, en cumplimiento de las previsiones convencionales y con independencia de la representatividad de este sindicato y de las funciones y competencias de las Subcomisiones departamentales.

En el supuesto de la **STSJ de Aragón de 27 de abril de 2002**, I.L. J 792, se plantea la participación sindical en el consejo escolar de la comunidad autónoma aragonesa, en función de la representatividad acreditada por las distintas organizaciones sindicales en las elecciones a representantes de los trabajadores en el sector de la enseñanza. Por la Unión Sindical Obrera se pretende la designación de un representante en el referido Consejo, por entender que tiene la representatividad exigida en relación con el personal no docente. La citada sentencia desestima su pretensión, por entender que la representatividad por

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la que se reconoce el derecho a participar en el consejo escolar se refiere al conjunto de los trabajadores del sector, y no separadamente a los docentes y no docentes, toda vez que el tamaño de la plantilla en algunas empresas y centros de enseñanza impide la división del censo electoral en dos colegios, celebrándose las elecciones conjuntamente, por lo que no cabe su división a los efectos de computar la representatividad del sindicato actor en el sector de la enseñanza.

Desde la perspectiva de la delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo, en la **STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2002**, I.L. J 726, se debate una pretensión del presidente del comité de empresa de la comunidad autónoma de la Región de Murcia en la que se insta la participación del comité en las comisiones de selección que se constituyan para la contratación de personal laboral temporal en la referida Administración. En aplicación de la doctrina mantenida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 11 de marzo de 1993 y 21 de julio de 1998, esta resolución aprecia la incompetencia del orden social de la jurisdicción, por entender que la cuestión debatida afecta a una actuación de la Administración en materia laboral previa a la existencia del contrato de trabajo que actúa como presupuesto de la atribución competencial en favor del orden social, prevaleciendo por tanto el carácter de poder público y la correspondiente sumisión al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

También desde el punto de vista procesal e indirectamente competencial, y en relación con una pretensión del sindicato de empleados públicos de Canarias de participar en la Mesa Sectorial de la comunidad autónoma canaria, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 637, estima la excepción de litispendencia, por hallarse en fase de recurso un proceso contencioso-administrativo en el que se debatía la misma cuestión entre las mismas partes, pues aunque reconoce que esta excepción se limita con carácter general a la concurrencia de procesos en el mismo orden jurisdiccional, de lo contrario podrían producirse sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea, aun en distintos órdenes.

### B) Secciones y delegados sindicales

El artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en términos análogos a los del artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce en favor de las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria en empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores el derecho a disponer de un local adecuado para desarrollar sus actividades.

En la **STSJ de Madrid de 8 de enero de 2002**, I.L. J 195, se debate sobre la puesta a disposición por parte de una empresa de un local adecuado para una sección sindical recién constituida por dos candidaturas (CGT y Candidatura Unitaria de Trabajadores) con un representante cada una en el comité de empresa elegido en las últimas elecciones, y del que forman parte igualmente 5 representantes de USO, 6 de UGT y 8 de CC.OO. En la empresa demandada existía un local para uso del comité de empresa y de las secciones

sindicales que hasta entonces estaban constituidas, cuya utilización y distribución venía siendo realizada por acuerdo entre las distintas representaciones.

La expresada sentencia parte de la doctrina del Tribunal Supremo en la que se reconoce que el derecho a un local para usos sindicales no implica que el mismo deba ponerse a disposición de cada sección sindical en términos de exclusividad (Sentencias de 29 de diciembre de 1994 y 24 de septiembre de 1996), declarando además que la vía más adecuada para ejercitar el derecho pretendido por la representación actora habría sido la negociación y acuerdo con las restantes representaciones para la distribución del uso del local cedido y, en caso de negativa de éstas, el ejercicio de las oportunas acciones frente a ellas en ese sentido, y no la imposición a la empresa de una regulación más propia de la representación de los trabajadores, toda vez que por parte de aquélla se cumplió con su obligación de puesta a disposición de un local para las secciones sindicales hasta entonces existentes.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 468, reconoce el derecho de la sección sindical del sindicato CGT a recibir determinada información de la empresa en la que se ha constituido (Hospital Universitario de la Princesa en Madrid), en determinadas materias propias de su organización y actividad que indirectamente pueden repercutir en las condiciones de trabajo y empleo del personal, y declara que la Administración sanitaria cumple con sus obligaciones informativas cuando pone a disposición de la referida sección sindical la información requerida en el momento en que puede hacerlo, aun cuando no lo haga de forma inmediata a la solicitud.

### **C) Derechos y garantías de los representantes sindicales**

Los representantes sindicales de los trabajadores gozan de una especie de indemnidad por razón del desempeño de su actividad sindical, de modo que cualquier actuación o conducta lesiva de sus derechos y basada directa o indirectamente en tal actividad representativa es nula de pleno derecho (art.12 LOLS).

En la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2002**, I.L. J 193, se trata de un delegado del sindicato USO en la junta de personal de un área sanitaria dependiente del Servicio Gallego de Salud, desde abril de 1999, que al mismo tiempo tiene el cargo de supervisor del banco de sangre en el hospital en el que presta servicios. Con efectos de 20 de septiembre de 1999 es liberado de sus obligaciones laborales a petición del sindicato al que pertenece y con efectos del día anterior, siendo cesado de su cargo de supervisor, con la correspondiente minoración retributiva. La citada sentencia estima que el cese en ese cargo y la pérdida salarial consecuente no supone una vulneración del derecho de libertad sindical del actor, toda vez que tal cese se venía proponiendo y tramitando desde finales de mayo de 1999, antes por tanto de su liberación como delegado sindical, y su efectividad se vio demorada más allá de ese momento por meros defectos formales en la propuesta, por lo que no puede entenderse que tuviera un móvil antisindical.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

### D) Libertad sindical y derecho de reunión

La STSJ de Cantabria de 6 de marzo de 2002, I.L. J 754, estima que no supone una vulneración del derecho de libertad sindical y del derecho de reunión de los trabajadores, el hecho de que el comité de empresa cambie la fecha de una asamblea convocada válida y directamente por los trabajadores, como consecuencia de la premura de aquélla y del sistema de turnos de trabajo (se convoca el 11 de octubre para su celebración el 17 siguiente, y se retrasa por el comité al 23), y de que se amplíe el orden del día de la reunión (se añaden dos puntos, relativos a temas generales de la empresa y a ruegos y preguntas), toda vez que la asamblea se realizó efectivamente en la segunda fecha propuesta por el comité, que el retraso es razonable y que la ampliación del orden del día no impidió tratar los temas propuestos por los trabajadores inicialmente convocantes ni se acreditó que éstos no fueran tratados.

### E) Facultades disciplinarias de los sindicatos

En la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de marzo de 2002, I.L. J 646, se cuestiona la incidencia que tiene en la calificación de una sanción disciplinaria impuesta a un representante sindical por parte de su organización, la superación del plazo establecido en su normativa interna para la imposición de sanciones disciplinarias desde que se produce la falta, en este caso de noventa días. Esta resolución estima que el tiempo transcurrido entre la comisión del acto sancionado y la imposición de la sanción tan sólo incide o puede incidir en la prescripción de la falta, sin que su superación afecte a la validez de la sanción.

### F) Proceso de tutela de la libertad sindical

Uno de los instrumentos procesales que mayor efectividad ofrece a la protección judicial de los derechos fundamentales es el de la alteración de la carga de la prueba en cuanto a la motivación de las actuaciones presuntamente lesivas de los mismos, contemplado en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con la discriminación por razón del sexo o de género y por motivos sindicales, respectivamente. La aplicación de esa regla está condicionada no obstante a la acreditación de indicios de discriminación o de un panorama discriminatorio por esos motivos, más allá de su mera alegación pero sin alcanzar a su plena prueba. Una vez acreditados tales indicios o principios de prueba por parte de quien alega la actuación discriminatoria, será la parte contraria la que tenga que probar que tal actuación es razonable, proporcional y ajena a los indiciarios móviles de discriminación constatados.

Debe resaltarse además, que las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en materia de tutela de libertad sindical, adoptan preferentemente este enfoque indirecto y procesal con relevancia sustantiva para el examen de las pretendidas vulneraciones de los derechos fundamentales de alcance laboral, analizando la suficiencia del ejercicio probatorio realizado por las partes y declarado por la jurisdicción ordinaria, tanto en la apor-

tación de indicios de la lesión alegada, por parte de los demandantes, como en la acreditación de la motivación razonable y ajena a un móvil antisindical y de la proporcionalidad de la medida pretendidamente lesiva del derecho objeto de tutela, por parte de los demandados, para a partir de ello apreciar o no la vulneración alegada y adoptar su pronunciamiento y declaración en tal sentido.

Así puede constatarse en las SSTC de 28 de enero de 2002, I.L. J 2, de 11 de febrero de 2002, I.L. J 253 y 254, de 25 de febrero de 2002, I.L. J 259, y de 22 de abril de 2002, I.L. J 762, en relación con el derecho de libertad sindical, o en la STC de 21 de marzo de 2002, I.L. J 606, en relación con el derecho de huelga.

La primera de estas resoluciones, la STC de 28 de enero de 2002, I.L. J 2, parte de la impugnación judicial del despido de un trabajador afiliado al sindicato UGT, centrándose el litigio de amparo en determinar la existencia de indicios de discriminación por motivos sindicales o de un panorama discriminatorio por esas causas, a efectos de aplicar la regla de inversión de la carga probatoria en cuanto al móvil ajeno al ejercicio de derechos de libertad sindical establecida en el artículo 179.2 de la LPL y de precisar la calificación que corresponde al despido impugnado.

En este contexto, los hechos acreditados en los que el trabajador y recurrente en amparo fundamenta la existencia de tal panorama discriminatorio, prueba verosímil o apariencia de discriminación, se refieren a su errónea consignación en el organigrama de la empresa, a su falta de llamamiento a reuniones con los mandos intermedios, cuando con anterioridad sí había sido convocado, a la existencia de una anterior demanda de tutela de libertad sindical, interpuesta por el sindicato UGT y estimada en la sede jurisdiccional, y de otros despidos de varios trabajadores afiliados a esa organización, y a la falta de audiencia de la delegada sindical con ocasión del despido del citado recurrente en amparo constitucional. Por otro lado, se parte de que en la jurisdicción ordinaria precedente, tanto en instancia como en suplicación, se declaró la inexistencia de justificación de este despido, aun cuando en aquella se apreció la existencia de indicios de discriminación y la inexistencia de prueba suficiente sobre el móvil no lesivo y razonable del despido, calificándose éste de nulo, mientras que en la sentencia recurrida en amparo no se apreciaron tales circunstancias y se declaró la improcedencia del mismo.

La actuación del Tribunal Constitucional no se limita a valorar la razonabilidad de la sentencia impugnada en la ponderación de los expresados indicios, en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la norma fundamental, sino que, una vez que se pretende la tutela de un derecho sustantivo cual es el de libertad sindical, su valoración se extiende al examen de los propios indicios, sin que ello suponga una revisión de los hechos que se declaran probados, vedada con carácter general en el recurso de amparo.

Respecto de los alegados indicios de discriminación sindical, el Tribunal Constitucional estima que son insuficientes para alterar la carga de la prueba en los términos indicados.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En este sentido, en relación con la afiliación del recurrente, la misma no supone para el intérprete constitucional una inmunidad absoluta para los titulares del derecho de libertad sindical frente a la aplicación de las normas generales ni una intangibilidad de su puesto o sus condiciones de trabajo. En cuanto al defecto en la constancia del organigrama empresarial y la ausencia de convocatoria a reuniones con los mandos de la empresa, se estima que se trata de circunstancias marginales que pueden obedecer a causas múltiples ajenas al derecho pretendido, especialmente en empresas de gran dimensión y compleja organización. Y respecto de la falta de audiencia de la delegada sindical, tal circunstancia se estima no acreditada, conforme al criterio mantenido por la sentencia recurrida.

Finalmente, en referencia a la declarada ausencia de justificación del despido en relación con las causas alegadas en su momento por la empresa, el Tribunal Constitucional entiende que una vez descartada la existencia de un panorama discriminatorio por motivos sindicales, aquella declaración y la consecuente calificación de improcedencia no tienen relevancia constitucional en relación con el derecho cuya tutela se pretende, tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria ajena a su ámbito de actuación.

Aplicando la misma doctrina constitucional, aunque con el pronunciamiento opuesto, las dos **SSTC de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 253 y 254, aprecian la existencia de indicios de discriminación por motivos sindicales y la ausencia de prueba empresarial sobre la proporcionalidad de la medida adoptada y su motivación ajena a la discriminación sindical constatada, estimando por ello el recurso de amparo interpuesto. En ambos supuestos se trata de dos trabajadoras de la misma empresa, una de ellas integrante del comité de empresa y otra afiliada al sindicato CCOO, que en un contexto de conflictividad colectiva y sindical en el que participaron destacadamente, vieron extinguidos sus contratos en prácticas a la finalización del plazo pactado, sin que se renovara su vínculo con carácter indefinido, a diferencia de lo que ocurrió con otros trabajadores en su misma situación.

En ambos casos es impugnada la actuación empresarial y declarada como despido nulo en instancia, y si bien en suplicación se acepta la existencia de un panorama discriminatorio, se revoca ese pronunciamiento y se declara procedente la extinción del contrato por finalización de su vigencia, con base en la efectiva culminación de ese plazo y en la libertad empresarial de contratación. Frente a ello, el Tribunal Constitucional entiende que una vez constatados los indicios de discriminación sindical, el mero reconocimiento legal de la libertad de empresa y de contratación no basta para justificar la falta de renovación contractual, sino que, en tales circunstancias, es preciso igualmente que por esa parte se acredite la justificación de la medida y su motivación ajena a la antisindicalidad indiciariamente declarada, lo que no se hizo, toda vez que la libertad de empresa en el marco de las relaciones laborales también se encuentra limitada por los derechos constitucionales, sin que su ejercicio pueda alcanzar resultados o consecuencias contrarias a los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores.

Por su parte, en el supuesto de la **STC de 25 de febrero de 2002**, I.L. J 259, se trata de un despido objetivo plural, o colectivo menor, de varios trabajadores de un ayuntamiento

to, afiliados al sindicato UGT, que es declarado improcedente por la sentencia de suplicación recurrida en amparo por no acreditarse la proporcionalidad de la medida en relación con las causas económicas alegadas por la empleadora, a pesar de constatarse cierto panorama de discriminación sindical, al afectar el despido a 23 trabajadores, 19 de ellos afiliados al citado sindicato, sin que por la empresa se justificase la existencia de criterio alguno para la determinación o concreción de los contratos extinguidos. Por parte de los trabajadores despedidos se recurre en amparo alegando en primer lugar la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, frente al auto del Tribunal Supremo por el que se inadmite su recurso de casación para la unificación de la doctrina, y en segundo lugar la lesión de su derecho de libertad sindical, frente a la resolución de suplicación que declara la improcedencia de los despidos.

En relación con el primero de los motivos, de examen procesalmente prioritario en la medida en que su estimación supondría la devolución de las actuaciones al Tribunal Supremo sin pronunciamiento en cuanto al fondo del debate, el máximo intérprete constitucional limita su análisis a la dimensión externa del impugnado auto de inadmisión, en relación con la razonabilidad lógica de su motivación, sin entrar en su corrección jurídica, dada la naturaleza excepcional y extraordinaria del recurso de casación para la unificación de la doctrina en el orden social y su origen legal, no impuesto por la norma constitucional en orden al cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. En esos términos el Tribunal Constitucional no estima que el auto de inadmisión impugnado vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo.

Respecto de la cuestión de fondo, la sentencia de suplicación recurrida en amparo declara el despido de los recurrentes improcedente, pues a pesar de apreciar la existencia de un cierto panorama de conflictividad sindical y la afectación mayoritaria del despido respecto de trabajadores afiliados al sindicato UGT, estima igualmente la existencia de ciertas causas económicas en la decisión de la Administración empleadora, que no obstante no entiende suficientes para justificar el despido impugnado, no proporcionado a tales causas. En ese complejo contexto, la sentencia de suplicación aplica la teoría del despido pluricausal y fundamenta en la misma su pronunciamiento de improcedencia de los despidos, no obstante el panorama antisindical y la falta de justificación proporcional de la medida empresarial.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional aprecia la existencia de indicios de discriminación y la ausencia de acreditación por parte de la empleadora de una motivación razonable y proporcional ajena a la motivación antisindical, y estima inaplicable al caso la teoría del despido pluricausal, toda vez que aunque la misma no precisa la plena justificación o procedencia del despido por la causa ajena a la antisindicalidad alegada y probada, no excluye sin embargo la necesidad empresarial de probar su motivación no discriminatoria, lo que en este supuesto no se hizo; añadiendo que la sentencia de suplicación recurrida no fundamenta la aplicación de la repetida teoría de los despidos pluricausales, adoptada para los de carácter disciplinario, a los despidos objetivos o colectivos por causas de empresa.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Por último, dentro de la jurisprudencia constitucional de los primeros cuatro meses de 2002, en la **STC de 22 de abril de 2002**, I.L. J 762, se plantea en amparo una pretendida vulneración del derecho de libertad sindical causada a dos miembros del sindicato CCOO como consecuencia de una reorganización de la Administración en la que prestaban servicios (Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal de la Diputación Provincial de Sevilla), en la que se unificaron las oficinas en las que desempeñaban su actividad y de la que se derivó una limitación en sus responsabilidades y funciones. El panorama indiciario de antisindicalidad se pone de relieve por la conflictividad habida entre los recurrentes en amparo y la dirección de su empleadora desde hace años, en los que por ésta se vinieron adoptando distintas actuaciones que con anterioridad fueron declaradas lesivas del derecho de libertad sindical en la sede judicial, y por aquéllos se vinieron denunciando diferentes irregularidades en las actuaciones de su Administración, llegando a pedir la dimisión del jefe director. El Tribunal Constitucional estima que tales indicios son suficientes para que se invierta la carga de la prueba sobre la racionalidad, justificación y proporcionalidad de la medida empresarial impugnada, sin que a tales efectos sea suficiente la abstracta alegación de la empleadora en el sentido de que la medida de reorganización afectó a todos los trabajadores y que los actores y recurrentes no vieron limitadas sus responsabilidades y funciones, siendo exigible que, una vez verificado el panorama antisindical, la Administración recurrida diera *“una justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionalmente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental...”*.

También en un proceso de tutela de la libertad sindical, en este caso ante la jurisdicción ordinaria, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 391, declara la inexistencia de una lesión del expresado derecho fundamental en relación con una decisión de movilidad funcional que afectó entre otros trabajadores a dos representantes unitarios, afiliados al sindicato de empleados públicos de Canarias y con responsabilidades en el mismo, por estimarla suficientemente justificada en distintas resoluciones de la Administración empleadora, que no fueron objeto de impugnación directa por los citados trabajadores y representantes; sin que se aprecie tampoco una vulneración de la libertad sindical por el hecho de que la empleadora no notificase a aquéllos la decisión modificativa de manera personal y en su condición de trabajadores, sino tan sólo en su condición de representantes del personal.

Otras cuestiones relativas al proceso de tutela de libertad sindical, ajenas ya a la prueba y a la inversión en la carga de la misma y a la propia afectación del derecho y de alcance más formal, se plantean en la **STS de 7 de marzo de 2002**, I.L. J 560, y en las **SSTSJ de Asturias de 5 de abril de 2002**, I.L. 800, y de **26 de abril de 2002**, I.L. J 804.

Así, la **STS de 7 de marzo de 2002**, I.L. J 560, estima la inadecuación del proceso de tutela de la libertad sindical para articular una pretensión de nulidad de una cláusula del convenio colectivo de la empresa FEVE, en la que se disponía la transferencia en favor de determinados sindicatos, con exclusión del recurrente, de ciertas cantidades destinadas a la sustitución de las dietas que pudieran devengar sus afiliados, precisando que la modalidad procesal procedente es la de impugnación de convenios colectivos, conforme a lo establecido en el artículo 182 de la LPL.

En el supuesto de la STSJ de Asturias de 5 de abril de 2002, I.L. J 800, se cuestiona la adecuación del proceso de tutela de la libertad sindical para impugnar un acuerdo de distribución de un crédito horario adicional al establecido en el artículo 68 del ET, reconocido en el Ayuntamiento de Avilés, que se incorpora al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del referido municipio. Esta resolución estima que el proceso adecuado a tal pretensión sería el de impugnación de acuerdos o convenios colectivos, cuya acción ha prescrito, y no el de tutela de la libertad sindical ejercitado.

Por su parte, en la STSJ de Asturias de 26 de abril de 2002, I.L. J 804, se debate el plazo de ejercicio de la acción de tutela de la libertad sindical en un supuesto en el que la actuación pretendidamente lesiva de este derecho fundamental consistió en una decisión empresarial de movilidad geográfica. En aplicación del artículo 177.2 de la LPL, conforme al cual la acción de tutela de la libertad sindical debe ejercitarse en el plazo previsto para la impugnación de la conducta que se pretende vulneradora de esta libertad, en este caso de movilidad geográfica, y una vez que desde que se adopta la decisión empresarial hasta que se interpone la acción transcurren más de los 20 días prescritos en el artículo 59.3 y 4 del ET para la impugnación de las decisiones empresariales de movilidad geográfica, la citada sentencia aprecia la extemporaneidad de la acción.

### **G) Asociaciones empresariales**

A pesar de ocupar una posición paralela a los sindicatos en las relaciones laborales (art. 7 CE), con funciones también parcialmente comunes (art. 37 CE), aunque con un reconocimiento jurídico y constitucional separado (arts. 28.1 y 2 CE), ciertamente no son frecuentes los litigios en los que se planteen cuestiones relativas al derecho de asociación empresarial, amparado por el derecho de asociación (art. 22 CE) y también concurrente en sus fronteras jurídicas con el derecho de asociación profesional, más general, o con los colegios profesionales, de perfiles específicos y publicados (art. 36 CE).

En el supuesto de la STSJ de Aragón de 30 de abril de 2002, I.L. J 795, se cuestiona la coexistencia y compatibilidad entre el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Zaragoza y una denominada “Asociación Empresarial de Graduados Sociales”, a través de una acción del referido Colegio en la que se insta la revocación de la resolución de la Diputación General de Aragón por la que se acuerda el depósito y la publicación de los estatutos y la constitución de la citada Asociación, por entender el repetido Colegio que esta Asociación interfiere o menoscaba sus “facultades o atributos”, pretendiendo “convertirse en un Colegio dentro del Colegio, sustituyendo total o parcialmente a éste”.

Con carácter previo la referida sentencia declara la legitimidad de la Diputación General de Aragón “para ser llamada al proceso, aunque no como directamente interesada, sino sólo como interviniente y decisora del procedimiento administrativo que ha precedido a este litigio”, en un supuesto de “intervención provocada” previsto en el artículo 14 de la LEC.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Respecto de la cuestión de fondo, la repetida sentencia parte de la distinción jurídica y constitucional entre los colegios profesionales, las asociaciones empresariales y las asociaciones profesionales. Así, los colegios son corporaciones de Derecho público que ejercen competencias que suponen cierto poder público, están creados por la Ley y la adscripción a los mismos es obligatoria para los profesionales colegiados; mientras que las asociaciones se constituyen de forma voluntaria y la pertenencia a las mismas es igualmente voluntaria. Por su parte, *“la diferencia específica de las asociaciones empresariales, dentro del género de las asociaciones profesionales de empresarios, radica en el campo en que aquéllas actúan (las relaciones laborales), y en los medios de acción que el ordenamiento pone a su disposición”* (negociación colectiva, planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, diálogo social y participación institucional).

Partiendo de tales premisas, la Sala declara la compatibilidad entre el Colegio demandante y la Asociación empresarial demandada, tanto en su denominación, suficientemente clarificadora y diferenciada entre “Colegio Oficial” y “Asociación Empresarial”, sin que a ello afecte la referencia de ambas entidades a la profesión de “graduados sociales”, por ser inevitable para precisar su ámbito subjetivo; como en su objeto o finalidad, al ser la esencial de la Asociación demandada *“la defensa del interés empresarial de los asociados, y en concreto, la participación en la negociación colectiva y en los conflictos laborales”*, estimándose tan sólo que la referencia al término “profesional” en algunas de las cláusulas de los estatutos de la Asociación, en relación con sus fines, puede dar lugar a su confusión con los fines propios del Colegio, por lo que se declara la nulidad de esa referencia y su supresión en dos supuestos.

### 2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

#### A) Mandato representativo y sucesión de empresa

Es sabido que el mantenimiento del mandato representativo de los representantes de los trabajadores está condicionado al de su unidad electoral de representación, de modo que la desaparición de la misma (empresa o centro de trabajo) conlleva la extinción del mandato, como pone de relieve, aun en términos indirectos, el artículo 25.f) del RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. La aplicación de esta regla a los supuestos de sucesión o subrogación empresarial, especialmente cuando se trata de sucesiones de contratas o de transferencias de funciones y servicios públicos, ha resultado particularmente compleja. En este sentido, conforme a las SSTs de 28 de junio y 23 de julio de 1990, la transmisión o sucesión de una empresa o centro de trabajo con subrogación por parte de otra empresa no conlleva la extinción del mandato representativo de los representantes de los trabajadores de aquélla, siempre que se mantenga el substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, el ámbito en el que fueron elegidos (centro de trabajo), y cuando no se produzca una integración en otro centro o unidad electoral.

En aplicación de esta doctrina y en el contexto de una pretensión de reconocimiento del derecho al crédito horario de unos representantes de los trabajadores, la **STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2002**, I.L. J 307, reconoce la extinción de su mandato en un supuesto de transferencia de un hospital de la Diputación Provincial de Zaragoza a la comunidad autónoma aragonesa, en el que se produjo una integración parcial de la unidad electoral precedente en una nueva unidad electoral con su propia representación. Por otra parte, esta sentencia adopta el mismo pronunciamiento respecto de un delegado sindical también demandante, una vez que su condición tiene como presupuesto la presencia de su sindicato en los órganos de representación unitaria de la nueva Administración y unidad electoral, lo que no consta.

### **B) Revocación del mandato representativo**

El artículo 67.3, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores, prohíbe la revocación del mandato de los representantes de los trabajadores durante la negociación del convenio colectivo. Este límite a la revocación tiene la doble finalidad de garantizar la culminación del proceso negocial, sin que ello se vea impedido por la desaparición de una de las partes en la negociación, y de favorecer el libre ejercicio de su derecho a la negociación colectiva por parte de esa representación, evitando la presión que podría suponer permitir la revocación durante ese período (STS de 1 de junio de 1990).

Resolviendo una cuestión sobre la que aun no hay una clara doctrina unificada por el Tribunal Supremo y respecto de la que existen soluciones discrepantes entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia, la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2002**, I.L. J 456, aplica el expresado límite en un supuesto de negociación de un convenio sectorial de comunidad autónoma, y estima que para ello no es necesario que los representantes cuya revocación se pretende participen directamente en la negociación del mismo, apreciando igualmente que tal circunstancia no afecta propiamente a la validez de la convocatoria de la asamblea revocatoria ni a la de la asamblea misma, sino a la del acuerdo de revocación adoptado.

En la **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 706, también se cuestiona indirectamente la validez de una asamblea y una votación revocatoria, a partir de la impugnación de una negativa de la empresa a reconocer la condición de representantes de los pretendidamente revocados. Reconoce en primer lugar esta sentencia que la revocación del mandato de los representantes de los trabajadores no constituye una materia electoral a efectos procesales; y, en segundo lugar, que la validez del acuerdo de revocación precisa del voto de la mayoría absoluta del censo electoral, debiendo computarse la totalidad de los votos válidos emitidos, sin que proceda a esos efectos la división por colegios o mesas electorales. Llama la atención ciertamente la distribución del censo y de los votos en el supuesto debatido, en el que había 85 trabajadores en el censo del colegio de técnicos y administrativos y 25 en el de especialistas y no cualificados (110 en total), con 43 votos favorables a la revocación en el primer colegio y 12 en el segundo (55 en total),

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

es decir, con la mitad exacta del total del censo favorable a la revocación, insuficiente, aunque por lo mínimo, para conseguir la mayoría absoluta.

### C) Reuniones, acuerdos y legitimación procesal del comité de empresa

Aparte de la genérica previsión del artículo 66.2 del Estatuto de los Trabajadores, nuestro ordenamiento no establece de manera específica una regulación de las reuniones y acuerdos del comité de empresa, remitiéndose tales materias a lo que el propio comité disponga en su reglamento de procedimiento.

En la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2002**, I.L. J 163, se cuestiona la validez de una reunión del comité de empresa convocada por un tercio de sus miembros para la sustitución de su presidente y su secretario, en un contexto de conflictivas relaciones entre las distintas representaciones integradas en el comité de empresa de un hospital. Una vez constituido el comité de empresa y siguiendo con una práctica habitual, se designó presidente a un miembro de la candidatura más votada. Tras ello y en el marco del proceso de negociación de un convenio colectivo, por los representantes de algunas candidaturas con presencia en el comité se intentó la convocatoria de dos reuniones con el objeto de valorar el proceso negocial y de informar a los trabajadores sobre su desarrollo, sin que por el presidente del comité se diera cauce a tales peticiones, a pesar de lo cual se celebró la segunda, directamente convocada por aquellos representantes. Posteriormente, éstos instaron la convocatoria de una nueva reunión, con el objeto de destituir al secretario y al presidente, respondiéndose por éste la imposibilidad de celebrarla en la fecha propuesta, por tener que asistir como testigo a un juicio, convocando la reunión para el día siguiente. No obstante, la reunión se celebró el día propuesto con los representantes de las candidaturas convocantes (14 de un total de 27), acordándose la sustitución de los repetidos cargos del comité, sin que tal acuerdo se aceptara por parte del presidente así destituido, que pretende la nulidad de la conflictiva reunión, por entender con ella vulnerado su derecho de libertad sindical, y sí, posteriormente, por la empleadora code mandada.

La referida STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2002, estima que la cuestión debatida no versa sobre una eventual lesión del derecho de libertad sindical, sino sobre la validez de la reunión del comité de empresa y de la sustitución de sus cargos. En esos términos, el Tribunal de Cataluña desestima la pretensión del presidente cesado y no aprecia en la conflictiva reunión del comité una vulneración de su derecho de libertad sindical, toda vez que la convocatoria de la reunión se hizo por más de un tercio de los miembros del comité de empresa y con notificación a los restantes representantes, que no obstante no acudieron a la reunión ni presentaron alternativas respecto de los cargos discutidos.

Respecto de los acuerdos del comité de empresa, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores los exige de manera específica y como presupuesto previo para la válida adopción de los despidos colectivos, con la posterior homologación por parte de la autoridad laboral, exigiéndose en caso de ausencia de acuerdo la autorización de esta Administración. En estos términos y conforme precisa la **STS de 15 de marzo de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 609, para que tal acuerdo sea válido deberá adoptarse por el órgano de

representación del centro en el que se toma la medida extintiva, sin que pueda alcanzar a trabajadores de otros centros de trabajo.

Finalmente, respecto de la legitimación procesal del comité de empresa para la interposición de demandas de conflicto colectivo, y en un supuesto en el que se impugna una decisión de organización del trabajo adoptada en una comisión o mesa de negociación en la empresa, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 638, afirma que tal legitimación activa concurre cuando la acción se presenta por varios miembros del comité, mayoría en el mismo.

### 3. CONFLICTOS COLECTIVOS

#### A) El proceso de conflicto colectivo

Es sobradamente conocida la doctrina del Tribunal Supremo que delimita el objeto de la modalidad procesal de conflicto colectivo a partir de la concurrencia de un elemento subjetivo, constituido por la afectación de un grupo genérico de trabajadores como conjunto estructurado a partir de una circunstancia homogénea y no como mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados, y de un elemento objetivo, conformado por la presencia de un interés indivisible en su configuración general respecto del expresado grupo genérico, sin perjuicio de su eventual y ulterior individualización (SSTS de 22 de marzo, 1, 6, 18, 22 y 25 de junio y 21 de julio de 1992, 27 de mayo de 1996, 19 de mayo de 1997, 2 de febrero y 12 de mayo de 1998, 17 de julio y 17 de noviembre de 1999, 28 de marzo y 12 de julio de 2000 y 26 de febrero de 2001, entre otras). No obstante, la reiteración de esta doctrina, su aplicación al caso concreto resulta con frecuencia compleja y controvertida.

En aplicación de esta doctrina, la **STS de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 554, estima que el proceso de conflicto colectivo no resulta adecuado para la declaración de peligrosidad de determinados puestos de trabajo a efectos de la aplicación del correspondiente complemento salarial. Entiende la Sala en este sentido que la cuestión planteada requiere tantas decisiones como puestos de trabajo para los que se pide el reconocimiento de su peligrosidad, lo que excluye el elemento de generalidad propio del conflicto colectivo, y que el debate versa en último término sobre el establecimiento de los hechos, en relación con la repetida peligrosidad de cada puesto, lo que requeriría una prueba y un juicio de hecho para cada uno de los puestos, lo que resulta extraño, también, a la modalidad procesal de conflicto colectivo.

Por su parte, la **STS de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 555, también estima la inadecuación del proceso de conflicto colectivo para examinar la validez de determinadas cláusulas sobre distribución y determinación flexible de la jornada, incorporadas a los contratos a tiempo parcial celebrados con los/as empleados/as de caja de la empresa Alcampo, como consecuencia de la variabilidad de circunstancias singulares diferenciadas que conlleva el

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

complejo y sucesivo proceso de reformas normativas adoptadas sobre el trabajo a tiempo parcial en los últimos años, en el que las normas transitorias reconocen el mantenimiento ultractivo del régimen precedente, conforme al cual el contrato se había celebrado, por lo que a falta de precisión sobre el período temporal al que se refiere cada contrato y, consecuentemente, sobre la norma aplicable en cada caso, no es posible determinar con carácter general la validez de las cláusulas litigiosas en la modalidad procesal de conflicto colectivo.

En la **STSJ de Baleares de 14 de enero de 2002**, I.L. J 87, el debate de fondo se centra en determinar la adecuación a Derecho de una decisión empresarial de aplicar una compensación de deudas sobre el salario de sus trabajadores, en relación con las retenciones en fuente a cargo del impuesto sobre la renta de las personas físicas, respecto de una retribución en especie consistente en suministro de energía eléctrica con “tarifa de empleado”, muy inferior al precio de mercado, en aplicación de la reforma de la legislación fiscal de 1991. Tras haberse declarado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la competencia del orden social para la resolución de esa cuestión y haberse devuelto las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que inicialmente había declarado su incompetencia en favor de la del orden contencioso-administrativo, este Tribunal Superior entiende que el debate no puede plantearse a través del proceso de conflicto colectivo, por concurrir en los trabajadores afectados circunstancias diversas en orden a determinar la regularidad de la actuación empresarial impugnada (tipo de retención, remuneración anual, consumo eléctrico, oposición al descuento de haberes,...), por lo que se trata más bien de un conflicto plural, de mera yuxtaposición de intereses y posiciones subjetivas particulares y singulares, conforme a la propia doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de mayo y 18 de noviembre de 1997).

También la **STSJ de Asturias de 19 de abril de 2002**, I.L. J 803, declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una pretensión de aplicación de las reglas de un convenio colectivo en materia de jornadas y descansos, por entender que el tema discutido no es la interpretación de tales normas convencionales, sobre las que estima no existe discrepancia entre las partes, sino su aplicación a los concretos trabajadores, por lo que falta el interés general e indivisible que conforma el conflicto colectivo.

Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de marzo de 2002**, I.L. J 636, declara la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo en relación con una pretensión declarativa de la inexistencia de diferencias funcionales sustanciales, sino sólo retributivas, entre varias categorías profesionales existentes en una empresa, y de la aplicación del sistema de ascensos establecido en convenio, toda vez que tales pretensiones afectan al interés general de los trabajadores incluidos en la referidas categorías y se basan en la interpretación de normas paccionadas.

### **B) Competencias funcional y territorial**

No por ser más reciente es menos conocida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la delimitación del ámbito del proceso conflicto colectivo a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para su resolución, así como la legitimación de las partes.

Conforme a las Sentencias de 15 de febrero de 1999, 17 de julio de 2000 o 7 de febrero de 2001, “el ámbito del conflicto colectivo no se determina en función de la norma interpretada, sino por la extensión real de la controversia”, sin que pueda quedar ésta al arbitrio de la determinación de las partes.

La Sala reitera este criterio en su **STS de 13 de marzo de 2002**, I.L. J 583, en relación con una demanda interpuesta frente al Servicio Andaluz de Salud con el objeto de que se declarase el derecho del personal sanitario de los equipos de atención primaria y de atención especializada de dicha comunidad a disfrutar de una jornada que no excediera de 48 horas por cada siete días, en cómputo anual, y el de los médicos de los referidos equipos a ser considerados como trabajadores a turnos, con las correspondientes consecuencias legales en materia de protección y prevención de riesgos laborales, ambos en relación con la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Partiendo de la competencia de la comunidad autónoma andaluza en la regulación y organización de la prestación de servicios del personal médico dependiente de la organización sanitaria en su ámbito territorial, y del cuestionamiento de las prácticas de ordenación del tiempo de trabajo en el Servicio Andaluz de Salud, aun en relación con una norma comunitaria, la Sala concluye estimando la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, frente a la pretendida de la Audiencia Nacional, para resolver el conflicto colectivo planteado.

### **C) Conflicto colectivo y negociación colectiva**

A pesar de las notables semejanzas entre el proceso de conflicto colectivo (arts. 151 y ss. LPL) y el de impugnación de convenios (arts. 161 y ss. LPL), hasta el punto de que éste se tramita conforme a las reglas procedimentales previstas para aquél (art. 151.2 LPL), el limitado alcance y objeto del proceso de impugnación de los convenios colectivos estatutarios impide que la misma pueda articularse a través de la modalidad de conflicto colectivo, en el que ni siquiera puede declararse directamente la nulidad de un convenio o de alguna de sus cláusulas con ocasión de su interpretación y aplicación judicial, como pone de relieve la **STS de 12 de febrero de 2002**, I.L. J 295.

En el supuesto del que parte esta resolución se insta a través de un proceso de conflicto colectivo la interpretación de una compleja cláusula de la normativa laboral de Telefónica en la que se reconoce a los trabajadores afiliados a los sindicatos con representación en los comités de empresa determinado número de horas anuales destinadas a la celebración de asambleas informativas con sus sindicatos. Esta cláusula tiene su origen en otras dos precedentes, anuladas por el Tribunal Supremo, en las que se reconocía un derecho semejante, primero respecto de los trabajadores afiliados a los sindicatos más representativos (Convenio de 1991 y STS de 18 de enero de 1995) y después a los afiliados a sindicatos con presencia en el comité intercentros (Acuerdo de 1995 y STS de 11 de octubre de 1999).

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

La citada STS de 12 de febrero de 2002, estima que el texto actual de la litigiosa cláusula no difiere sustancialmente de sus precedentes, en cuanto que restringe injustificadamente un derecho en función de la filiación sindical, por lo que su virtualidad debe ser la misma. No obstante, una vez que el proceso articulado es de conflicto colectivo y no de impugnación del convenio, la Sala reconoce su imposibilidad para declarar la nulidad de la cláusula vigente, no obstante lo cual, en cumplimiento de su función de control de la normativa infra legal, estima su inaplicación como norma jurídica, por carecer de validez.

Otro importante punto de conexión entre el proceso de conflicto colectivo y el de impugnación de convenios se pone de manifiesto en el hecho de que la impugnación de acuerdos colectivos no encuadrables en el marco del título III del Estatuto de los Trabajadores se tramita conforme a aquella modalidad de conflicto y no a través del procedimiento de impugnación de los convenios estatutarios. Del mismo modo, la resolución de los conflictos colectivos puede articularse a través del correspondiente proceso judicial o solventarse fuera de ese ámbito a través de un acuerdo colectivo, en su caso preprocesal, con un valor jurídico en ocasiones semejante al del convenio colectivo.

En este contexto, en la STS de 12 de marzo de 2002, I.L. J 576, se resuelve un conflicto colectivo en el que se impugna un acuerdo colectivo resultado de una conciliación adoptada en otro conflicto colectivo. Este conflicto inicial surgió con una convocatoria de la empresa RENFE de un proceso de detección de titulados con potencial profesional para la futura cobertura de puestos de estructura de apoyo o de titulados de grado medio, cuyo incumplimiento en cuanto a la consolidación de los puestos provocó un acuerdo conciliatorio de gestión entre la empresa y el sindicato UGT por el que se consolidaban y promocionaban efectivamente los trabajadores que participaron en aquel proceso.

La Sala declara la nulidad de este acuerdo conciliatorio de consolidación por no ajustarse a las previsiones establecidas en convenio colectivo para la promoción profesional y la cobertura de vacantes, afectando con ello al derecho de promoción de los trabajadores que no participaron en el proceso de detección de titulados y que conforme al convenio podían acceder a los puestos consolidados en ese proceso.

### 4. DERECHO DE HUELGA

#### A) Preaviso de huelga. Huelga intermitente

El artículo 3.3 del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, impone a los sujetos convocantes de una huelga la obligación de comunicar su propósito a la empresa o empresas afectadas y a la Administración laboral competente, indicando sus objetivos, las gestiones realizadas para resolver el conflicto, la fecha de inicio y la composición del comité de huelga.

En el supuesto de la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de enero de 2002, I.L. J 94, se trata de una convocatoria de huelga en el sector sanitario público de esa

comunidad autónoma que es notificada por la Intersindical Canaria al Servicio Canario de Salud y a la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias el 19 de octubre de 2001, con indicación de su inicio para el 5 de noviembre de 2001. Por escrito del citado Servicio de Salud de 24 de octubre se responde a la comunicación indicando que no se tiene por hecho el preaviso, por no precisarse el ámbito subjetivo de la convocatoria de huelga, instando a la organización convocante a subsanar tal insuficiencia. La apreciada imprecisión sobre los trabajadores afectados por la huelga parte del hecho de que la convocatoria se refiere a todos los trabajadores dependientes del Servicio Canario de Salud y de que su causa es “la falta de articulación de una negociación colectiva”, y tal circunstancia no se produce respecto de todo personal expresado. Por otra parte, la repetida Administración sanitaria estima en su contestación al preaviso que la huelga notificada es intermitente, por convocarse para los días 9, 12 y 14 de noviembre, y consistir en un paro de una hora de cada tres.

La organización sindical convocante no da respuesta al requerimiento del Servicio Canario de Salud y por éste no reconoce la validez del litigioso preaviso, no se adoptan medidas para el establecimiento de servicios mínimos y se comunican tales circunstancias a las distintas Áreas de Salud para que tomen las medidas necesarias, lo que obligó a la Intersindical Canaria a desconvocar la huelga, que demanda a la Administración sanitaria de Canarias por entender que con las expresadas actuaciones ha vulnerado su derecho fundamental de huelga en conexión con el de libertad sindical.

La citada **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de enero de 2002**, desestima la pretensión de la organización sindical actora por entender correcto el proceder de la Administración demandada, con base en la imprecisión del ámbito subjetivo de la huelga y en su posible carácter abusivo, por intermitente, no apreciando además perjuicio alguno susceptible de indemnización en favor de aquella organización, por el hecho de no tenerse por realizado el preaviso de la huelga convocada.

### **B) Determinación de los servicios mínimos**

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce expresamente como límite del derecho fundamental de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, para cuya garantía se establecerán en las empresas afectadas por el conflicto los servicios mínimos que sean necesarios, por acuerdo entre la representación de los trabajadores o el comité de huelga y la dirección de la empresa, sin que ésta pueda fijarlos unilateralmente, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 6.7 RD-Ley 17/1977 y STC de 8 de abril de 1981).

De manera excepcional, en un supuesto de huelga en el sector siderometalúrgico de Madrid, la **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 467, declaró la inexistencia de vulneración de los derechos de huelga y de libertad sindical en una decisión unilateral de una empresa de fabricación, montaje y mantenimiento de ascensores, por la que se fijaban los servicios mínimos en una de sus zonas de organización, teniendo en cuen-

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ta que se habían negociado tales servicios mínimos con la representación de los trabajadores, con acuerdo respecto de dos zonas de organización y sin acuerdo en una tercera zona, que los servicios mínimos sólo afectaban al mantenimiento y seguridad y no a la producción y montaje, y que el porcentaje de trabajadores afectado era inferior al 15 por ciento; sin que a ello obstara, por lo demás, la ausencia de justificación expresa de tal decisión, dada la notoriedad de la necesidad de fijar servicios mínimos en ese ámbito.

### C) Vulneración del derecho de huelga

Partiendo de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en el proceso de tutela de libertad sindical, más arriba comentada, la **STC de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 606, resuelve un recurso de amparo en relación con una pretendida vulneración del derecho de huelga por parte de una empresa. En este caso, los indicios aportados por los demandantes, representantes sindicales y legales de los trabajadores, para la recreación y reconocimiento judicial de un panorama lesivo de ese derecho fundamental en un contexto de conflictividad social en el que se suceden varias convocatorias de huelga, se refieren a la contratación de varios trabajadores eventuales durante el desarrollo del conflicto y al despido de tres trabajadores que son posteriormente readmitidos por la empresa como contraprestación negociada de la desconvocatoria de la huelga.

Una vez admitida la virtualidad de los expresados indicios para la distribución de la carga de la prueba, el Tribunal Constitucional estima que la empresa logra probar que la contratación de los indicados trabajadores temporales tiene una justificación ajena a móviles antisindicales o antihuelga, y que no constituye un supuesto de esquirolaje ni vulnera el repetido derecho fundamental, toda vez que responde a una necesidad objetiva de mano de obra eventual en determinada sección de la empresa en la que en los últimos meses había disminuido el stock de materia prima y que el proceso de colocación de tales trabajadores había comenzado con anterioridad al conflicto, sin que su no participación en la huelga afectara a la misma en términos contrarios a la constitución.

Por el contrario y en términos seguramente más relevantes desde el punto de vista doctrinal, la referida STC de 21 de marzo de 2002, estima que el despido de los trabajadores y su posterior readmisión como condicionante o contraprestación transaccional de la desconvocatoria de la huelga sí constituye una actuación lesiva del derecho de huelga.

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ



**VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación. Comisión negociadora. 4. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. 5. Determinación del convenio aplicable. A) Del sectorial. B) En la sucesión de empresa. 6. Convenios “extraestatutarios”. 7. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 8. Administración del convenio colectivo. Por las comisiones paritarias.**

**1. CONSIDERACIÓN PREMILINAR**

Se reseñan a continuación las sentencias más destacables dictadas en materia de negociación colectiva por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia entre los meses de enero y abril de 2002, ambos incluidos, publicadas en los números 1, 2, 3 y 4 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* de Lex Nova, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. Cuantitativamente, destacan las que abordan cuestiones relacionadas con la determinación del convenio sectorial aplicable, que se resuelve aplicando el conocido criterio de atender a la actividad principal de la empresa. Cualitativamente, se presentan más interesantes, aunque tampoco son novedosas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo y 12 de febrero, la primera relativa a la distribución de los puestos de la comisión negociadora de un convenio de empresa entre las candidaturas sindicales presentes en los órganos de representación unitaria; la segunda rechazando que conculque la legalidad el convenio colectivo que establece para el conjunto de los conceptos salariales pactados un importe superior al resultante de aplicar los mínimos legales, aunque atribuya a uno de aquéllos una cuantía inferior a la de éstos. También merece ser traída a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de febrero, sobre la imposibilidad de que el convenio colectivo pueda proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas o disfrutadas a título individual.

**2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR**

El requisito del art. 87.3 ET, según el cual la legitimación de una asociación empresarial para negociar convenios sectoriales depende de que cuente, como mínimo, en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio, con el diez por ciento de los empre-

sarios, debe entenderse en el sentido de que es preciso que tales empresarios figuren afiliados o vinculados asociativamente a aquélla, de manera que no basta con que éstos concedan a la misma un poder o su representación para negociar. Pero, además, es necesario que la asociación empresarial de que se trate se haya constituido, no al amparo de la legislación común de asociaciones, sino con arreglo a la Ley 19/1977, de 1 de abril, y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril (STS de 21 de marzo de 2002, I.L. J 530).

### 3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN. COMISIÓN NEGOCIADORA

La distribución del número de puestos que corresponde en la comisión negociadora de un convenio de empresa a cada candidatura, sindical o no, presente en los órganos de representación unitaria (art. 88.1, párrafo primero, ET), debe resolverse de acuerdo con un sistema aritmético que asigne aquéllos en proporción a los resultados obtenidos por cada candidatura en las elecciones desarrolladas para cubrir los mencionados órganos. Confirma la aplicación de dicho criterio y, a la vez, explica el funcionamiento del sistema, la STS de 7 de marzo de 2002, I.L. J 563:

“Dicho sistema consiste en dividir el número de representantes de los trabajadores establecidos en la empresa entre el número de puestos de la parte social en la mesa de negociación. El cociente sirve para otorgar los puestos en la mesa negociadora, dividiendo por el mismo cociente el número de representantes obtenidos por cada sindicato. Una vez establecidos estos resultados, si quedaran vacantes en el órgano de negociación se atiende a los llamados ‘restos’, dentro de los cuales pueden entrar incluso los sindicatos que no alcanzan el mínimo preciso para la adjudicación directa.”

Según lo anterior, en el caso de autos, en el que se trataba de negociar un convenio específico para una empresa que contaba con 51 representantes unitarios, de los cuales 22 pertenecían a UGT, 20 a CCOO, 5 a ATP, 3 a CGT y 1 a ELA-STV, de los once puestos que se acordó que tendría la representación de los trabajadores en la mesa negociadora 5 corresponderían a UGT, 4 a CCOO, 1 a ATP y 1 a CGT:

“En el presente supuesto, resulta que, siendo 51 los representantes unitarios de los trabajadores existentes en la empresa, al dividir este número por los 11 componentes del banco social, cada uno de estos puestos precisa de 4,25 puestos de representantes, de donde UGT, con 22 puestos, obtiene 4 puestos negociadores directos y conserva un resto de 0,745; CCOO, con 20 representantes, obtiene 4 puestos negociadores directos y conserva un resto de 0,314; ATP, con 5 representantes, obtiene un puesto negociador y conserva un resto de 0,078. Y como CGT tiene 3 puestos de representantes no obtiene ningún puesto negociador directo, pero conserva o tiene un resto de 0,647. Adjudicados así 9 de los 11 puestos, UGT obtiene 1 puesto más por su 0,745 de resto, y, seguidamente, debe adjudicarse el puesto 11 a CGT, por su resto de 0,647.”

## VIII. Negociación Colectiva

### 4. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

Vulnera la legalidad y, en concreto, la regulación legal y reglamentaria del contrato de relevo y de la jubilación parcial, la cláusula del convenio colectivo que encubre, bajo la apariencia de dicha modalidad de jubilación, una jubilación anticipada que pretende eludir la correspondiente reducción de la pensión (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de enero de 2002, I.L. J 143). En cambio, puede no resultar contrario a la aludida legalidad el convenio colectivo que fija para cada hora de espera (o “de presencia”) prestada en la actividad de transporte una retribución de cuantía inferior a la de la hora ordinaria de trabajo. Semejante previsión convencional no contradice lo dispuesto en el art. 8.3, párrafo segundo, del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre [“Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, (las horas de presencia) se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias”], siempre que el importe pactado en el convenio para el conjunto de los conceptos salariales sea superior a la suma de los mínimos legales establecidos. Se trata de un criterio aplicable a cualquier otro concepto salarial que aparezca previsto por las normas estatales, como recuerda la STS de 12 de febrero de 2002, I.L. J 297, dictada en casación para la unificación de doctrina:

“La apreciación conjunta de las normas de los convenios colectivos, el carácter preeminente que en la regulación de las relaciones de trabajo adquiere la negociación colectiva, (...) ha llevado a esta Sala a establecer que no quebranta las normas estatales que fijan mínimos retributivos a determinados conceptos salariales, los convenios colectivos que en el conjunto de las retribuciones pactadas exceden estos mínimos, aunque en algún concepto determinado no lleguen a cubrirlos, así la sentencia de 27 de febrero de 1995 y otras que siguen la misma doctrina (sic), pues compete a la negociación colectiva pactar subidas salariales del convenio en aquellos conceptos de la estructura salarial que estimen más conveniente, siempre que el conjunto de lo percibido por cada trabajador exceda de la suma de los mínimos legales establecidos.”

Por lo demás, advierte la sentencia parcialmente transcrita que la regulación de las horas de espera que lleva a cabo el citado precepto del Real Decreto 1561/1995 “no es propiamente un desarrollo del (...) art. 34 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, el posible carácter necesario de dicha norma es indirecto y accesorio”.

La regulación de condiciones de trabajo pactada individualmente por los trabajadores y la empresa constituye límite que debe ser respetado por la regulación de condiciones de trabajo realizada por el convenio colectivo. El convenio colectivo no puede modificar tales condiciones, las cuales, por estar incorporadas al contrato de trabajo, únicamente admiten su alteración por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual ex art. 41 ET. Así, en relación con la condición de no trabajar en domingo o en festivo derivada de pacto individual y modificada por el convenio colectivo de “grandes almacenes”, SAN de 18 de febrero de 2002, I.L. J 602:

“El convenio colectivo como instrumento normativo de las relaciones laborales puede regular las condiciones de trabajo y de productividad en el ámbito correspondiente al área de

negociación y penetrar en los aspectos de las relaciones individuales, pero no en aquellas condiciones *ad personam*, integradas en el contrato que afectan a su propio objeto, como es la no prestación de servicios en domingos o festivos, las cuales exigen ser respetadas, habida cuenta que los trabajadores no han asumido la obligación de realizar su actividad laboral en dichos días, sin que en la negociación por vía de la autonomía colectiva, en la que interviene la patronal y los sindicatos más representativos, se pueda pactar la alteración de dicho objeto, por no existir norma legal que habilite la negociación respecto a una materia sobre la que, con apariencia de distribución de la jornada laboral, impone la obligatoriedad de trabajar en domingo o festivo a aquellos trabajadores que no hayan acordado con la empresa la prestación de servicios en esos días de descanso semanal y de fiesta laboral de imperativo legal por mor del art. 37.1.2. del ET, y el único medio de modificación sustancial de una condición de carácter individual, al estar integrada en el contrato de trabajo de cada uno de los trabajadores, es el del art. 41 del ET, sin que aquel carácter individual lo pierda por el hecho de que los trabajadores afectados formen un colectivo, pues la condición de inexistencia de la obligación de trabajar en domingo o festivo no nace de un acuerdo o pacto colectivo, ni de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, sino del mismo contrato laboral con las consecuencias jurídicas del art. 1091 del Código Civil; por consiguiente, al establecer el convenio colectivo la modificación sustancial de una condición de trabajo de carácter individual infringe el art. 41 del ET, que es de *ius cogens*, con el consiguiente efecto de nulidad en virtud del art. 6.3 del Código Civil, garante del principio de legalidad proclamado por el art. 9 de la Constitución, sin que sea causa enervante de esta conclusión la exigencia del informe previo del comité intercentros, establecida en el núm. 3 del art. 32 del convenio, ya que el valor del mismo no es más que el de una simple audiencia del órgano de representación de los trabajadores, por lo que la decisión empresarial es unilateral, y su resultado, no sólo no es producto del acuerdo interpartes, sino que tampoco se acomoda la modificación a lo previsto en el referido art. 41.

El apartado 4 de la disposición transitoria primera dice textualmente: ‘a partir de 1 de enero de 2003, no se podrá programar por la empresa trabajo en domingos o festivos a ningún trabajador con condición personal de no trabajar dichos días que no haya querido integrarse en el sistema general, salvo que, por ineludibles necesidades de atención al público en los centros en los que no se hayan alcanzado los parámetros del número anterior, la empresa, previo acuerdo con el comité intercentros, podrá hacer excepciones en los mismos términos del número anterior’.

En este caso, se exige acuerdo con el Comité intercentros, y aunque con ello se aproxime a la exigencia del art. 41 del ET, en cuanto al acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, sin embargo se obvia el derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el apartado 3 párrafo segundo del art. 41 del ET y, por ello, este punto 4 de la Disposición Transitoria Primera adolece de igual vicio de nulidad, conforme al art. 6.3 del Código Civil, toda vez que atenta a los derechos individuales del trabajador, al no reconocerle el derecho indemnizatorio, que como necesario está previsto en aquel párrafo segundo del apartado 3 del art. 41 del ET, y en consecuencia procede estimar la pretensión rectora del proceso en este particular.”

### 5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

#### A) Del sectorial

Es pauta generalmente seguida por los Tribunales laborales la de resolver la cuestión de la determinación del convenio sectorial aplicable a una empresa reparando en la actividad preponderante o principal de aquélla. Se trata de un criterio que cuenta con recepción en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que tiene oportunidad de volver a admitirlo en la **Sentencia de 29 de enero de 2002**, I.L. J 60, que desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2001 y confirma la inclusión en el convenio colectivo estatal de “estaciones de servicio” de la empresa que, además de comercializar la venta de carburantes en una red de dichas estaciones, dispone en éstas de tiendas en las que se ofrecen a los clientes diversos productos. Tal circunstancia se considera insuficiente para estimar la pretensión de que se declare que el convenio colectivo aplicable es uno del sector del comercio:

“Para la determinación acerca de cuál de los dos convenios resulta aplicable a la empresa demandada y a sus trabajadores, ha seguido la Sala de instancia el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa, a la vista de los hechos probados, conforme a los cuales aparece con la suficiente claridad que la actividad preponderante de ‘Gespevesa’ consiste en gestionar la comercialización de carburantes en una red de estaciones de servicio de alta calidad, con ‘tiendas de conveniencia’ que cumplen la función de atender a una demanda específica de los consumidores, ofreciéndoles una gran variedad de artículos en venta, y también determinados servicios, tales como pequeñas cafeterías, lavado automático de vehículos, máquinas de aspirado, teléfono público, fotocopias, fax, internet, envío de flores, etc., pero predominando claramente la actividad y los ingresos obtenidos por la venta de carburantes sobre los relativos a las tiendas, de tal manera que la conclusión obtenida en orden a la aplicabilidad del convenio estatal de estaciones de servicio, y no el (sic) del convenio del comercio vario de la Comunidad de Madrid fue la correcta.”

Recorre también al criterio expuesto la **STSJ de Cataluña de 15 marzo de 2002**, I.L. J 672, que rechaza que pueda quedar incluida en un convenio colectivo autonómico de hostelería la empresa cuya actividad principal y predominante consiste en la explotación de un parque de ocio infantil para niños menores de diez años que deben ir acompañados de sus padres o tutores y que cuenta con una barra en la que éstos pueden realizar consumiciones mientras esperan a aquéllos.

El servicio de lectura de contadores de consumo eléctrico realizado por una empresa para otra dedicada a la producción y distribución de energía eléctrica no comporta la aplicación a la primera de un convenio colectivo provincial de la industria siderometalúrgica. Así, confirmando la sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2001, **STS de 30 de enero de 2002**, I.L. J 129:

“El convenio colectivo de la ‘industria siderometalúrgica’ de la provincia de La Coruña no es aplicable a la actividad desarrollada por la empresa, ya que la actividad (...) de lectura

de contadores, en el contexto del contrato suscrito con ‘Unión Fenosa’, no resulta vinculable con la siderometalurgia y, en concreto, con trabajos auxiliares o afines de la misma o con tareas de instalación, montaje o reparación incluidas en dicha rama u otra que requiera tales servicios, o con relación de afinidad esencial con los previstos en el artículo 1º del convenio colectivo de autos. Supone realmente una actividad de servicios en torno a la del puro suministro de energía eléctrica a los consumidores, suministro que como tal no está comprendido en el ámbito funcional del convenio dicho.”

Vistos los respectivos ámbitos funcionales de los convenios colectivos de la industria química y de la industria textil, ambos estatales, este último es el aplicable a la empresa que se dedica a la obtención, mediante la utilización de fibras textiles y resinas fenólicas y propileno, de fieltros sin transformar, fieltros troquelados y fieltros moldeados, lo que comporta la realización de las labores de mezcla de las fibras y aplicación de las resinas sin transformación, corte, conformado, cordado, punzado y prensado en caliente, todo ello con el objeto de obtener un producto de mayor o menor consistencia destinado, entre usos, a la elaboración de techos y suelos de automóviles, aislantes, colchones o tapicerías. Tal es la solución a la que llega la **STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2002**, I.L. J 405:

“Es evidente que las actividades englobadas en sector textil, de muy diversa índole, no se agotan en la mera confección o tejido de fibras, sino que incluyen procesos en los que intervienen distintas sustancias, aplicadas a las fibras, naturales o sintéticas y que no impiden, por ello, que quepa seguir encuadrando a la empresa en ese ámbito funcional. Por el contrario, el examen de las actividades que pueden considerarse propias del convenio de la industria química lleva a la Sala al firme convencimiento de que la empresa demandada no puede incluirse dentro de tal sector, puesto que, pese a la utilización de resinas y otros elementos, no se lleva a cabo ni la producción ni la transformación de tales productos, sino que se limita a efectuar la aplicación de los mismos sobre fibras de naturaleza textil, siendo indiferente de la mayor o menor complejidad del procedimiento de aplicación. En cualquier caso, el producto obtenido sigue siendo un producto textil, manipulado y transformado (...)”

Pero, además, advierte la Sala que, a efectos de identificar y establecer cuál es el convenio aplicable, “resulta completamente irrelevante cuál es el mercado” al que se dirigen los productos elaborados por la empresa, “pues tampoco eso altera la naturaleza de las cosas, a la que ha de estarse a la hora de determinar las unidades de negociación y los ámbitos de aplicación y eficacia normativa de los convenios”.

### **B) En la sucesión de empresa**

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina (Sentencia de 15 de diciembre de 1998) lleva a la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 473, a mantener, en un supuesto de subrogación empresarial producida antes de la entrada en vigor de la modificación del art. 44 ET, que los trabajadores afectados tienen derecho a que se les continúe aplicando el convenio colecti-

## VIII. Negociación Colectiva

vo de la empresa cedente vigente en el momento de la subrogación, pero no otro posterior negociado para igual empresa:

“Los trabajadores pertenecientes a ‘Alresa’, que el 1 de abril de 2000 pasaron a prestar servicios a ‘Alfrese, SA’, en virtud de sucesión de empresa, tienen derecho a que por ‘Alfrese, SA’ se les respeten los derechos existentes en el momento de producirse dicha sucesión, es decir, los fijados en el convenio colectivo de empresa vigente el 30 de marzo de 2000, pero no los derechos que en el futuro (se) puedan establecer para los trabajadores de ‘Alresa’ en virtud de sucesivos convenios colectivos de dicha empresa que no les son aplicables por no ser ya trabajadores” de ella “y no tener derecho a que se les respeten las expectativas de derecho que pudieran tener”.

### 6. CONVENIOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Da origen a uno de ellos el acuerdo alcanzado en el seno de una comisión negociadora de un convenio de empresa de la que se ha excluido a una candidatura sindical con derecho a estar presente en dicha comisión. La “ilegalidad de la composición de la comisión negociadora (...) impone que sea declarada la ineficacia general del pacto alcanzado, pero sin que pueda afectar a su eficacia como ‘contrato’ entre quienes libre y eficazmente firmaron el acuerdo, que, si carece de alcance obligatorio general por aquella ilegalidad, no se ve privado de la virtualidad derivada del art. 37 de la Constitución, en relación con el art. 1091 del Código Civil” (STS de 7 de marzo de 2002, I.L. J 563).

### 7. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

De tratarse de una impugnación por “ilegalidad”, disponen de legitimación para realizarla las “asociaciones empresariales interesadas” [art. 163.1.a) LPL], “que, a contrario sensu de su exclusión como terceros, han de representar a ‘empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio’. Los empresarios, como los trabajadores incluidos en el ámbito de negociación (sic) del convenio, no pueden impugnar, por procedimiento colectivo, directamente la norma, sino a través de la correspondiente asociación empresarial que los represente, y esta limitación de la legitimidad impugnadora ha sido declarada conforme a la Constitución, en atención a la especificidad del objeto litigioso” (SAN de 29 de enero de 2002, I.L. J 599).

### 8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LAS COMISIONES PARITARIAS

Sobre la distinción entre facultades de negociación y meras facultades de administración de las comisiones paritarias y la posibilidad de limitar la participación en éstas a los sindicatos que hayan suscrito el convenio o acuerdo colectivo, STS de 13 de marzo de 2002, I.L. J 586, reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular.

JAVIER GÁRATE CASTRO



**IX. SEGURIDAD SOCIAL****Sumario:**

**Consideración preliminar. 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento.**

**4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.** A) Concepto de accidente. B) Indemnización por daños y

perjuicios. C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene. D) Enfermedad profesional. **9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones.**

**10. Asistencia sanitaria.** A) Reintegro de gastos sanitarios. **11. Incapacidad temporal.**

A) Dinámica de la prestación. B) Incapacidad Temporal y Regímenes Especiales.

**12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de seguridad social.** A) Competencia del orden jurisdiccional social y del orden con-

tencioso-administrativo. B) Legitimación. C) Prueba. D) Recursos. E) Ejecución.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se analizan en la presente crónica las sentencias analizadas en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813).

**1. FUENTES**

El TS en su Sentencia de 10 de marzo de 1999 declaró que la base reguladora de la pensión debe calcularse atendiendo a las bases medias de cotización vigentes en España para un trabajador de la misma categoría que el actor, que como en el caso que resuelve la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2002, I.L. J 189, ejerció su actividad profesional en Inglaterra antes de la entrada en vigor del Reglamento 1408/1971 y en consecuencia debe aplicarse el Convenio hispano-inglés por ser más favorable, como reiteradamente se ha repetido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver por ejemplo, Sentencias de 16 de marzo, 15 de abril, 11 de mayo y 7 de junio de 1999).

El art. 69 del Reglamento 1408/1971 establece que el trabajador que reúna los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones y se desplace a otro con el fin de buscar empleo, conservará las prestaciones siempre que cumpla unas determinadas condiciones y dentro de unos determinados límites. Así según se establece en el apartado b) deberá inscribirse como solicitante de empleo en los servicios de empleo del Estado al que se traslade. Cuando el trabajador, como en la STSJ

de Asturias de 22 de febrero de 2002, I.L. J 315, no cumpla este requisito se extinguirá la prestación, por tanto no tiene derecho a reanudar la prestación cuando regrese a España aunque esté dentro de los tres meses a partir de la fecha en la que dejó de estar a disposición de los servicios de empleo de su Estado de procedencia.

El art. 3 del Reglamento 1408/1971 establece que el beneficiario tiene derecho a que le sean satisfechas las pensiones debidas por cada Estado, pero con la salvedad de que las mismas no pueden superar la más elevada de las cuantías teórica calculada por las diversas entidades gestoras, ya que si fuera de otra forma, esto es, de producirse la superación de este tope por la suma de las pensiones calculadas conforme a las normas de totalización, aquellas pensiones deberán de ser modificadas en proporción correspondiente a la relación que se dé entre la cuantía de la prestación de que se trate y la suma de las prestaciones calculadas. La ficción, en este supuesto concreto, debe reducirse al hecho de que el trabajador emigrante ha seguido trabajando en su país a los efectos de tener derecho a la prestación, la base se ha de fijar conforme a las cotizaciones efectivamente trabajadas, revalorizadas de la misma manera que la de otros trabajadores con igual categoría en el propio país (STSJ de Cantabria de 6 de marzo de 2002, I.L. J 753).

## 2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

## 3. ENCUADRAMIENTO

En la STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2002, I.L. J 156, se establece que no cabe el alta como asimilado a cuenta ajena a tiempo parcial, del administrador de una sociedad que no posee el control económico de la misma sino, por el contrario, dicha alta debe realizarse a tiempo completo, ya que no se le aplica la normativa del ET, según jurisprudencia constante sobre su art. 1.3, pues la naturaleza de sus servicios es de tipo mercantil (sin desempleo y FOGASA), siendo la cotización mínima a realizar coincidente con las bases mínimas de cotización a la SS.

La STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2002, I.L. J 395, por su parte, determina la improcedencia del alta en el RETA de la administradora de una empresa que, a pesar de poseer la mayoría del capital social, no ejerce ningún tipo de funciones directivas o gerenciales personal y directamente.

Se considera procedente, a efectos de su encuadramiento en la Seguridad Social, comprobar la “habitualidad” de los agentes de seguros recurriendo al criterio de la cuantía de las retribuciones percibidas —normalmente por anualidades—, por equivalencia a la cuantía del SMI, según la STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2002, I.L. J 170. En ese sentido también se manifiesta la STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de febrero de 2002, I.L. J 330, que añade, siguiendo la doctrina del TS, que no cabe incluir en el requisito

## IX. Seguridad Social

de la habitualidad el hecho de que la actividad sea el único o principal medio de vida. En relación con un trabajador dado de alta en el RETA, la **STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 421, trata un caso en el que se discute si la fecha del alta debe coincidir con el momento en que inició su actividad o desde la fecha en la cual ésta empezó a ser lucrativa. En estos supuestos, es “intrascendente el montante de los ingresos reales obtenidos”, siendo lo importante el ejercicio habitual de la profesión y la fecha del alta de aquélla en la que se inicie la actividad.

Sobre lo que debe entenderse por control efectivo de la sociedad, a efectos del encuadramiento en el RETA según la DA Vigésima Séptima LGSS, la **STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 679, establece que el mismo no tiene por qué coincidir con un poder absoluto sobre las decisiones de los otros socios. En cambio, dicho concepto supone “la facultad de dirigir la actividad empresarial en todos los ámbitos en que se desarrolla por medio de los votos” otorgados por las acciones y participaciones.

Para obtener el alta en el Régimen Especial Agrario como trabajador por cuenta propia, es preciso que las labores agrarias constituyan el medio fundamental de vida del trabajador. Pueden plantearse dudas en el supuesto en el que nos hallemos ante una diversidad de fuentes de ingresos, hecho que motivará un análisis comparativo para determinar cuál es la fundamental y cuáles las marginales. A estos efectos, la **STS de 16 de abril de 2002**, u.d., I.L. J 783, recuerda que el criterio interpretativo a seguir lo ofrece la norma: art. 2.2 del Decreto 3772/1972. Éste presume que para los trabajadores agrícolas por cuenta propia, los ingresos obtenidos no constituyen su principal medio de vida cuando el trabajador, su cónyuge o parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que convivan con él, sean titulares de un negocio mercantil o industrial.

### 4. GESTIÓN

El Tribunal Supremo, **STS de 3 de marzo de 2002**, I.L. J 571, no entiende que sean exigibles los intereses legales previstos en el art. 921 LEC (1881) a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales condenada como responsable de pensión de viudedad debido al retraso sufrido en el abono de las prestaciones correspondientes desde el hecho causante hasta la sentencia de suplicación. Entiende el Tribunal que estos intereses legales son exigibles a las Mutuas cuando son condenadas a abonar cantidades a tanto alzado pero ello no es así en el caso de que sean responsables de prestaciones periódicas. Y ello en base a dos argumentos: en primer lugar, en los supuestos de prestaciones periódicas las Mutuas se limitan a constituir un Capital Coste. En segundo lugar, la interposición de un recurso de suplicación no priva a la parte beneficiaria del abono de la prestación durante la tramitación del mismo, abono que no habrá de devolver aunque la sentencia de instancia sea revocada.

### 5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

## 6. COTIZACIÓN

Se desestima la pretensión de que le fuesen reconocidos a la actora como cotizados por el INSS los años que ejerció como religiosa, anteriores a 1 de enero de 1962. El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina establecida en las SSTS de la misma fecha, de 28 de febrero de 2001, entiende que la asimilación como períodos cotizados a religiosos y sacerdotes secularizados durante el tiempo que estuvieron ejerciendo actividades religiosas comprende el tiempo en que “no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social”, tal como se reconoce en la Disposición Adicional Décima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Por tanto, esta asimilación abarca a períodos anteriores a la incorporación tardía en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de dichas colectivos, incorporación que se produjo concretamente a través de la Orden de 19 de diciembre de 1977 para los clérigos y del Real Decreto 3325/1981, de 7 de abril, respecto de los religiosos. Si bien dicho reconocimiento no es ilimitado en el tiempo y ante el silencio de los Reales Decretos 487/1998, de 27 de marzo y 2665/1998, de 11 de diciembre, que desarrollan el mandato de asimilación previsto por la Ley 13/1996, el Supremo en unificación de doctrina considera acertado el criterio del INSS según el cual se fija como *dies a quo* el 1 de enero de 1962 por ser sólo a partir de esa fecha cuando pudieron realizarse cotizaciones a la primera Mutualidad de Autónomos, concretamente la de Alimentación, **STS de 23 de enero de 2001, I.L. J 42.**

En la **STS de 31 de enero de 2002, I.L. J 132**, el Supremo confirma la extensión de la doctrina del paréntesis a los períodos en que el desempleado no tiene obligación de cotizar, doctrina reconocida en su momento para los períodos de incapacidad temporal o de invalidez provisional en los que no existía obligación de cotizar (SSTS de 7 de febrero de 2000 y de 21 de julio de 2001, entre otras). En concreto, se mantiene que la doctrina de paréntesis es también perfectamente aplicable a quien está en situación de desempleo involuntario, con la prestación agotada y con inscripción como demandante de empleo, por el tiempo en que no cotizó. En consecuencia, no se computará dicho período dentro del cálculo para determinar la base reguladora, tal como pretendía el INSS.

A la actora le fue reconocida una pensión de incapacidad en grado de total, con declaración de reserva de puesto de trabajo, por ser previsible en el plazo de dos años una revisión de la calificación por mejoría. Tras la revisión de oficio, el INSS declaró a la actora apta para el trabajo y ésta se reincorporó a la empresa de procedencia, siendo despedida disciplinariamente unos meses más tarde. La actora solicitó prestación por desempleo siéndole denegada la prestación por el INEM al considerar como cotizados sólo 174 días de los 360 días exigibles. Se pretende por parte de la actora que le sean reconocidas las cotizaciones que dieron lugar a la pensión de no invalidez que le fue revocada a efectos del reconocimiento de la prestación por desempleo. El Tribunal desestima tal pretensión pues entiende que las cuotas precedentes a la declaración de invalidez, al contribuir en la conformación de la prestación de invalidez, agotaron en ello su eficacia de manera que lo que se pretende evitar es una doble protección para una misma situación de pérdida de ingresos, **STSJ de Aragón de 11 de febrero de 2002, I.L. J 300.**

### 7. RECAUDACIÓN

Como en ocasiones anteriores, el tema más ampliamente tratado por la jurisprudencia del período en la materia hace referencia al reintegro de prestaciones indebidas, dentro del cual pueden destacarse una serie de puntos. En primer lugar, el tan manido sobre el plazo que alcanza la obligación de reintegro, reiterándose la jurisprudencia constante, ya comentada en anteriores números. Se recuerda así que tras la entrada en vigor de la Ley 66/1997, el plazo excepcional de tres meses ya no es de aplicación, siendo posible tan sólo el de cinco años –cuatro tras la Ley 55/1999– (entre otras resoluciones del período **STS de 28 de enero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 121, **STS de 6 de febrero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 278 o **STSJ de Cataluña de 28 marzo de 2002**, I.L. J 680).

En segundo lugar, también puede destacarse que el importe de la cuantía a retener mensualmente puede quedar por debajo del SMI. La **STS de 17 de enero de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 23, así lo entiende por las fundamentales diferencias existentes entre el embargo ejecutivo y la retención previa efectuada conforme a la legislación de Seguridad Social, sobre la base de los arts. 40.1 LGSS y 1449 LEC. Diferencias que, remarca el TS, se hacen notar con mayor claridad tras la actual redacción del art. 607 LEC. Supuesto semejante es el solucionado por la **STSJ de Cantabria de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 752, en el que se producían descuentos por compensación sobre la prestación por desempleo, no estableciendo la legislación aplicable como límite infranqueable el SMI.

Por otro lado, un caso particular de reintegro de prestaciones indebidas lo constituye el resuelto por la **STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2002**, I.L. J 496, referente a un supuesto de jubilación anticipada de un trabajador a los 64 años, al que se reconoce por el INSS el 100 por ciento de la prestación, puesto que su empresario procedió a contratar al sustituto. Al no cubrir el puesto del trabajador jubilado, procede la restitución de la cantidad percibida por éste durante ese año en concepto de pensión de jubilación por parte de la empresa.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2002**, I.L. J 659, considera indebidamente percibida la prestación de desempleo puesto que el actor se encontraba de alta en el IAE y ostentaba la titularidad de un negocio de venta de productos pirotécnicos. A pesar de que seguir pagando el IAE no presupone necesariamente la realización de un trabajo productivo, debió comunicar al INEM dicha situación puesto que la titularidad para la venta era imprescindible para la explotación del negocio, incluso en el supuesto de que el actor no estuviera materialmente vendiendo los productos.

En cuarto lugar, pueden agruparse aquellas resoluciones cuyo objeto gira en torno a la procedencia del reintegro de la prestación por desempleo. Así, la **STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2002**, I.L. J 671, reconoce la procedencia del reintegro de la prestación, en su modalidad de pago único, puesto que se destinó a financiar una actividad puesta en marcha con anterioridad incluso a la solicitud de la prestación, y no, por el contrario, para iniciar la misma.

Se considera correcta la percepción de la prestación de desempleo, según STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2002, I.L. J 741, y por consiguiente no procede su reintegro, en el supuesto en el que el trabajador mantenga dos tipos de contrato con su empleador y cesa en uno de ellos, puesto que cumple con los requisitos de la LGSS de encontrarse en situación legal de desempleo.

## 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

### A) Concepto de accidente

Tal como recuerda la STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002, I.L. J 218, el accidente de trabajo *in itinere* no se presume, y quien lo alega debe acreditar todas las circunstancias, valorándose el que sea el trayecto habitual del trabajador. También se rechaza su calificación en la STSJ de Cantabria de 21 de marzo de 2002, I.L. J 759, dado que el accidente *in itinere* se construye a partir de dos términos: el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador, y de la conexión entre ellos a través del trayecto, sin que en este caso ese nexo sea apreciado por el juzgador.

En la STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2002, I.L. J 398, se concluye que no estamos ante accidente de trabajo por cuanto el actor padecía hipertensión, era fumador y había sufrido anteriores episodios de angina, sin que se pueda probar que el trabajo hubiese desencadenado el infarto del fallecido. De lo que debe deducirse que, si la enfermedad se hubiese manifestado fuera del lugar y tiempo de trabajo, al no operar la presunción legal, ésta habría de considerarse como enfermedad común. La STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2002, I.L. J 612, tampoco estima que pueda considerarse accidente de trabajo el episodio de taquicardia sufrido por la trabajadora durante su prestación laboral en el hospital donde trabajaba. Tampoco se considera accidente de trabajo el fallecimiento del trabajador como consecuencia de un accidente de motocicleta, puesto que la STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2002, I.L. J 657, estima que estamos ante un supuesto de imprudencia temeraria al conducir el accidentado con una tasa de alcohol en sangre de 130 mg por ciento.

### B) Indemnización por daños y perjuicios

El Tribunal Supremo, en la STS de 7 de marzo de 2002, I.L. J 562, señala que la determinación de la cuantía indemnizatoria es, en principio, facultad discrecional del juzgador de instancia, sin que la concreta cifra por él fijada pueda ser revisada por el órgano judicial superior, salvo en caso de evidente desproporción entre el daño realmente inferido y la retribución satisfactoria establecida.

En la STS de 13 de marzo de 2002, I.L. J 584, se condena solidariamente a las empresas codemandadas a que le abonen al trabajador la cantidad de 10 millones de pesetas por los daños sufridos como consecuencia de la intoxicación por mercurio, enfermedad profe-

## IX. Seguridad Social

sional de hidrargirismo del demandante por falta de medidas de seguridad. Claramente existe una confusión patrimonial entre las empleadoras codemandadas, en las que existe una de ellas que ejerce el control y dirección efectivos, aunque se utilice una personalidad jurídica independiente para cada una de las del grupo, en su propio beneficio y en perjuicio de los trabajadores.

La **STSJ de 22 de enero de 2002**, I.L. J 37, se plantea si es posible una reclamación adicional en caso de accidente de trabajo. Sobre este tema, la sentencia acoge la doctrina en unificación de doctrina, según la cual, en materia de accidentes de trabajo, la ley ha delimitado el ámbito de la responsabilidad objetiva a la reparación del daño que se cubre a través de las prestaciones de la Seguridad Social, las cuales se derivan de un aseguramiento de este tipo de responsabilidad empresarial. En consecuencia, si lo que se reclama es una responsabilidad adicional por la diferencia entre el total del daño causado por el accidente y la parte cubierta por las prestaciones de la Seguridad Social, tal reclamación no se ha de fundar en criterios cuasi-objetivos en la imputación de la responsabilidad, sino que ha de hacerlo en los criterios culpabilísticos tradicionales.

Según la **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 665, no procede la mejora que convencionalmente se contempla como “acción social en la empresa”, que se encuentra agotada con el previsto abono de la retribución correspondiente a la categoría que el accidentado ostentaba al producirse el accidente, sin que pueda superponerse a su percepción una indemnización que sólo puede ser entendida a favor de aquellos grados de invalidez a los que de forma expresa su párrafo tercero se remite. En el mismo sentido, la **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 667, dado que la póliza excluye expresamente las enfermedades profesionales, por no considerarlas como accidentes de trabajo.

### **C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene**

Según el Tribunal Supremo, en **STS de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 367, en recurso de casación para la unificación de doctrina, la razón esencial de la no compensación o reducción de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad ex art. 123 LGSS, deriva de su propia finalidad, que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción pretendida por la empresa recurrente. De adoptarse la tesis contraria, resultaría que, de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios, podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición del recargo que los daños causados ya estaban plenamente compensados, lo que impediría entrar a conocer de la cuestión de la procedencia o improcedencia del recargo.

La **STS de 22 de enero de 2002**, I.L. J 39, atribuye la responsabilidad al empresario porque, a pesar de que el trabajador hubiese prescindido del cinturón de seguridad, se produce la omisión por parte de la empresa de otras medidas reglamentarias de seguridad. En esta línea, para la **STS de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 368, sobre el empleador recae un deber de vigilancia para que sus trabajadores utilicen adecuadamente los medios de

protección puestos a su disposición, pues la gravedad de la culpa *in vigilando*, y por consiguiente la intensidad de su nexo causal con la lesión producida, se acentúan a medida que el riesgo de accidente es mayor (si bien la sentencia concluye que en este caso no se da este tipo de culpa).

Según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de enero de 2002**, I.L. J 142, el criterio para determinar la responsabilidad del empresario en cuyo centro tuvo lugar el accidente no es el de la existencia o no de contrata de la propia actividad, sino el de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene es lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

La **STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002**, I.L. J 220, señala que —habiendo concertado la empresa con una compañía aseguradora un contrato de seguro que cubría el riesgo de responsabilidad civil del empresario— procede condenarla, asimismo, al pago de la suma indemnizatoria reconocida, solidariamente con el empresario asegurado; sin que haya lugar a limitar la cuantía de la cantidad objeto de condena a esta última por el concepto de franquicia, ya que, según los términos del citado contrato de seguro, la franquicia estipulada a cargo del asegurado, tan sólo operaba en los casos de daños materiales.

La **STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2002**, I.L. J 401, se plantea si es posible que el trabajador oponga la excepción de compensación en relación a la deuda que éste tiene con la empresa y que había percibido como anticipo a cuenta en ejecución provisional de la sentencia del Juzgado de lo Social, argumentando el recurrente que la empresa ejecutada adeuda al trabajador la totalidad de las cantidades devengadas hasta el momento por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. La Sentencia concluye que ello no es posible, ya que el empresario incumplidor no ha de abonar directamente el recargo al beneficiario, sino que debe ingresar el importe correspondiente (capital-coste) en la Dirección Provincial de la TGSS, servicio común competente para la liquidación y cobranza del recargo. Además, no es al trabajador quien puede exigir el pago de la deuda, pues ello compete a la TGSS, a través del correspondiente procedimiento recaudatorio.

Para la **STSJ de Aragón de 17 de abril de 2002**, I.L. J 791, el recargo no procede, ya que faltan los presupuestos que lo sustentan, según el art. 123 LGSS. El procedimiento sobre recargo tiene autonomía, y, por ello, es el seguido ante la entidad gestora donde debe acreditarse la concurrencia de los elementos constitutivos de la procedencia de establecer el recargo, sin que pueda predicarse un mero mecanicismo.

## IX. Seguridad Social

### D) Enfermedad profesional

Según la STS de 4 de febrero de 2002, I.L. J 263, para poder percibir una indemnización a tanto alzado por fallecimiento a consecuencia de enfermedad profesional (silicosis), si el fallecido no tuviese reconocida la invalidez permanente absoluta o gran invalidez por enfermedad profesional, deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, con lo que la LGSS viene a imponer, preceptivamente y para supuestos como el presente, la obligación de probar la existencia y relación de causalidad entre la enfermedad profesional y el fallecimiento, sin posibilidad de presunción alguna, así como que se tenga por derogada toda norma anterior en el tiempo y de inferior jerarquía.

Para la STSJ de Baleares de 32 de enero de 2002, I.L. J 88, el carácter de lista cerrada que adopta la normativa reguladora de la enfermedad profesional, no significa que en su interpretación y aplicación deba prescindirse de los instrumentos hermenéuticos con que ha de determinarse el ámbito de eficacia de cualquier norma jurídica –con arreglo a lo establecido en el art. 3.1 del Código Civil–, por lo que la dolencia que padece el trabajador en el supuesto de hecho de la sentencia puede enmarcarse en el epígrafe E del cuadro de enfermedades profesionales, ya que el síndrome del túnel carpiano constituye una enfermedad osteoarticular producida por las herramientas de trabajo.

En la STS de la Rioja de 5 de marzo de 2002, I.L. J 748, el sistema de lista cerrada vigente en nuestro ordenamiento, veda la posibilidad de que mediante la interpretación extensiva, la analogía o la valoración judicial, puedan añadirse nuevas enfermedades profesionales surgidas con la evolución de la producción, de la tecnología y de los conocimientos médicos y científicos. Ahora bien, la actividad de chapista que el actor ha venido desempeñando a lo largo de su vida laboral aparece recogida en la lista de enfermedades profesionales producidas por agentes físicos.

## 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

## 10. ASISTENCIA SANITARIA

### A) Reintegro de gastos sanitarios

Según la STSJ de Castilla y León de 25 de enero de 2002, I.L. J 141, es de aplicación el artículo 5.3 del RD 63/1995, y por tanto procede el reintegro de gastos sanitarios, al no existir un abandono voluntario por la paciente de la medicina pública, cuando existe un concierto entre un consorcio hospitalario privado y el INSS, que tiene por objeto la atención sanitaria de los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social. En tales casos no puede entenderse que el paciente abandone la medicina pública y acudiera por voluntad

propia a la privada, ya que en todo momento el actor actuó como paciente que acude a la Seguridad Social.

Según la STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2002, I.L. J 453, procede el reintegro de gastos sanitarios, al existir urgencia vital, en el caso de la actora, que, ante la seguridad de llegar a una ceguera total, tuvo que acudir a un centro privado que, pidiendo autorización, aplicó el tratamiento que venía siendo ya aplicado por el Insalud en dos clínicas con carácter experimental. No sirve por tanto la argumentación por parte de la Seguridad Social, de que no se pudo aplicar el tratamiento por ser experimental, y que no estaba autorizado, cuando cupo la autorización (como así hizo el centro privado) ante el Ministerio competente ante un caso de clara urgencia vital.

## 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

### A) Dinámica de la prestación

Según la STSJ de Cantabria de 29 de enero de 2002, I.L. J 101, corresponde a las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión, el reconocimiento del derecho y el pago de las prestaciones económicas de incapacidad temporal cuando éstas deriven de las contingencias a que afecta su colaboración, y por tanto, incluido cuando el alta médica en la asistencia sanitaria y la solicitud de reconocimiento de la incapacidad permanente se produzcan antes del agotamiento, por el transcurso del plazo máximo, de la incapacidad temporal.

Según la STS de 17 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J. 106, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, es doctrina reiterada la que establece que la denominada colaboración voluntaria en realidad implica materialmente una forma de autoaseguramiento, de modo que la empresa que colabora en la gestión es la responsable del abono de esas prestaciones hasta tanto se produzca su extinción por causa legal, sin que pueda liberarse de esa obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo. Es decir, la responsabilidad del pago de la incapacidad temporal debe imponerse por ley al empleador, pero ello no implica la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora o Mutua aseguradora, sin perjuicio de su obligación de anticipo de la prestación. En idénticos términos se pronuncia la STSJ de Navarra de 31 de enero de 2002, I.L. J 225.

Según la STSJ de Madrid de 23 de enero de 2002, I.L. J 204, no cabe considerar como transgresión de la buena fe contractual, la actividad desarrollada por el trabajador durante la incapacidad temporal, si la misma no exigió un relevante esfuerzo físico. Al respecto sólo puede señalarse como criterio general relevante la determinación de si la actividad desarrollada en situación de incapacidad temporal perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral. La medida de la gravedad ha de determinarse en función de las circunstancias subjetivas del autor de los hechos así como de la entidad de éstos.

## IX. Seguridad Social

Según la **STSJ de Madrid de 29 de enero de 2002**, I.L. J 213, durante el período de prueba, el empresario puede extinguir el contrato por cualquiera de las causas legalmente establecidas aun estando el contrato suspendido por la situación de incapacidad temporal, de modo que el pacto previsto en el artículo 14.3 del ET sólo produce el efecto de la interrupción del cómputo del período de prueba, con la consiguiente reanudación una vez finalizada la incapacidad temporal.

La **STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2002**, I.L. J 246, señala que no procede el abono de salarios, cuando el trabajador despedido se encuentra en situación de baja por incapacidad temporal, pues los salarios de trámite sustituyen a los que hubiera debido percibir el trabajador si no hubiese sido cesado improcedentemente, y durante la incapacidad temporal el contrato se suspende.

En la **STS de 17 de 3 de febrero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 261, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el tema litigioso consiste en determinar si la actora tiene derecho a percibir la prestación económica de incapacidad temporal por una baja médica extendida con posterioridad a la negación de la incapacidad permanente, por similares padecimientos, y dentro de los seis meses siguientes al cumplimiento del plazo de 18 meses establecido en el artículo 128.1.a) de la LGSS. Pese a faltar la contradicción casacional, el Tribunal Supremo parece acoger el supuesto de la sentencia combatida, denegando la prestación porque las dolencias ya fueron valoradas en el expediente administrativo como no relevantes para fundar la incapacidad para el trabajo.

En la **STS de 20 de febrero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 365, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se plantea el problema de determinar si ante un nuevo brote de la misma enfermedad por la que se agotó un período de duración máxima de una incapacidad temporal, se ha de exigir un nuevo período de cotización por seis meses para causar derecho a prestaciones, o si será suficiente la exigencia general del artículo 130 de la LGSS de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. Y según el Tribunal Supremo, el hecho de que la enfermedad sea nueva o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Basta acreditar 180 días cotizados en los 5 años anteriores. No es preciso haber trabajado durante 6 meses entre uno y otro proceso.

Según la **STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 461, cuando la entidad colaboradora (en este caso la ONCE), asume el pago del subsidio de incapacidad temporal, el mismo se extiende hasta la fecha de efectos de la incapacidad permanente.

Según la **STS de 4 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 549, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, y pese a faltar la contradicción casacional exigible, no cabe la prestación de incapacidad temporal ante una baja médica que finaliza por alta médica por curación, y una posterior baja por distinta enfermedad cuando la actora no se encontraba en situación de alta o asimilada al alta en la fecha de producirse el hecho causante.

En la STS de 11 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 569, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el debate se concreta en determinar si para acreditar el período mínimo de carencia a fin de percibir prestaciones por incapacidad temporal, se deben computar exclusivamente los días realmente cotizados en los últimos cinco años o si, por el contrario, cabe excluir del cómputo el tiempo en que el beneficiario permaneció en incapacidad temporal, puesto que en él no hay obligación de cotizar. La sentencia entiende que han de cubrirse los 180 días de cotización, al no ser aplicable la doctrina del paréntesis.

Según la STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 2002, I.L. J 612, el episodio de taquicardia sufrido por la trabajadora durante la prestación de servicios debe considerarse, a efectos de la incapacidad temporal como una clara y patente enfermedad común y no como un accidente laboral.

La STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2002, I.L. J 625, señala que la prórroga de la incapacidad temporal transcurridos los 18 meses es una situación excepcional y extraordinaria, que se extingue en el instante en que se efectúa la calificación de la incapacidad permanente, sin necesidad de esperar a que ésta sea notificada al interesado, y cualquiera que sea el significado de tal calificación, puesto que resulta incuestionable que el instante en que se dicta esa resolución es “el momento de la calificación de incapacidad permanente”.

Según la STSJ del País Vasco de 5 de marzo de 2002, I.L. J 734, cuando un trabajador cae en situación de incapacidad temporal durante la tramitación de un despido luego declarado improcedente o nulo, y por tanto durante un período en el que el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación, cabe la retroacción del alta a efectos de la Seguridad Social, correspondiendo el abono de la prestación a la Entidad Gestora durante tal período y percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación, para el caso de que hubiera dado de baja al trabajador.

Según la STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2002, I.L. J 742, si bien es cierto que la situación de incapacidad temporal se extingue con el alta médica, no ocurre igual con sus efectos, pues el propio legislador ha querido que, en los casos en que el alta vaya seguida de una declaración de invalidez permanente con derecho a pensión, se prorroguen hasta la fecha en que se produce esa calificación, iniciándose en esta fecha las prestaciones económicas propias de la invalidez, salvo que su importe sea superior a las que venía percibiendo, en cuyo caso se retrotraerán hasta el momento en que se agotó la incapacidad temporal.

### **B) Incapacidad Temporal y Regímenes Especiales**

La STS de 16 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 17, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que pese a que es doctrina consolidada que cuando se trata de prestaciones de incapacidad temporal, hay que aplicar estrictamente la normati-

## IX. Seguridad Social

va que impide obtener el derecho a tal prestación a los trabajadores inscritos en el censo del Régimen Especial Agrario que no se encontrasen al día en el pago de las cuotas, dicha doctrina no debe ser aplicada con un rigor absoluto e inflexible, admitiéndose algunas matizaciones al mandato de tales normas. En el caso de autos cuando el trabajador sufrió el accidente, había dejado de pagar una cuota mensual por un posible error bancario, por lo que cabe la prestación.

Según la **STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2002**, I.L. J 165, el requisito de alta o situación asimilada al alta, ha de ponerse en relación con la normativa específica del RETA, según la cual se sigue configurando como situación de alta por asimilación, el período de noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produce la baja de dicho régimen, de modo que en el caso de autos se daba esta situación. En el mismo sentido se pronuncia este Tribunal en **Sentencia de 14 de febrero de 2002**, I.L. J 406.

Según la **STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 491, tratándose de trabajadores que están dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, a la hora de calcular la Base reguladora de la prestación de incapacidad temporal, hay que acudir a la normativa específica.

### 12. MATERNIDAD

El art. 133 LGSS equipara la maternidad con la adopción a la que otorga idéntica protección. Lo mismo ha hecho la Ley 39/1999 que en su art. 5 establece idéntico período de descanso para la adopción que el establecido para la maternidad, dividiendo el mismo en una parte obligatoria y otra voluntaria y así aunque la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 no ha sido modificada, el principio de jerarquía normativa se ha de aplicar y por tanto concluir que el subsidio por parto múltiple es aplicable a los supuestos de adopción múltiple (**STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2001**, I.L. J 171).

Según la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 329, aunque la demandante acreditó estar al corriente de pago de las cuotas, no tiene derecho a la prestación de maternidad porque sólo tenía acreditados 150 días de cotización y no los 180 días en los 5 años inmediatamente anteriores al parto.

El período de descanso por maternidad tiene su fuente de ordenación en el art. 48.4 ET en relación con el art. 133 LGSS. La prestación por maternidad en estos preceptos se refiere al Régimen General de Seguridad Social, por tanto la actora que estaba afiliada a la Mutualidad de la Abogacía está fuera de este Régimen y ostentará los derechos que le reconozcan los estatutos de la Mutualidad (**STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2002**, I.L. J 411).

El art. 219 LPL establece que el recurso de casación para la unificación de doctrina se prepara mediante escrito que según reiterado criterio de esta Sala deberá mostrar la existencia de contradicción haciendo visible la misma, no siendo suficiente una vaga afir-

mación de que la sentencia recurrida contradice otras anteriores. El incumplimiento de estos requisitos constituye, según también reiterado criterio de esta Sala, un defecto procesal insubsanable (STS de 26 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 542).

### 13. REGÍMENES ESPECIALES

#### Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

A los efectos de determinar la posible validez de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta en el RETA, debe aplicarse la ley vigente en el momento de causarse la prestación. La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de enero de 2002, I.L. J 139, niega en consecuencia la validez de unas cotizaciones correspondientes al período 1969-1974, anteriores al alta solicitada en 1974; ya que la prestación se solicitó en el año 2000, es decir, estando ya en vigor el tercer párrafo de la Disposición Adicional Novena de la LGSS que limita los efectos de las expresadas cotizaciones a las altas formalizadas a partir de 1994.

La mera solicitud de aplazamiento no equivale a hallarse al corriente de las obligaciones de pago de las cotizaciones, por lo que la STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2002, I.L. J 434, considera ajustada a Derecho la anulación del acto de conceder una pensión de jubilación basado en la errónea consideración de tal solicitud cual si de un aplazamiento en firme se tratase.

Los trabajadores afiliados al RETA se hallan en situación asimilada al alta durante los noventa días siguientes a la fecha en que causen baja en dicho Régimen Especial, por venir así dispuesto tanto en el art. 29.1 del Decreto 2530/1970, como en el artículo 36.15 del RD 84/1996, de 26 de enero, que reglamenta la inscripción de empresas, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores. En consecuencia, la STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2002, I.L. J 165, y la de la misma Sala STSJ de Cataluña 14 de febrero de 2002, I.L. J 406 considera que durante tal período de noventa días puede causarse una prestación por Incapacidad Temporal.

La STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2002, I.L. J 177, considera que un administrador solidario de una sociedad de la que posee el 50 por ciento de las acciones y en cuyos estatutos se define el cargo como lucrativo, debe presumirse que realiza una actividad remunerada, aunque tal remuneración no se haya fijado aún; ya que con independencia de si se han producido ya los beneficios que permitirían establecer la remuneración, existe ánimo de lucro en la actividad y el lucro se realizará aunque sea por la vía del ahorro que supone que las tareas de administración y gestión no se encarguen a personas ajenas a la sociedad.

“Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes, –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra totalmente sedentaria–,

es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal, que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro”, ésta es la principal conclusión a la que llega la **STS de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 356, que sin embargo precisa que se refiere únicamente a la situación de quien al causar la prestación ya se hallase en situación de pluriactividad, por estar afiliado al Régimen General y al Régimen de Autónomos, no de quien encontrándose en situación de incapacidad temporal comienza un nuevo trabajo que da lugar a una segunda afiliación.

Los efectos de un alta en la Seguridad Social efectuada de oficio a consecuencia de una actuación inspectora son distintos según se trate de un trabajador encuadrable en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; ya que mientras el artículo 35.1.2 del Reglamento General de inscripción de empresas, altas y bajas de trabajadores ordena la retroacción del alta a la fecha en que tuvo lugar la actuación inspectora, el artículo 47.1.2 del mismo texto normativo, ordena que en el caso del RETA la retroacción del alta se efectúe a la fecha en la que resulte acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en tal Régimen, como así lo expresa la **STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 493.

El Tribunal Supremo reitera en la **STS de 25 de marzo de 2002**, I.L. J 538, la doctrina que en el número anterior de esta revista ya fue glosada al analizar tres sentencias de 28 de febrero de 2001, I.L. J 259, 260 y 261 —entre muchas otras— dictadas en Sala General, acerca de la interpretación que debía darse a la posible retroacción de cotizaciones ficticias reconocidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre y por los RRDD 487/1998, de 27 de marzo, y 2665/1998, de 11 de diciembre, a quienes tras haber abandonado la vida religiosa se hallarían imposibilitados de obtener su jubilación por falta de carencia, a consecuencia de la tardía incorporación de los religiosos al sistema de Seguridad Social; concluyéndose en aquellas sentencias que no podían presumirse cotizaciones anteriores al 1 de enero de 1962, por ser ésta la fecha en que se instauró el RETA, no siendo posible lucrar prestaciones referidas a períodos de inexistencia del Régimen Especial al que posteriormente estuvieron afiliados; y, en virtud de las normas antedichas la asimilación a cotizantes es posible para los sacerdotes secularizados hasta el 1 de enero de 1978, y para los religiosos hasta el 1 de mayo de 1982.

### Régimen Especial Agrario

El Tribunal Supremo, en la **STS de 16 de enero de 2002**, I.L. J 17, sintetiza su doctrina, otras veces expresada, acerca de la posible flexibilización del requisito de hallarse al corriente de pago de las cotizaciones al REA para poder causar una prestación por Incapacidad Temporal que en suma es: a) debe aplicarse con exactitud lo dispuesto en el art. 12 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, de forma que no podrán obtener la prestación los trabajadores que no se encuentren al día en el pago de cuotas, sin que el pago fuera de plazo de las cuotas debidas pueda subsanar el requisito incumplido, y b) tal doctrina no es inflexible, pudiéndose matizar cuando lo que se debe es una sola mensualidad, y el impago se deba a un error del banco donde estaba domiciliado el pago de las cotizaciones. En la sentencia comentada posiblemente se dé un pequeñísimo cambio, se

refiere a que “posiblemente” el impago se debió a un error bancario, sin exigir prueba de ello accede a tener por cumplido el requisito tras haberse abonado prestamente la cuota debida cuando el interesado tuvo conocimiento de su impago.

Para la afiliación en este Régimen Especial es preciso no tan sólo que los interesados realicen un trabajo agrario de forma personal y directa, sino también que no tengan contratado ningún trabajador fijo ni que los jornales pagados a trabajadores eventuales superen anualmente lo que se pagaría a un trabajador fijo. La **STSJ de Cantabria de 31 de enero de 2002**, I.L. J 103, considera que tal requisito reglamentario se incumple también cuando la contratación se ha realizado por medio de una Sociedad Civil o una Sociedad Agraria de Transformación (SAT) de las que eran cotitulares las personas que interesaban su afiliación al REA.

En un capítulo más de la doctrina ya unificada acerca del requisito de hallarse al corriente de pago para poder causar una prestación, la **STS de 11 de marzo de 2002**, I.L. J 575, recuerda que este requisito debe aplicarse de forma flexible en caso de solicitarse una pensión vitalicia –no así si se trata de una incapacidad temporal– si se dan estos tres supuestos: a) que esté cubierto el período de carencia, b) que las cuotas impagadas no denoten una voluntad de incumplimiento notable, y c) que el débito sea totalmente satisfecho. Y en relación a este último requisito se aclara ahora que basta que el pago se haya realizado antes de dictarse la sentencia que reconoce la pensión solicitada.

### Régimen Especial del Mar

En el Régimen Especial del Mar, el tiempo servido por los marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras puede computarse a los efectos de la reducción de edades mínimas para causar una pensión de jubilación, siempre que se cumplan dos condiciones que vienen impuestas por el art. 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1983: que se trate de países con los que exista un Convenio de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar; o si se trata de otros países, que el interesado tenga suscrito un Convenio especial con el Instituto Social de la Marina. En ambos casos, naturalmente, deberá acreditarse suficientemente la realidad de los períodos trabajados. La **STS de 21 de enero de 2002**, I.L. J 33, rechaza la interpretación realizada por la sentencia que casa y anula de que tal cómputo no sea de aplicación en los casos en que la pensión de jubilación se calcula íntegramente según la normativa española, ya que desde 1 de diciembre de 1974 se halla en vigor el Convenio de Seguridad Social con el reino de los Países Bajos, cumpliéndose así el requisito exigido por la norma citada.

En este Régimen Especial en el que se encuadran tanto trabajadores como empresarios, aunque unos y otros con obligaciones y derechos distintos, los armadores de embarcaciones que a la vez prestan sus servicios con carácter retribuido a bordo de las mismas se incluyen con régimen distinto según la importancia de la embarcación. En el caso de las embarcaciones de mayor calado se les asimila a trabajadores por cuenta ajena “sin perjuicio de sus obligaciones que le correspondan como empresario”; de ello la **STS de 21**

## IX. Seguridad Social

de febrero de 2002, I.L. J 366, deduce que, al igual que la STS de 29 de enero de 1997 los excluyó de la protección por desempleo, también debe exigírseles que se hallen al corriente de pago de sus cotizaciones para causar derecho a una prestación, ya que la asimilación como trabajadores se realiza salvando su posición en el proceso productivo y las obligaciones que dimanen de su condición de empresarios.

Según la STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2002, I.L. J 394, cuando la normativa de este Régimen especial exige que el trabajador por cuenta propia se halle al corriente de pago de sus cotizaciones ello obliga a la Entidad Gestora a reclamar todas las cotizaciones pendientes, aun las lejanas en el tiempo, ya que no puede equipararse la prescripción con el cumplimiento de la obligación; ello no impide que se otorguen plenos efectos a la prescripción de las cotizaciones debidas si tal excepción fuese oportunamente alegada.

La STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002, I.L. J 491, desglosa la disparidad entre el Régimen General y el Régimen Especial del Mar en los métodos de cálculo de la Base Reguladora aplicable a la prestación por Incapacidad Temporal. Concretamente, para aclarar que a los trabajadores incluidos en el grupo segundo (trabajadores por cuenta ajena retribuidos a la parte, en embarcaciones de tonelaje bruto entre 10 y 150 Tm) se les aplica como base reguladora la del mes en que inician su incapacidad temporal, y no la del mes anterior a la baja médica.

No puede extenderse por analogía al Régimen Especial del Mar una mejora que se aplica en el Régimen Especial de la Minería del Carbón: la aplicación de la bonificación de edad a los fines de obtener el incremento del veinte por ciento de la llamada Incapacidad Permanente Total Cualificada; ya que si bien es cierto que tales bonificaciones existen en ambos regímenes para la jubilación, la extensión en el primero de ellos a todos los mineros no puede trasladarse a otro Régimen Especial, ya que el objetivo señalado en la norma es la equiparación con el Régimen General y no la paridad entre Regímenes Especiales, según recuerda la STS de 12 de marzo de 2002, I.L. J 581.

### Régimen Especial de la Minería del Carbón

Si para la transformación de una pensión de Incapacidad Permanente Total en una pensión de Jubilación, el pensionista de este Régimen Especial debe abonar las cotizaciones mínimas exigibles para causar esta última prestación, ello supone, según la STS de 25 de febrero de 2002, I.L. J 370, que el cónyuge viudo debe abonar asimismo tales cotizaciones si pretende que la viudedad derive de la pensión de jubilación, ya que tal pensión de jubilación no existe más que provisionalmente hasta que no se han satisfecho las referidas cotizaciones.

La STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 574, reitera una doctrina ya unificada. Se trata del caso de un pensionista por incapacidad permanente total por enfermedad profesional, mayor de 55, años que solicita en este Régimen Especial el incremento del 20 por ciento que constituye la llamada IP total cualificada. Aunque con anterioridad hubiese percibido una pensión de jubilación SOVI, este último hecho comporta la incompatibilidad

entre la obtención de rendimientos de trabajo y pensión de jubilación, pero no impide que posteriormente, en uso de su derecho al trabajo, el antes pensionista por jubilación deje de serlo y realice un trabajo o intente realizarlo; y si puede realizar un trabajo, también puede percibir la tutela que se otorga a quienes no pueden obtenerlo, en este caso por un pensionista por IP total que no obtiene —pasada una determinada edad— un empleo compatible con su estado. Como no se trata aquí de la obtención de una pensión pasados los 65 años —lo que viene impedido por el art. 138.1 LGSS—, ni de revisar el grado de incapacidad —el art. 143.2 LGSS lo impediría— sino del recargo previsto en el art. 139.2 LGSS para el que no existe límite de edad, quien por decisión judicial firme devino pensionista por incapacidad permanente total puede beneficiarse del mencionado incremento del veinte por ciento.

#### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

La **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2002**, I.L. J 670, determina (siguiendo un pronunciamiento reciente del TS, en concreto la Sentencia de 14 de febrero de 2001), que no comporta vulneración del principio *non bis in idem* la concurrencia del recargo de prestaciones con la imposición de una posible sanción administrativa, según jurisprudencia constitucional.

En la **STSJ de Asturias de 8 de febrero de 2002**, I.L. J 308, se resuelve el caso de un beneficiario de prestación por desempleo que no renueva la demanda de empleo en la fecha oportuna y que sólo una vez advertido de hallarse inmerso en expediente sancionador, aporta informe médico privado según el cual durante aquel período estuvo afectado por enfermedad que le impidió cumplir la antedicha obligación. Considera el Tribunal que procede la sanción de suspensión por un mes de la prestación por considerar carente de validez por extemporáneo el informe médico.

Se concluye que deben anularse las actuaciones inspectores que condujeron a imponer sanción consistente en la pérdida durante tres meses de la prestación por desempleo, por la **STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2002**, I.L. J 656, ya que aquéllas tuvieron lugar en tramitación de denuncia anónima.

Se trata de determinar, en la **STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 2002**, I.L. J 758, si aquellas plusvalías emanadas de la venta de acciones y fondos de inversión tienen la consideración o no de renta a efectos de determinar el tope de ingresos fijados por la LGSS. Con base en la jurisprudencia del TS, se deniega tal naturaleza legal a efectos de Seguridad Social, poniendo de manifiesto que las calificaciones que pudieran derivarse de la normativa tributaria no tienen por qué trascender a otros campos. Así, en materia de protección asistencial lo relevante de estos incrementos patrimoniales sería si proporciona una renta que mejore o eleve los ingresos mensuales del beneficiario.

### 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

#### A) Competencia del orden jurisdiccional social y del orden contencioso-administrativo

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de enero de 2002, I.L. J 138, analiza un supuesto de indemnización, que la actora desglosa en diversos conceptos y cuantías, derivada de una deficiente prestación por parte de la Mutua al darle de alta en la situación de incapacidad temporal, cuando las lesiones no eran de carácter definitivo. Tal petición tiene su origen en una prestación de Seguridad Social –la incapacidad Temporal– padecida por el trabajador y de la que deriva su petición indemnizatoria. La sentencia concluye que estamos ante una pretensión propia del orden jurisdiccional social, ya que se basa en una deficiente asistencia y prestación por parte de la entidad colaboradora.

Según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de enero de 2002, I.L. J 145, señala que el requerimiento de ingreso del capital-coste de la parte de la pensión reconocida como consecuencia de la equiparación del tiempo de permanencia como sacerdote o religioso a tiempo cotizado (calculado conforme al RD 487/1998, de 27 de marzo) constituye una controversia que afecta al contenido de la prestación de Seguridad Social, sin que quepa considerar que tenga la consideración de gestión recaudatoria, por lo que la competencia para conocer de este asunto es del orden social.

Asimismo, la conclusión a la que llega la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2002, I.L. J 155, es que el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de una cuestión recaudatoria conectada con una prestación de viudedad del RETA, habiendo dejando el causante cuotas adeudadas que debería abonar la beneficiaria para reconocérsele la prestación. No se trata, por tanto, de una mera cuestión recaudatoria, sino de una cuestión recaudatoria conectada con el derecho al reconocimiento de una prestación de Seguridad Social en que el causante deja una deuda de cuotas y se invita al beneficiario a su pago, condicionando así el pago de la pensión en aplicación de lo establecido en el RD 2530/1970, de 20 de agosto.

La STS de 1 de febrero de 2002, I.L. J 324, concluye que el Tribunal Económico-Administrativo es competente en vía administrativa para conocer de los recursos contra actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, sin resolver las cuestiones relativas a la procedencia de suspender su eficacia o de adoptar cualquier otra medida cautelar, reservadas a la jurisdicción social, tal como la resolución impugnada en vía contencioso-administrativa reconoció.

En la STS de 25 de febrero de 2002, I.L. J 369, se recuerda la doctrina unificada, según la cual la impugnación de la sanción administrativa corresponde al orden contencioso-administrativo. Por el contrario, la impugnación del acto administrativo de requerimiento de la prestación por desempleo indebidamente percibida en el período anterior a la sanción corresponde al orden social, en virtud del art. 2.b) LPL.

Para la STS de 18 de enero de 2002, I.L. J 83, los objetos litigiosos formalmente presentados como temas de afiliación, son, con frecuencia, vestidura sólo aparente de temas

recaudatorios, como ocurre en este caso, en que discutiéndose la fecha de baja en el Sistema de Seguridad Social —concretamente en el Régimen Especial Agrario—, no existe otro interés jurídico ni otro objeto de controversia, que el relativo a las cuotas a ingresar. De lo que ha de concluirse la incompetencia de la jurisdicción laboral.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de enero de 2002**, I.L. J 92, analiza un supuesto en el que el litigio afecta únicamente a la fecha del alta del actor en el RETA, a efectos de recaudación, en la que sólo se adelanta el alta a efectos de recaudación, por lo que estamos ante un acto administrativo impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es interesante el voto particular del Magistrado D. José María Del Campo, que es partidario de la competencia del orden social, debido a que también se discute un problema de prueba sobre encuadramiento en la Seguridad Social del actor en período anterior a la fecha que solicita el alta.

La **STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 739, analiza un supuesto de determinación del período que debe ser objeto de cotización. De ser así, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la jurisdicción social carecería de competencia, dado que lo que está en litigio es si la mejora de la prestación ya reconocida requiere o no el abono previo de unas cuotas determinadas mediante una fórmula denominada capital-coste de pensión, el cual tiene la inequívoca condición de recurso patrimonial de Seguridad Social. Todo ello determina que lo que se impugna es un acto de gestión recaudatoria, entendido éste en sentido amplio, y que la impugnación del acto de liquidación y cobro de un recurso patrimonial de la seguridad social no pueda ser resuelta por la jurisdicción social.

## B) Legitimación

Según la **STS de 28 de enero de 2002**, I.L. J 8, la asistencia jurídica de la Administración de la Seguridad Social, así como la representación y defensa de ésta —ante cualquiera que sea el órgano y la jurisdicción de que se trate— corresponde a los miembros del Cuerpo Superior de Letrados de la Seguridad Social. Ahora bien, la legitimación para ejercitar la impugnación frente a las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos corresponde al Director General de la Seguridad Social y al Interventor General de la Seguridad Social.

La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002**, I.L. J 214, los herederos —después del fallecimiento del causante— están legitimados activamente para reclamar las cantidades de una pensión de jubilación que el causante dejó de percibir como consecuencia de que el porcentaje aplicado a su base reguladora fue el 78 por ciento en vez del 100 por ciento, señalando que la sentencia de instancia —al apreciar la falta de legitimación activa de los herederos— realiza una interpretación excesivamente formalista y restrictiva del acceso a la jurisdicción que no resulta conforme con el art. 24.1 CE.

### C) Prueba

Según la **STC 61/2002, de 11 de marzo**, I.L. J 604, el hecho de que la entidad gestora dejara de suministrar los datos acerca de las cotizaciones interesadas, pese a obrar tales antecedentes fácticos exclusivamente en su poder, situó a ésta en una situación hegemónica en la fase probatoria. Dicha conducta es contraria al principio procesal de igualdad, que ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por el art. 24.2 CE. Así pues, la actuación de la entidad gestora genera un grave perjuicio para la parte actora, que le resulta prácticamente imposible de corregir, en cuanto que, por mucha eficacia probatoria que despliegue, será enormemente dificultoso para la misma la aportación a las actuaciones de la documental referida, sobre todo por no haber tenido participación directa en su formación.

### D) Recursos

Según la **STS de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 292, procede el recurso de suplicación, pese a la cuantía litigiosa (inferior a 300.000 pesetas), según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (STS de 22 de noviembre de 1993 y STS de 29 de noviembre de 1996), según la cual debe aplicarse el art. 189 LPL para afirmar la viabilidad del recurso.

En la **STS de 20 de febrero de 2002**, I.L. J 363, se prevé que, si bien la cuantía anual de la pensión cuyo pago reclama cada demandante es inferior a la cifra que, conforme el art. 189.1 LPL permite para el acceso al recurso de suplicación, ha de tenerse presente que lo relevante es el importe total que cada interesado reclama, y que corresponde a todo el período de retroacción que no se halla afectado por la prescripción, conforme a la normativa de seguridad social sobre derecho a las prestaciones. Según esta doctrina, todas las sentencias de instancia a las que se refiere el recurso eran recurribles en suplicación. Por otra parte, la posible reducción de pensiones públicas que reclama el INSS, se ha de llevar a cabo distribuyendo el importe total de la misma de forma proporcional entre las distintas pensiones de tal clase que recibía el interesado. El INSS únicamente está facultado, si comprueba la existencia de esa actitud en las empresas públicas respecto de sus pensiones concurrentes, para poner en su conocimiento tales decisiones, a fin de que también dichas empresas acomoden su actuar a las prescripciones legales.

La **STS de 25 de febrero de 2002**, I.L. J 322, desestima el recurso de casación en interés de ley, tanto porque ya existe doctrina legal de la Sala sobre la cuestión que se solicita, como por la aplicación del principio de unidad de doctrina en recursos de casación anteriores, que fijan como doctrina legal la siguiente: “en los procedimientos recaudadores seguidos por la TGSS por deudas de las Administraciones locales procede la reclamación del recargo de mora correspondiente en los pagos efectuados fuera del período reglamentario, cuyo devengo se produce hasta el momento del ingreso efectivo del pago o en que resulta posible la deducción o compensación de deudas.

**E) Ejecución**

En la **STC de 14 de enero de 2002**, I.L. J 1, el planteamiento de la demanda de amparo se centra en el posible ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio de actos declarativos de derechos (art. 145.2 LPL) cuando la pensión revisada por ese cauce ha sido previamente objeto de pronunciamiento judicial. Entiende el recurrente que, existiendo una intervención judicial previa, la entidad gestora no podía operar al amparo de aquel precepto legal. El Tribunal Constitucional concluye que las decisiones judiciales que impugna el recurrente respondieron a la petición ejecutiva de éste, afirmando que el incidente de ejecución tramitado no era la vía procesal apropiada para poner en cuestión el procedimiento y los efectos de la revisión de oficio de la pensión acordada por la entidad gestora. Por tanto, se desestima la alegación sobre la pretendida vulneración del derecho a la ejecución de las sentencias firmes, pues según dicho Tribunal, no es contrario al art. 24.1 CE entender que no afecta al derecho de ejecución de la Sentencia de referencia el regular ejercicio de las facultades revisoras del INSS sobre los aspectos de la pensión no abordados en el juicio, incluso cuando encadenadamente resulten afectados.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

**X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA****Sumario\*:**

**Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo.** A) Introducción. B) Cuestiones generales.

C) Nivel Contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidad. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales.

b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación.

c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros Subsidios Especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e

Incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protec-

ción. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilación anticipada. f) Jubilación complementaria.

g) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades.

C) Gestión, financiación y pago. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta.

e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica

de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación.

e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad.

c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección.

E) Régimen de incompatibilidades.

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 1 a 4 de 2002 (junio a septiembre de 2002) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 813).

### 1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

#### B) Cuestiones generales

De nuevo vuelve a plantearse el problema de determinar si el orden jurisdiccional social es o no competente para conocer de la pretensión deducida en la demanda en la que se solicita que se anule la resolución del INEM que requirió al actor para el reintegro de prestaciones indebidas, como consecuencia de la sanción impuesta por resolución de la Dirección Provincial de Trabajo.

Sobre esta cuestión la doctrina ha sido ya unificada en Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2001, en relación con la Sentencia de 23 de septiembre de 1992, y esa doctrina es la que se sigue en la sentencia analizada, **STS de 25 de febrero de 2002**, I.L. J 369, según la cual: “(...) se ha de distinguir entre la impugnación de la sanción administrativa y la del acto de requerimiento del reintegro de lo indebidamente percibido. El conocimiento de la primera corresponde al orden contencioso-administrativo, por el contrario, la impugnación del acto administrativo de requerimiento de lo indebidamente percibido en el período anterior a la sanción corresponde al orden social”.

#### C) Nivel contributivo

##### a) Sujetos beneficiarios

Como ya sabemos, la obtención de la prestación de desempleo requiere que los servicios en los que se ha cesado sean laborales y por cuenta ajena, ajenidad que debe ser probada frente a la presunción contraria. Así, en el caso resuelto en la **STSJ de Aragón de 21 de enero de 2002**, I.L. J 74, la sociedad a la que pertenece el actor está constituida por familiares del mismo, y siguiendo la doctrina ya reiterada por el Tribunal Supremo y por los Tribunales Superiores de Justicia, esta circunstancia puede revelar la existencia de un fondo social y familiar común de intereses y riesgos que excluyen la relación laboral dependiente. En el caso enjuiciado no es predicable ni ajenidad de resultados ni el sometimiento al ámbito directivo y disciplinario de terceros, por lo que se concluye con la desestimación de la obtención de la prestación por desempleo. En el caso resuelto por la **STSJ de Murcia de 18 de febrero de 2002**, I.L. J 482, sin embargo, sí se estima la concesión de la prestación por desempleo porque se demuestra que la trabajadora, aunque es socia de una asociación de carácter privado, no gubernamental, de finalidad social y sin ánimo de lucro, sí ha sido contratada para realizar una actividad laboral y percibe un

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

salario por ella, por tanto, se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1.1 ET, consecuencia de lo cual es que la actora está comprendida en la prestación por desempleo a tenor de lo dispuesto en el artículo 205.1 LGSS.

Por otro lado, en el caso de los trabajadores fijos-discontinuos, es necesario, para considerar que se encuentran en situación legal de desempleo que carezcan de ocupación efectiva. En el caso resuelto por la **STSJ de Baleares de 23 de febrero de 2002**, I.L. J 385, efectivamente el demandante carece de ocupación efectiva, sin embargo, la Entidad Gestora se niega a concederle la prestación por desempleo por entender que su jornada anual excedió del 77 por ciento de la duración de la jornada a tiempo completo que fija el convenio colectivo del sector, aplicando para ello el artículo 12.1 ET introducido por el RD 15/1998, de 27 de noviembre. No obstante, esta disposición fue flexibilizada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que facultó a la negociación colectiva para establecer un límite de jornada superior al previsto cuando la actividad estacional del sector lo justifique, y ha dejado de ser definitivamente aplicable a la relación laboral de carácter fijo-discontinuo a partir de la Ley 12/2001, de 12 de julio. Luego, es más que dudoso que la voluntad legal del RD 15/1998, fuera la de privar de la protección por desempleo a quienes prestan servicios laborales durante temporadas de larga duración, pues se estaría penalizando el hecho de desarrollar una actividad productiva prolongada. Respecto al derecho a la prestación por desempleo de una trabajadora fija-discontinua en régimen de interinidad, es interesante la **STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2002**, I.L. J 693, que establece que: “(...) la situación prolongada de interinidad para actividad en trabajos fijos discontinuos habrá de provocar el surgimiento de la accionante a percibir prestaciones por desempleo, pues no parece razonable que, en este particular, los derechos del trabajador sustituto, sean inferiores a los que corresponderían al trabajador sustituido (...)”

### b) Requisitos de acceso a la protección

Vuelve a aparecer en esta ocasión el tema de la existencia de fraude de ley para la obtención de la prestación por desempleo al que ya hemos tenido oportunidad de referirnos en comentarios anteriores. De nuevo, en la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2002**, I.L. J 160, nos encontramos ante la denegación de la prestación por desempleo al entender que se ha incurrido en fraude de ley pues se ha producido la pérdida de un trabajo eventual al que se accedió tras el cese voluntario en un contrato indefinido en el que además se obtenía un mayor salario. Según el tribunal “(...) ello equivale a ponerse en una situación buscada para percibir la prestación a la que de otro modo no se tendría derecho, pues había cesado voluntariamente (...)”; “(...) no se trata de presumir el fraude, sino de examinar la situación y concluir en uno u otro sentido, y en este caso afirmativamente ha habido una utilización de la norma para conseguir una finalidad, distinta de la que la misma quiere, no pudiéndose considerar que el actor se encuentre en situación legal de desempleo (...)”. A la misma conclusión se llega en la **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002**, I.L. J 215, en la que el tribunal desestima la pretensión del actor de obtener la prestación por desempleo, al entender que ha existido fraude de ley al haber cesado de forma voluntaria en un trabajo fijo, en el que llevaba casi tres años, suscribiendo tres días después un contrato indefinido con un período de prueba de seis meses que no supera. El tribunal considera la existencia de fraude en el intento de obtener la presta-

ción por desempleo al no existir justificación en el cambio de empleo. En este mismo sentido se pronuncia el **Tribunal Supremo**, para un caso similar en **Sentencia de 4 de febrero de 2002**, I.L. J 267, **STSJ de Asturias de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 311 y **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de marzo de 2002**, I.L. J 652.

El artículo 213.1.b) TRLGSS establece como causa de extinción de la percepción de la prestación por desempleo el rechazo de una oferta de empleo adecuada o la negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada. La **STSJ de Extremadura de 22 de enero de 2002**, I.L. J 174, establece la extinción de la prestación por desempleo de la actora, ante la negativa de la misma a participar en un curso de administración comercial, alegando tener que cuidar a un hijo menor de 14 meses y encontrarse embarazada.

En la ley no encontramos una enumeración de las causas que pueden justificar o ser insuficientes para el rechazo a la asistencia a un curso de formación, pero partiendo de la definición legal de desempleado como aquella persona que pudiendo y queriendo trabajar no encuentra empleo adecuado (artículo 203 TRLGSS), esta definición parte de un criterio de disponibilidad al trabajo y a la formación que lo permita, ya que el objeto de la protección no es una situación de conveniencia, sino de necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral que se ve truncada en la realidad.

Según el tribunal: “(...) la alusión que la actora realiza a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no procede pues si el legislador hubiera querido incluir entre los beneficios que en ella se regulan la posibilidad de que las personas a que se refiere y perciban las prestaciones de desempleo pudieran excusarse de acudir a las llamadas para trabajo o formación, lo hubiera establecido expresamente, por lo que la actora, en lugar de negarse, debió acudir al curso que se le ofrecía y solicitar los beneficios que esta ley y otras normas establecen para situaciones como la suya (...)”. En sentido similar véase la **STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 397.

El artículo 209.1 TRLGSS, establece que la solicitud de la prestación por desempleo deberá realizarse en el plazo de los quince días siguientes al hecho causante de la prestación, es decir a la situación legal de desempleo. La **STSJ de Aragón de 18 de febrero de 2002**, I.L. J 301, entiende que cuando el trabajador pierda su trabajo como consecuencia de haber sido declarado incapacitado permanente total, podrá optar entre percibir la prestación por desempleo, si reúne los requisitos, o la pensión de incapacidad permanente. Así el hecho causante de la prestación es el momento en que se pierde el empleo, por ello el primer día para solicitar la prestación, y por tanto a partir del que comienzan los quince días establecidos legalmente es el día siguiente al de la declaración de incapacidad permanente. Por tanto, como la actora solicitó la prestación transcurrido ampliamente dicho plazo, deben darse por perdidos los días transcurridos entre la fecha de declaración de incapacidad y la fecha en la que se solicitó la prestación.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

### c) Contenido y modalidades de la prestación

La STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2002, I.L. J 671, estima el reintegro de la cantidad indebidamente percibida por el actor que solicitó la prestación por desempleo en su modalidad de pago único para la constitución de una Sociedad Cooperativa, que posteriormente se demuestra que estaba constituida con anterioridad no sólo a la concesión de la prestación, sino a la propia solicitud, además no se ha aportado justificante alguno que acredite que el dinero abonado por el INEM se haya invertido en el inicio de la actividad, sino que en este caso el dinero de la capitalización ha servido par financiar una actividad en marcha.

### d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

Se desestima por el Tribunal Supremo, en STS de 21 de enero de 2002, I.L. J 114, la pretensión de la actora de obtener la prestación por desempleo, por no coincidir la fecha de extinción de su relación laboral con la finalización de la obra o servicio para la que había sido contratada, por tanto habría de entenderse que había sido despedida y la actora debería haber reclamado contra dicha decisión empresarial, pues el contrato suscrito por la misma estipulaba con toda claridad su duración.

La STSJ de Cataluña de 8 de enero de 2002, I.L. J 148, resuelve un caso similar al anterior, en el que se desestima la concesión de la prestación por desempleo al actor al no encontrarse en situación legal de desempleo, pues el actor ha sido objeto de un despido disciplinario frente al que no ha reclamado en tiempo y forma, luego, en virtud del artículo 208.2 TRLGSS, no procede considerar que el actor se encuentra en situación legal de desempleo y por tanto no tiene derecho a la prestación por desempleo.

La STS de 13 de febrero de 2002, I.L. J 335, viene a reiterar la doctrina que sobre la cuestión tratada fuera ya unificada en la STS de 27 de octubre de 2000, cual es la no exigencia del agotamiento de la vía judicial, para considerar en situación legal de desempleo a una persona cuyo contrato se ha visto extinguido por circunstancias objetivas, pues de lo contrario, según el Tribunal Supremo, “(...) se estaría exigiendo al trabajador que se erigiese en controlador último de la acomodación a derecho de la decisión empresarial de despedir, imponiéndole una carga procesal que, en cuanto no prevista en ninguna disposición legal, deviene contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en cuanto que dentro de su contenido esencial se halla el de acceder a los Tribunales sin mayores exigencias previas, que las expresamente contenidas en las leyes (...)”.

### e) Supuestos especiales

La STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002, I.L. J 219, desestima la pretensión de la actora de obtener la prestación por desempleo o subsidiariamente el subsidio por desempleo, así como la responsabilidad subsidiaria del INSALUD, por falta de cotización. El tribunal entiende que siendo la actora personal sanitario del INSALUD, y no existiendo la obligación de cotizar por tal personal a la contingencia de desempleo, la actora no puede acceder a la prestación solicitada. Este personal pertenece al campo de aplicación del Régimen

General de la Seguridad Social, personal, que, teniendo carácter de fijo, y desempeñando su plaza en propiedad, no puede ser despedido de la misma, sino en virtud de expediente disciplinario, ya que la posesión y adquisición de la plaza en propiedad le otorga una situación cuasi-funcionarial.

#### **f) Compatibilidad e incompatibilidad**

El Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de marzo de 2000, dictada en unificación de doctrina, dice exactamente; “(...) la prestación por desempleo será incompatible con el trabajo lo que no quiere decir, interpretado, a *sensu contrario*, que si el trabajador no realiza actividades por cuenta propia ni por cuenta ajena no existe incompatibilidad (...)”; pues bien, esta sentencia es alegada por la **STSJ de Asturias de 18 de enero de 2002**, I.L. J 80, para denegar la prestación por desempleo al actor que es dueño al 50 por ciento de un negocio rentable, a pesar de que el actor intente demostrar que no realiza trabajo alguno en el citado negocio, alegación por otra parte intrascendente, pues el fondo del asunto es la incompatibilidad entre la percepción de una prestación de seguridad social por desempleo y el desarrollo de una actividad productiva por cuenta propia o ajena, con independencia de la forma y modo en que se realice, por las especiales características de la actividad.

La **STSJ de Aragón de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 300, desestima la concesión de la prestación por desempleo a la actora la cual pretende que aplicando la doctrina del paréntesis, se permita integrar con cotizaciones anteriores a la declaración de invalidez el período de cotización necesario para el nacimiento de la prestación contributiva de desempleo surgida tras el posterior despido de la interesada. El tribunal fundamenta su decisión en la incompatibilidad de la prestación por desempleo con la de invalidez en el grado de incapacidad permanente total para el mismo trabajo que hubiese dado lugar al desempleo, asimismo entiende que la finalidad perseguida por la ley es evitar la doble protección para una misma situación de pérdida de ingresos, pues las cuotas precedentes a la declaración de invalidez, al contribuir a la conformación de la prestación de invalidez, agotaron con ello su eficacia.

#### **D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo**

##### **b) Beneficiarios**

###### **a’) Subsidios vinculados a responsabilidades familiares**

Cuando un trabajador está percibiendo el subsidio por desempleo vinculado a la existencia de determinadas responsabilidades familiares está obligado a poner en conocimiento de la Entidad Gestora cualquier circunstancia que pueda afectar al mantenimiento del derecho, imponiéndosele una actuación positiva en dicho sentido, de manera que, de no hacerlo, se produce un disfrute ilícito y en consonancia la infracción tipificada normativamente, que es lo ocurrido en el caso resuelto por la **STSJ de Cantabria de 20**

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de febrero de 2002, I.L. J 393, por cuanto no se puso en conocimiento del Ente Gestor la circunstancia de que un hijo que formaba parte de la unidad familiar había cumplido los 26 años.

### b') Subsidio de prejubilación

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en unificación de doctrina acerca de lo que deba entenderse por rentas a efecto de las prestaciones asistenciales por desempleo. Ni la LGSS ni el RD 625/1985 definen tal cuestión. De nuevo la **STS de 7 de febrero de 2002**, I.L. J 280, trata este tema, para llegar a la conclusión de que la diferencia entre el precio de adquisición y el de enajenación de los bienes patrimoniales del demandante no representa una renta a computar en la forma prevista por el artículo 215.1.1 de la LGSS. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 379 y la **STS de 23 de marzo de 2002**, I.L. J 535.

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### a) Requisitos de acceso a la protección

– Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados

En el período de referencia a que se refiere esta crónica se mantiene reiteradamente la jurisprudencia ya sentada por el Tribunal Supremo en relación con el cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados. Por lo que se refiere al período de tiempo que debe computarse a efectos de la pensión de jubilación reitera el criterio de que, a efectos de la pensión de jubilación de éstos, deben computarse los períodos de actividad sacerdotal anteriores a la creación del RETA, pero sin que este cómputo ficticio pueda ir más allá de 1 de enero de 1962, fecha en que se creó la primera mutualidad de trabajadores autónomos, y ello, en base al principio de igualdad que consagra el art. 14 de la CE, en la medida en que no se puede sostener que la Ley 13/1996 haya pretendido, además, establecer para el colectivo de sacerdotes y religiosos/as de la Iglesia Católica secularizados un nivel de protección para la jubilación superior a aquel que la legalidad vigente dispensa al resto de los trabajadores, incluidos aquellos que quedaron encuadrados en el RETA desde el momento mismo de la creación de éste y venían desarrollando su actividad con anterioridad a esta creación. Igualmente se sigue declarando la conformidad a la ley de la obligación establecida, a través del desarrollo reglamentario de la Ley 137/1996, de 30 de diciembre (RRDD 487/1998, de 27 de marzo y 2665/1998, de 11 de diciembre), para los religiosos y sacerdotes secularizados de asumir el pago del capital-coste de su pensión reconocida y asimismo el pago de una tasa en concepto de gastos de tramitación del expediente (véase al respecto la crónica realizada en el número 11 de esta revista). **SSTS de 17 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 19; **17 de enero de 2002**, I.L. J 20; **23 de enero de 2002**, I.L. J 42; **23 de enero de 2002**, I.L. J 45; **28 de enero de 2002**, I.L. J 59; **29 de enero de 2002**, I.L. J 61; **30 de**

enero de 2002, I.L. J 63; 4 de febrero de 2002, I.L. J 26; 7 de febrero de 2002, I.L. J 282; 7 de febrero de 2002, I.L. J 285; 7 de febrero de 2002, I.L. J 286; 11 de febrero de 2002, I.L. J 288; 18 de febrero de 2002, I.L. J 341; 18 de febrero de 2002, I.L. J 342; 19 de febrero de 2002, I.L. J 354; 26 de febrero de 2002, I.L. J 378; 4 de marzo de 2002, I.L. J 508; 25 de marzo de 2002, I.L. J 538; 7 de marzo de 2002, I.L. J 564; 11 de marzo de 2002, I.L. J 568; 11 de marzo de 2002, I.L. J 572; STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2002, I.L. J 712.

También en relación con la pensión de jubilación de los religiosos secularizados, la **STS de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 533, establece que la cotización ficticia prevista en los RRDD 487/1998, de 27 marzo y 2665/1998, de 11 de diciembre, en tanto sujeta a los procedimientos de asimilación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sólo puede presumirse respecto de los períodos de vida sacerdotal o religiosa desarrollados en territorio español, por lo que no puede referirse al período de tiempo en que el actor desempeñó su actividad misionera en la India. En el mismo sentido, la **STS de 5 de marzo de 2002**, I.L. J 550, considera que para que puedan reconocerse como cotizados los años de ejercicio religioso, es de todo punto necesario que este ejercicio haya cumplido las exigencias legales de carácter básico y general que hubiesen permitido la afiliación o el alta en la Seguridad Social española, por lo que no puede aceptarse que a los sacerdotes y religiosos secularizados se les pueda computar cualquier tiempo o lapso temporal de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa, prescindiendo por completo del lugar, territorio o nación en donde tal ejercicio se llevó a cabo y cualesquiera otras circunstancias análogas.

– Requisito de “estar al corriente” en las cotizaciones

El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para la percepción de la pensión de jubilación plantea una cuestión controvertida en el caso de los armadores-tripulantes asegurados en el Régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar (REMAR) que exige previamente la determinación de su encuadramiento dentro de este Régimen. A este supuesto se refiere la **STS de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 366 (esta Sentencia fue comentada en el número 11 de esta revista, por lo que se debe remitir a ella).

## b) Contenido de la prestación

### a') Base reguladora

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países

La existencia de cotizaciones efectuadas en diversos países miembros de la Unión Europea determina la aplicación del art. 46 del Reglamento (CEE)1408/1971 que impone el principio de *totalización de las cotizaciones*, de tal forma que “debe procederse a calcular la pensión como si todos los períodos de seguro y de residencia hubieran sido cubiertos en el Estado

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

miembro donde radique la institución de que se trate y bajo la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. El pago de esta prestación “teórica” se distribuirá según un sistema de proporcionalidad (factor *pro rata temporis*), que se establece “a prorrata” de la duración de los períodos de seguro o de residencia cubiertos antes de producirse el hecho causante bajo las legislaciones de todos los Estados miembros afectados. Pero la propia norma trata de armonizar este principio de totalización con otro principio que evite que la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza con cargo con entidades estatales distintas, conduzca al percibo de pensiones muy superiores a aquellas que se hubieran causado de no haberse producido el fenómeno migratorio.

Sobre esta base, la **STSJ de Cantabria de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 753, que la base de cotización del trabajador emigrante debe fijarse, como norma general, conforme a las cotizaciones efectivamente satisfechas en el país, pero:

“otorgarle, como pretende, con cargo a la entidad gestora española, un pensión computada conforme a un porcentaje sobre la pensión teórica, supondría la concesión de beneficios excesivos y desproporcionados en relación a los períodos de seguro real al trabajador emigrante por el solo hecho de la emigración, que desbordan las exigencias del art. 51 del Tratado Comunitario, cuya finalidad es que esos trabajadores no sufran una reducción de la cuantía de las prestaciones por el hecho de haber utilizado el derecho a la libertad de circulación, pero no un incremento desmesurado de la pensión”.

Como señala la Sentencia, este beneficio exclusivo se produciría cuando se determinara el reparto o prorrateo de la pensión teórica no en proporción a las cotizaciones realmente efectuadas en cada país, sino en relación a las cotizaciones ficticias establecidas por la legislación interna de cada Estado.

Realmente, en estos casos viene siendo una cuestión enormemente problemática el cálculo de la base reguladora, habiendo adoptado los Tribunales soluciones contradictorias y habiendo establecido el Tribunal Supremo una jurisprudencia, en unificación de doctrina, que, sin embargo, ha dado lugar a votos particulares (véase la crónica jurisprudencial realizada respecto a esta cuestión en el número 1 de esta revista) y a una Sentencia del Tribunal Europeo, como consecuencia de una cuestión prejudicial que le fue planteada de 17 de diciembre de 1998 y que llevó al Tribunal Supremo a modificar su doctrina, en Sentencia de 10 de marzo de 1999. En esta ocasión, la **STSJ de Galicia de 31 de enero de 2002**, I.L. J 189, establece, en el ámbito de esta cuestión, que la pensión de jubilación debe ser calculada con arreglo a las bases medias de cotizaciones vigentes en España en el período correspondiente. Pero este pronunciamiento, en el caso concreto, es consecuencia de la aplicación del Convenio Hispano-inglés por ser más favorable para el trabajador que el Reglamento comunitario de 1992 (Reglamento CEE 1248/1992), dado que, como ha reiterado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, “la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede acarrear una disminución de prestaciones concedidas por la legislación de un país miembro, debiendo incluirse las dimanantes de Convenios multinacionales de Seguridad Social integrados en derecho interno en cuanto supongan para el trabajador afectado más beneficios que los dimanantes del Derecho comunitario”.

- No se incluye dentro de la base reguladora el porcentaje correspondiente a un período de tiempo trabajado en embajada extranjera pero no cotizado

La **STSJ de Madrid de 24 de enero de 2002**, I.L. J 207, analiza un supuesto particular en el que una trabajadora española presta servicios en una embajada extranjera en España (la de Sudáfrica, en el caso concreto). La aplicación de la Circular 93/1984 determina que el alta de la actora en la Seguridad Social española quedara a expensas de la solicitud voluntaria del país en cuestión y que, en caso de que dicha solicitud no se produjese (como ocurrió en el caso concreto), no se podía efectuar de oficio la misma, por considerarse la embajada como territorio del país representado por la misma. La conclusión que se impone en la Sentencia es que a efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación de la actora, ese período de tiempo aparece como un tiempo trabajado pero no cotizado, sin que exista una norma que pudiera obligar al Estado-empresario al que se refiere el supuesto a llevar a cabo el alta y la cotización correspondiente.

- Incremento injustificado de la base de cotización

Los incrementos de la base de cotización que se producen de manera injustificada con la finalidad de lograr una pensión de jubilación en cuantía superior han de quedar sin efecto, sirviendo de fundamento para este pronunciamiento la genérica figura del fraude de ley (**STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 501). Existe, al respecto, una reiterada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que no pueden ser tenidas en cuenta para fijar la base reguladora de la pensión de jubilación las bases de cotización correspondientes a un período próximo a la jubilación cuando se ha producido en ellas un incremento injustificado. Tanto por aplicación del art. 162.2 LGSS, como de los arts. 6.4 y 7.2 CC, se determina el carácter fraudulento de estos incrementos.

## b') Cuantía de la prestación

- Reintegro de cantidades indebidamente percibidas

Una cuestión controvertida es la del límite establecido para llevar a cabo la retención mensual por compensación de prestaciones indebidas. Es decir, se plantea, si de forma análoga a lo previsto en la LEC para el embargo ejecutivo, la retención llevada a cabo por la entidad gestora por compensación de prestaciones indebidas no puede suponer que la percepción mensual de la pensión que se venía percibiendo quede por debajo del importe del salario mínimo interprofesional. A esta cuestión se refiere la **STS de 17 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 23, que, manteniendo la doctrina sentada por este mismo Tribunal en sentencias anteriores (algunas de las cuales tienen formulados Votos Particulares interesantes), parte del tratamiento distinto que el legislador otorga al embargo de prestaciones por parte de los acreedores del pensionista (al cual se aplicarán las reglas establecidas en la LEC) y la compensación o descuento de las prestaciones por parte de la entidad gestora cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social. En este último caso, la doctrina del Tribunal Supremo considera que

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

las rentas de trabajo y las prestaciones de Seguridad Social, aun presentando algunas similitudes, tienen diferencias importantes en la función institucional y en el título de adquisición, que impiden la equiparación del régimen jurídico de las mismas. Las diferencias son evidentes en lo que concierne, en concreto, a la cuantía de unas y otras, de tal forma que “la cifra del SMI, aun siendo una referencia frecuente para el cálculo de prestaciones y cotizaciones de Seguridad Social, no desempeña desde luego en este sector del ordenamiento el papel de tope o límite mínimo de prestaciones” (por el contrario, buena parte de las mismas tienen una cuantía inferior). Por todo ello, razona la Sentencia que “no sería lógico imponer al descuento compensatorio de prestaciones un límite o tope que se encuentra por encima de las cuantías mínimas de las prestaciones correspondientes”.

Por otra parte, se sigue planteando como cuestión controvertida la relativa al período a que alcanza el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas a cargo de la Seguridad Social. La **STS de 18 de febrero de 2002**, I.L. J 349, mantiene, al respecto, que la aplicación de la modificación introducida en el art. 45 de la LGSS por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, por la cual la obligación de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora, debe aplicarse a las percepciones indebidamente percibidas a partir de 1998 (ya que la Ley de 1997 carece de indicaciones intertemporales y que los actos jurídicos suelen regirse por la norma en que tiene lugar su producción). Como consecuencia de ello, la citada Sentencia entiende que debe mantenerse la subsistencia de la doctrina de equidad para las percepciones cobradas hasta diciembre de 1997, conforme a la cual se aplica el plazo de prescripción de tres meses cuando ha existido buena fe del beneficiario y demora excesiva en la regularización de la situación por la entidad gestora. A esta cuestión se refiere también las **SSTS de 25 de enero de 2002**, I.L. J 56, de **27 de marzo de 2002**, I.L. J 546 y la de **6 de febrero de 2002**, I.L. J 278.

### e) Jubilación anticipada

– Requisitos para la jubilación anticipada

Manteniendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de que para acceder a la modalidad de jubilación anticipada prevista en la Disposición Transitoria Primera, apartado 9, de la OM de 18 de enero de 1967 es necesario haber estado afiliado al Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967, la **STSJ de Galicia de 19 de enero de 2002**, I.L. J 187, establece que las cotizaciones efectuadas en el extranjero como consecuencia de trabajos por cuenta ajena antes de 1 de enero de 1967 no otorgan la condición de mutualista a efectos de poder jubilarse anticipadamente y ello aun cuando el RDL de 29 de mayo de 1998, en su artículo único 2 equipara dicha condición de mutualista con la certificación por cualquier país extranjero de períodos cotizados o asimilados, en razón de las actividades realizadas en el mismo, con anterioridad a 1 de enero de 1967, que de haberse efectuado en España hubieran dado lugar a la inclusión en algunas de las Mutualidades Laborales. Sin embargo, la Sentencia considera no aplicable este RDL ya que la solicitud y el hecho causante son anteriores a la entrada en vigor del mismo (el cual

determina que podrá ser aplicado a las pensiones de jubilación cuyo hecho causante se produzca a partir de 1 de abril de 1998). La Sentencia, manteniendo una interpretación restrictiva (al contrario que el Magistrado de instancia), tampoco considera aplicable el art. 45.2 del Reglamento CEE 1408/1971 al interpretar que en el mismo no se produce la equiparación referida, ni tampoco el Convenio Hispano-Holandés sobre Seguridad Social de 17 de diciembre de 1962 donde tampoco se recoge esa asimilación.

Las normas intertemporales del Sistema de la Seguridad Social siguen planteando cuestiones litigiosas, en concreto las que vienen conservando desde el 1 de enero de 1967 la posibilidad de que quienes hubieran estado incorporados y cotizando al Mutualismo lucren pensión de jubilación a partir de la edad de 60 años, si bien sometiendo la cuantía de la misma a coeficientes reductores, inicialmente del 8 por ciento anual hasta los 65 años, después mejorados, es decir, minorados en atención a determinadas circunstancias que han merecido tal beneficio. En relación con ello, el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina, recogida ahora en la **STS de 11 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 292, de que “aplicar un coeficiente reductor a la pensión de jubilación ganada con una base reguladora y un período concreto de cotización no sólo no infringe lo previsto por la Disposición Transitoria Primera de la OM de 18 de enero de 1967, sino que la aplica e interpreta correctamente”. No obstante, señala la Sentencia que esta norma general tiene importantes excepciones, en atención a las circunstancias y naturaleza de diversas actividades profesionales, y, en concreto, para las mujeres dedicadas a la actividad textil y que hubieren estado incorporadas a la Caja de Jubilaciones de la Industria Textil. En este sentido, la citada Disposición Transitoria Primera de la OM de 1967, partiendo de la aplicabilidad de la minoración antedicha derivada de la anticipación de la edad de jubilación, corrige el resultado de dicha minoración con la aplicación, como mínimo a respetar, del porcentaje que les hubiere correspondido con arreglo a los Estatutos de sus respectivas Mutualidades Laborales, vigentes en 31 de diciembre de 1966. En consecuencia, en el caso concreto, para determinar la pensión teórica que corresponde hay que fijar el entonces llamado “salario regulador” (equivalente hoy a nuestra base reguladora) y después aplicar el porcentaje que prevenga el art. 5 de la OM de 4 de marzo de 1955.

En cambio, no se aplica este beneficio en la **STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2002**, I.L. J 168, ya que en este caso la actora no estuvo afiliada a la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil sino a la Mutualidad de la Confección. La diferencia del trato diferente establecido entre la citada Caja Textil y la Mutualidad de la Confección se establece, según presume esta Sentencia, en “el hecho de que el trabajo textil se desarrollaba en fábricas y talleres que implicaban mayor penosidad que el trabajo de costura típico de la confección”.

En relación con la jubilación anticipada “especial” a los 64 años que concreta el RD 1194/1985 y el art. 126 LGSS, la **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 710, considera cumplidos los requisitos exigidos por dicha norma cuando la trabajadora fue sustituida seguidamente, dentro de un plazo razonable (aunque no fuera una sustitución simultánea), por otra persona que hasta entonces solamente había tenido una vincula-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

ción meramente temporal con la empresa (aunque no se encontrara inscrita como demandante de empleo, salvo en el tiempo intermedio tras el cese del contrato de interinidad y la suscripción del nuevo contrato indefinido), sin que sea relevante, por otra parte, la diferencia de categorías observada. La Sentencia aprecia una naturaleza no sustancial en las irregularidades que puedan haberse producido, de forma que “no pueden repercutir negativamente en el derecho de la actora a jubilarse a los 64 años”. En caso de incumplimiento (falta de cobertura del puesto de trabajo del jubilado), sin embargo, como señala la **STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2002**, I.L. J 496, el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora correspondiente en importe de la prestación de jubilación devengado desde el momento del cese del trabajador contratado, sin que dicho incumplimiento pueda ser justificado por un posible enriquecimiento injusto por parte del trabajador jubilado por el hecho de haber cobrado la prima de jubilación voluntaria prevista en el Acuerdo regulador de condiciones de trabajo (enriquecimiento injusto que sin embargo no existe, según la existencia, por tener el trabajador título jurídico para simultanear ambos beneficios: la jubilación anticipada y la prima de jubilación voluntaria).

– Prejubilaciones y bajas incentivadas

A efectos de conceptualizar la figura de la prejubilación, destaca la **STSJ de Aragón de 28 de enero de 2002**, I.L. J 78, que en relación con la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación y con la aplicación o no del porcentaje de reducción de dicha cuantía del 7 por ciento (previsto para la jubilación anticipada derivada de una extinción del contrato por causas no imputables al trabajador), establece que la prejubilación es fruto de la libre voluntad del trabajador. La Sentencia considera, en base a la doctrina del Tribunal Supremo, que “no hay precepto legal o paccionado alguno que prohíba a la empresa demandada el ofrecimiento de la prejubilación anticipada a los trabajadores”. No constituye, así, un supuesto de una reducción forzosa de la plantilla impuesta por la empresa ni un atentado a la propia negociación colectiva, sino que se basa en una medida prevista en el convenio colectivo que prevé esta posibilidad de prejubilación a la que pueden acogerse voluntariamente los trabajadores para enlazar después con la jubilación anticipada. En idéntico sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 474, que, resolviendo sobre si al causar la baja el actor en la empresa por prejubilación, podía o no haber optado por continuar prestando servicios en la empresa, y en consecuencia si la baja por prejubilación, y por lo tanto la extinción del contrato de trabajo, lo era o no en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, determina que “no se infiere que el actor no obrara con libre voluntad cuando suscribió acuerdo de prejubilación, y en consecuencia deduciéndose que el cese en la prestación de servicios se produce por la suscripción de un acuerdo de prejubilación entre trabajador y empresa”. También en el mismo sentido la **STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2002**, I.L. J 743, según la cual el componente de presión existente en el sistema de prejubilaciones dentro de los planes de adecuación de plantillas no significa falta de voluntariedad.

**f) Jubilación complementaria**

## – Complemento de pensión

El acuerdo de las partes constituye la fuente reguladora básica de la jubilación complementaria de tal forma que, como en el caso analizado en la **STSJ de Galicia de 18 de enero de 2002**, I.L. J 184, “existe un convenio colectivo aplicable en virtud del cual (fórmula del art. 40) se observa que las cotizaciones a cargo del trabajador, que se le deducían en la fase de prejubilación, no constituyen retribución que deba ser tomada en cuenta a la hora de complementar la pensión de jubilación de la seguridad social, con el complemento pactado, y que la voluntad de las partes fue ésta y no mejorar a los actores por encima del propio convenio”.

## – Diferencias entre mejoras voluntarias y planes de pensiones

Interesante es la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2002**, I.L. J 450, que plantea dos importantes cuestiones: Por una parte, entra la Sentencia en la distinción entre las mejoras voluntarias previstas por la empresa como consecuencia de la negociación colectiva y los planes de pensiones, en el sentido de que aquéllas no se estructuran “sobre la base de un sistema de capitalización y ello incluso aunque, por mor de las exigencias legales internas o comunitarias de provisión para subvenir, garantizar y prevenir de posibles insolvencias empresariales a dicha mejora, fuera necesario proveer reservas, que podrían fijar mediante cálculos actuariales análogos a los utilizados en los sistemas de capitalización citados, porque en éstos es precisamente la capitalización lo que surte de fondos para el pago, mientras que en aquéllas, abstraída la obligación legal de provisiones y las consecuencias de cualquier orden que su incumplimiento pudiera acarrear, el empresario podría pagar los complementos de pensión con cargo simplemente a sus beneficios o incluso a sus bienes, sin hacer reserva alguna –con independencia de lo que al efecto suceda en el ámbito mercantil– y quedando la posibilidad de pago a su responsabilidad”. De tal forma que la mejora pactada en el Convenio Colectivo no constituye un plan empresarial de previsión y de prestación definida, no contempla expresamente la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor, no contempla que se haya efectuado el cálculo de éstas de acuerdo con criterios de capitalización individual, ni consta la existencia de un Reglamento interno que discipline “Plan” alguno.

Por otra parte, en relación con el carácter de la mejora voluntaria pactada en el convenio colectivo, la Sentencia establece que los demandantes no ostentaban ningún derecho complementario de la Seguridad Social en el momento de la extinción pactada de sus contratos de trabajo, sino meras expectativas, frustradas al extinguirse el vínculo jurídico antes de producirse cualquiera de los hechos causantes de las mejoras previstas en el Convenio (incapacidad, jubilación o muerte).

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

### B) Jubilación no contributiva

#### b) Requisitos generales

- Requisito de residencia durante dos años consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud

Por aplicación de lo previsto en el art. 10 bis.2 del Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, en la redacción dada por el Reglamento 1247/1992, de 30 de abril (actualmente modificado y actualizado por el Reglamento CE núm. 118/97 del Consejo de 2 de diciembre de 1996), respecto del requisito de residencia se tendrán en cuenta los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro, siendo esto aplicable también expresamente a las pensiones de jubilación en su modalidad no contributiva (STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2002, I.L. J 462).

- Unidad económica de convivencia

La STSJ de Galicia de 25 de enero de 2002, I.L. J 252, declara que se han de considerar integrantes de la unidad económica de convivencia todas aquellas personas que convivan efectivamente con el solicitante de la prestación no contributiva, cualquiera que sea la causa de tal convivencia, siempre que tales personas estén unidas con el beneficiario, por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción, hasta el segundo grado, por lo que no cabe excluir como integrante de la unidad económica de convivencia al nieto de la beneficiaria que con ella convive y existiendo crisis matrimonial entre los padres del menor.

### C) Gestión, financiación y pago

- Efectos de la solicitud de aplazamiento del pago de cuotas

En relación con el requisito previsto para la jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de hallarse el solicitante al corriente en el pago de las cuotas exigibles al tiempo del hecho causante, la solicitud de aplazamiento del pago de cuotas que acompaña a la solicitud de jubilación no puede tener efectos en relación al reconocimiento de aquélla, sino que, como indica la STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2002, I.L. J 434, “es la concesión del aplazamiento y no su mera solicitud lo que subsana –a resultas del cumplimiento de los plazos– la ausencia el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas adeudadas, por lo que el inicial reconocimiento de la prestación estuvo viciado de error”.

- Impugnación del acto de liquidación y cobro

Como la propia STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2002, I.L. J 739, pone de manifiesto, ha sido muy polémica la distinción entre los ámbitos competenciales de las juris-

dicciones social y contencioso-administrativa en cuestiones referidas al pago del capital-coste de prestaciones de la seguridad social, si bien parece haberse fijado actualmente como criterio diferenciador el “hecho de que se estuviera cuestionando o tuviera incidencia directa la materia planteada en el derecho al percibo de prestaciones de Seguridad Social” (STS de 27 de marzo de 2001, u.d.). En el caso analizado en la Sentencia lo que está en litigio es si la mejora de la prestación reconocida requiere o no el abono previo de unas cuotas determinadas mediante una fórmula denominada “capital-coste” de pensión, el cual tiene inequívocamente la condición de recurso patrimonial de la Seguridad Social. Cuando el INSS comunica al recurrente, junto con el reconocimiento de la prestación, el importe de la cotización que tiene que hacer efectiva, lo que está haciendo es informarle de la liquidación que corresponde, tratándose de una única resolución de la Entidad Gestora que en realidad encierra dos actos administrativos que son independientes: gestión de prestación de seguridad social y liquidación de cuotas. La impugnación en el caso concreto alcanza a este último, que es un acto de gestión recaudatoria, entendido en el sentido amplio establecido por el Tribunal Supremo (“que comprende la determinación del alcance de la obligación de cotizar”). Por consiguiente, la Sentencia declara que la impugnación del acto de liquidación y cobro de un recurso patrimonial de la seguridad social no puede ser resuelta por la jurisdicción social.

– Extinción de la pensión de jubilación causada por el síndrome tóxico

Reiteración de la jurisprudencia ya mantenida (véase reseña en números 9 y 10 de esta revista) sobre la extinción de la pensión de jubilación reconocida a personas afectadas por el síndrome tóxico una vez hechas efectivas las indemnizaciones reconocidas en vía penal, puesto que estas ayudas tienen un carácter provisional como anticipo a cuenta de la indemnización que por responsabilidad civil se otorgue. Sobre esta cuestión vuelven a pronunciarse, entre otras muchas, las SSTS de 17 de enero de 2002, I.L. J 24; 11 de febrero de 2002, I.L. J 291; 12 de febrero de 2002, I.L. J 293; 12 de febrero de 2002, I.L. J 296; 12 de febrero de 2002, I.L. J 298; 13 de febrero de 2002, I.L. J 337; 18 de febrero de 2002, I.L. J 344; 18 de febrero de 2002, I.L. J 348; 20 de febrero de 2002, I.L. J 357; 20 de febrero de 2002, I.L. J 359; 21 de febrero de 2002, I.L. J 362; 25 de febrero de 2002, I.L. J 373; 28 de febrero de 2002, I.L. J 382; 26 de marzo de 2002, I.L. J 540 y 27 de marzo de 2002, I.L. J 548.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### a) Concepto. Grados y baremos

##### c') Incapacidad permanente total

La STS de 7 de febrero de 2002, I.L. J 283, afronta la determinación de la “profesión habitual” a los efectos de la declaración de la situación de incapacidad permanente total,

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

y de la pensión correspondiente a tal situación. Concretamente, se trata de precisar la “profesión habitual” a considerar en caso de cambio de actividad profesional, y de fijar el período de tiempo a partir del cual una nueva profesión se convierte en la habitual para valorar la pérdida de capacidad de trabajo que constituye tal situación. Como es sabido, el art. 11.2 de la OM de 15 de abril de 1969 señala que “se entenderá por profesión habitual (...) Aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez”. En el caso enjuiciado, el TS entiende que en los doce meses de la profesión nueva que la convierten en “profesión habitual” a los efectos de la declaración de incapacidad permanente total no debe incluirse, en el supuesto de transición de trabajo por cuenta ajena a trabajo autónomo, el tiempo de intervalo de desempleo, durante el cual no se ha ejercitado en realidad profesión alguna, de manera que la profesión que debe considerarse habitual es la desempeñada durante más de veinticinco años como dependienta, y no la desarrollada durante cuatro meses como administrativa.

La **STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2002**, I.L. J 748, frente a la pretensión del INSS de que la situación de incapacidad total para su profesión habitual en que el actor (de profesión chapista) se halla incurso, no deriva de enfermedad profesional, sino de enfermedad común, estima que si bien el sistema de lista cerrada vigente en nuestro ordenamiento veda la posibilidad de que mediante la interpretación extensiva, la analogía o la valoración judicial, puedan añadirse nuevas enfermedades profesionales surgidas con la evolución de la producción, de la tecnología y de los conocimientos médicos y científicos, lo cierto es que la actividad de Chapista que el actor ha venido desempeñando a lo largo de su vida laboral aparece recogida en el epígrafe e) del cuadro de enfermedades profesionales contenido en el RD 1995/1978. Por su parte, la **STSJ de Baleares de 14 de enero de 2002**, I.L. J 88, estima el recurso contra la sentencia de instancia que entendió que tras el diagnóstico de sus dolencias (síndrome del túnel metacarpiano) el actor era acreedor de prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, entendiendo la sentencia reseñada que la contingencia determinante de la situación invalidante del trabajador es derivada de enfermedad profesional, por hallarse la dolencia recogida en el epígrafe E) del número 5 del cuadro de enfermedades profesionales.

Desestimatoria de la concurrencia de este concreto grado de incapacidad es la **STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2002**, I.L. J 167, por entender que las dolencias de la actora (hiladora textil) carecen de repercusiones funcionales con entidad suficiente para impedirle la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, añadiendo que en la valoración de la presunta incapacidad no se ha de tener en cuenta la descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcional que provocan. También desestimatoria es la **STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2002**, I.L. J 662, al entender que las dolencias de la actora (limpiadora) no pueden estimarse susceptibles de impedirle de manera total el ejercicio de su profesión.

Estimatoria, en cambio, es la **STSJ de Cantabria de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 396, que entiende que las dolencias de la actora, de profesión médica dentista, le impiden las principales tareas que ha de llevar a cabo en su profesión habitual, por lo que estima el recurso de la misma contra la sentencia de instancia. Igualmente estimatoria es la **STSJ**

de Cataluña de 18 de febrero de 2002, I.L. J 412, respecto a las dolencias de la actora (limpiadora), ya que si bien puede seguir realizando algún tipo de tarea con menores requerimientos, no puede desempeñar las propias de su actividad habitual con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige.

A los efectos sobre la relación laboral de la declaración de incapacidad permanente total refiere la STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de febrero de 2002, I.L. J 331, que desestima el recurso contra la sentencia de instancia que, a su vez, desestimó la demanda sobre despido promovida por la actora y declaró la extinción del contrato de trabajo por haber sido declarada la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual como limpiadora, al entender la Sala que el hecho de que la actora fuese adscrita con carácter provisional al puesto de ordenanza no es causa suficiente para considerar la existencia de un despido improcedente y no la concurrencia de la causa extintiva recogida en el art. 49.1.e) ET, dado que ha de atenderse evidentemente a la categoría laboral que la actora tenía reconocida –la de limpiadora– y no la que desempeñaba con carácter provisional tras el reingreso desde la situación de baja tras haberle negado el INSS en vía administrativa la situación de incapacidad permanente.

En el mismo ámbito, efectos sobre la relación laboral, se inscribe la STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2002, I.L. J 446, que señala que la declaración de invalidez permanente total para la profesión habitual para la profesión de Oficial de Escaleras Mecánicas carecería de virtualidad para extinguir la relación laboral entre las partes, novada por decisión de la patronal al asignarle al actor otra profesión (agente de taquillas) para la que está capacitado. Por su parte, la STS de 2 de abril de 2002, I.L. J 767, no aprecia contradicción en el caso de una trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente total como auxiliar de clínica, que reingresa como portera-recepcionista y vuelve a ser declarada en la misma situación, ahora para la nueva profesión, ante lo que el Servicio Andaluz de Salud extingue la relación contractual.

#### d') Incapacidad permanente absoluta

La STS de 26 de marzo de 2002, I.L. J 544, sobre el recuerdo de doctrina ya unificada, señala que es erróneo exigir el requisito del alta en el momento de la solicitud de la prestación cuando consta con valor fáctico que la dolencia determinante de la incapacidad se padecía al causar baja en el trabajo.

Desestimatoria de la concurrencia de este concreto grado de incapacidad permanente es la STSJ de La Rioja de 12 de marzo de 2002, I.L. J 749, que deniega el reconocimiento del mismo a la actora, trabajadora autónoma dedicada a la confección de lencería. La STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de marzo de 2002, I.L. J 616, es igualmente desestimatoria para el actor (dependiente de comercio) que tiene reconocida administrativamente la declaración de incapacidad permanente total en el RETA, por ser el Régimen en que acredita el trabajador el mayor número de cotizaciones, régimen en que no cabe la

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

integración de lagunas a que refiere el art. 140.4 LGSS en virtud de la Disposición Adicional Octava según la redacción dada por la Ley 66/1997.

Estimatoria, en cambio, es la **STSJ de La Rioja de 4 de febrero de 2002**, I.L. J 503, que entiende que las dolencias del actor (Oficial de segunda) le dificultan la realización de tareas que exijan una mínima habilidad manual o manipulación de objetos, de manera que, en la práctica, su capacidad de realizar, con normal eficacia, cualquier profesión u oficio ha de considerarse anulada.

### e') Gran invalidez

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 318, desestima la concesión de la gran invalidez al actor (Vendedor de cupones de la ONCE) por entender que las secuelas que padece no son incardinables en los supuestos prevenidos. Igualmente desestimatoria, por falta de contradicción, es la **STS de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 534.

### b) Requisitos del beneficiario

En los números de I.L. J reseñados en esta crónica sólo refiere a esta cuestión la **STS de 17 de enero de 2002**, I.L. J 18, que estima la gran invalidez de la actora, que estaba en situación asimilada al alta en el momento del accidente, sin que sea exigible que también lo estuviese al solicitar la prestación en la fecha del dictamen del EVI, añadiendo que la inscripción como demandante de empleo equivale a situación asimilada al alta.

### c) Prestaciones económicas

#### a') Clases y cuantía de las prestaciones

En el ámbito de las mejoras voluntarias se inscribe la **STSJ de Aragón de 29 de abril de 2002**, I.L. J 793, que desestima la revalorización del complemento de pensión por invalidez del actor por no hallarse incluido en el ámbito personal de aplicación de los sucesivos convenios, donde se excluye de modo expreso al personal empleado en las obras benéfico-sociales, concurriendo en el demandante la circunstancia excluyente.

A la denominada incapacidad permanente total cualificada, que comporta el incremento del 20 por ciento de la pensión vigente en el Régimen General para la incapacidad permanente total cuando el trabajador tenga más de cincuenta y cinco años y no tenga otro empleo, vienen referidos varios pronunciamientos recogidos en los números de I.L. aquí reseñados. Así, la **STSJ de Madrid de 24 de enero de 2002**, I.L. J 470, estima la obligación de reintegro del mencionado incremento del 20 por ciento de la pensión por realizar el beneficiario una actividad de carácter laboral y remunerada. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de marzo de 2002**, I.L. J 654, reconoce el derecho a tal incremento de la cuantía de la pensión a un ciudadano portugués, residente en su país, sobre la base de las previsiones contenidas en el art. 10 del Reglamento 1408/1971, que dispone que "(...) las prestaciones en metálico de invalidez (...) adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna

reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora”. La **STS de 11 de marzo de 2002**, I.L. J 574, estima el derecho del actor, trabajador minero, afiliado en su día al Régimen Especial de la Minería del Carbón, al incremento del 20 por ciento de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total por reunir los requisitos para ello. En cambio, la **STS de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 581, desestima tal incremento de la pensión en el Régimen Especial del Mar por no haber aplicación analógica de las previsiones contenidas en el Régimen Especial de la Minería del Carbón (sistema de bonificación de edad) a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, por lo que no cabe tal incremento sin tener cumplidos los 55 años. El demandante suplica que se le reconozca el incremento del 20 por ciento de su pensión por incapacidad permanente, aunque no ha cumplido aún los 55 años, y alega la reducción de la edad de jubilación existente en el Régimen Especial de su afiliación (Trabajadores del Mar) semejante a la existente en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, y que fue extendido por la jurisprudencia a todos los trabajadores de la Minería. El Juzgado desestima la demanda; pero la sentencia de suplicación condenó a satisfacer el incremento. El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la entidad gestora porque no cabe extender un beneficio más allá de los límites de su establecimiento, y es claro que en el único Régimen Especial donde se reduce la edad para estas mejoras o incrementos es el de la Minería, sin que haya razón de analogía con el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

#### b’) Base reguladora de las prestaciones

En los números de I.L. J reseñados en esta crónica volvemos a encontrar nuevas aplicaciones de la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora. Así, la **STS de 31 de enero de 2002**, I.L. J 132, respecto a tiempos de desempleo involuntario sin cotización; la **STS de 25 de febrero de 2002**, I.L. J 374, igualmente contiene la doctrina del paréntesis o tiempo muerto ya reseñado en anteriores crónicas.

A la base reguladora de las prestaciones refieren también la **STSJ de Extremadura de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 425, atinente a la base reguladora anual para el cálculo de la pensión correspondiente a un obrero agrícola eventual afecto de incapacidad permanente en grado de gran invalidez derivada de accidente de trabajo; la **STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2002**, I.L. J 661, respecto a la consideración de las dietas a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación correspondiente a incapacidad permanente parcial en el caso enjuiciado.

En la **STS de 7 de febrero de 2002**, I.L. J 279, se trae a unificación de doctrina si es o no aplicable la retroacción de tres meses que establece el art. 43.1 LGSS al supuesto en que el derecho a la prestación por invalidez ya estaba reconocido con anterioridad y en el que la nueva solicitud pretendía y obtuvo un incremento de la base reguladora y, por consiguiente, de la prestación, señalando el TS que tal retroacción de tres meses no resulta apli-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

able, sino que hay que fijarla en la fecha del reconocimiento del derecho, como ya sentara la STS de 7 de octubre de 2000.

### c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

Por lo que hace a la responsabilidad en el pago de prestaciones, ha de reseñarse la **STS del País Vasco de 8 de enero de 2002**, I.L. J 229, que establece las responsabilidades correspondiente a la Mutua aseguradora y al INSS en un supuesto de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo a la que, con posterioridad, se superpone la declaración de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común con diferentes cuadros de secuelas.

### e) Compatibilidad e incompatibilidades

Varias son las resoluciones judiciales contenidas en los números reseñados en esta crónica atinentes al régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente.

La **STS de 18 de enero de 2002**, I.L. J 28, recuerda que la pensión por incapacidad permanente total tiene una función sustitutiva de las rentas salariales que ya no pueden obtenerse en el ejercicio de la profesión habitual, lo que comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no, obviamente, con el desempeño remunerado de la profesión habitual respecto a la que se ha declarado la incapacidad. Tal incompatibilidad es igualmente recogida en la **STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2002**, I.L. J 158, que recoge la incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y los salarios percibidos por el actor.

Sobre el mismo campo argumental, es reconocida la compatibilidad de la percepción de la pensión por incapacidad permanente total con la realización de un trabajo distinto por la **STS de 28 de enero de 2002**, I.L. J 126. Igualmente reconoce la compatibilidad con el trabajo en profesión distinta a aquélla respecto a la que se declaró la incapacidad permanente total la **STSJ de Asturias de 15 de marzo de 2002**, I.L. J 627, si bien por tratarse en el caso enjuiciado de una incapacidad permanente total cualificada, no será compatible la percepción del incremento del 20 por ciento.

## B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

### b) Requisitos del beneficiario

Como es sabido, la insuficiencia de recursos del sujeto afectado por un minusvalía o enfermedad crónica en grado superior al sesenta y cinco por ciento es el requisito determinante de la cobertura de tal situación en esta modalidad, de manera que el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se subordina, además de otros requisitos, a la constatación de que el solicitante carece de rentas

o ingresos suficientes, dicción legal en principio simple, pero cuya constatación requiere la aplicación de unas reglas que complican la determinación de la concurrencia del requisito. En tal problemática se inscribe la **STS de 24 de enero de 2002**, I.L. J 50, que, ante la cuestión de si a efectos de una prestación no contributiva de invalidez, el límite de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia debe fijarse teniendo en cuenta exclusivamente el importe de la pensión de invalidez no contributiva o bien ha de adicionarse a dicha cuantía el complemento de tercera persona, cuestión que es resuelta afirmativamente por deducirse de la literalidad del art. 2 del RD 357/1991.

### **c) Cuantía de la pensión**

Entre las escasas sentencias atinentes a la modalidad no contributiva en los números reseñados en esta crónica, se halla la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de enero de 2002**, I.L. J 251, que deniega el incremento del 50 por ciento por ayuda de tercera persona en la pensión de invalidez no contributiva que tiene reconocida el actor, toda vez que el art. 145.6 LGSS establece que para tener derecho a tal complemento es necesario acreditar previamente una minusvalía en grado igual o superior al 75 por ciento, siendo el caso que el recurrente tiene acreditada una minusvalía en grado inferior.

### **d) Dinámica de la prestación**

La **STSJ de la Rioja de 4 de febrero de 2002**, I.L. J 502, declara la extinción del derecho a percibir pensión de invalidez no contributiva por superar los ingresos de la unidad económica de convivencia el límite de acumulación de recursos.

## **4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

### **A) Requisitos del sujeto causante**

La **STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2002**, I.L. J 419, no aplica la doctrina humanista y flexibilizadora de la exigencia de alta (ni otra de sus consecuencias indirectas, como es la aplicación de la teoría del paréntesis), basándose en un criterio que entendemos erróneo. En concreto niega tal beneficio porque del relato fáctico se deduce “que no queda acreditado que el cese en el trabajo y la baja en la Seguridad Social hubiera sido consecuencia de su enolismo crónico”, siguiendo el criterio de la Entidad Gestora que alega “que no consta en las actuaciones que la enfermedad del causante fuera la causa de la baja”. Pues bien, el error se manifiesta en asimilar “causa” (de la baja en el sistema por la enfermedad) con “concurrencia” (de ambas situaciones). Como establece la STS de 9 de diciembre de 1999, el requisito de alta o asimilación al alta ha de entenderse por cumplido si concurría la situación de alta cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante, y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar el alta. (Ciertamente en último término, en este caso no se podría aplicar el beneficio de considerar la situación asimilada al alta, porque entre

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

el cese en el trabajo y los primeros ingresos hospitalarios que tienen su causa en la enfermedad y que más tarde le produce la muerte, transcurren más de 6 años.)

Aplicación de la doctrina flexibilizadora y humanizadora de la exigencia de alta, que sí se aprecia en el supuesto en el que a pesar del alejamiento temporal del mercado de trabajo, se entiende que sigue vivo el *animus laborandi*. Valoración que se asienta sobre la base de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo (cuestión polémica por su indeterminación) y que se relativiza (aún más), en función del tiempo de vida activa del asegurado (o “carrera de seguro”). Situación que se aprecia en un supuesto en el que entre la fecha del cese voluntario en la empresa, sin inscripción posterior en el INEM y la fecha del fallecimiento transcurre menos de un mes y acredita 3.732 días de cotización a diversos regímenes del sistema de Seguridad Social (STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2002, I.L. J 696).

La distinción, entre si el fallecimiento del causante se produjo a consecuencia de un accidente no laboral o de una enfermedad común, tiene, respecto de los requisitos exigidos al sujeto causante, una consecuencia esencial: “si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización”, lo que supone que tal período sí se exige (distinguiendo si el causante se encontraba en alta o no) si la causa fue enfermedad común (artículo 174.1 en aplicación de la regla general prevista en artículo 124.4 de la LGSS), —distinción y efectos que son consecuencia de la no aplicación del principio de “consideración conjunta de las contingencias” y la no superación de la noción de “riesgo causante”. Requisitos que se han de reunir en la fecha del hecho causante, que con carácter general (incluidas las prestaciones por muerte derivadas de accidente de trabajo) está fijado en la fecha del fallecimiento del trabajador asegurado o pensionista, y que también determina el régimen jurídico aplicable a las mismas, con independencia del momento en que éste accedió a una pensión y con independencia de la legislación mediante la cual se reconoció aquella (STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2002, I.L. J 149).

Una de las cuestiones litigiosas que se presentan cuando el origen de la muerte es común (además del litigio tradicional en la distinción entre causa común o profesional), consiste en determinar cuándo nos encontramos ante un accidente o una enfermedad (común) en los supuestos en los que la muerte deriva de drogadicción. Acerca de esta cuestión existe doctrina unificada (SSTS de 2 de junio de 1994 y 25 de enero de 1995), que precisa, que “deben considerarse causados por accidente —común— todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de un deterioro psicofísico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción, sino que la causa del óbito, repentino e imprevisto, fue directamente producido por una concreta causa externa, como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad, provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado”; Circunstancia que queda acreditada, para la STSJ de Cantabria de 28 de enero de 2002, I.L. J 98, en su supuesto en el que como hecho probado se declara, por el levantamiento del cadáver extendida por el Secretario Judicial de guardia, que el causante

“tenía clavada una jeringuilla en el brazo derecho” y la muerte se produjo por una parada cardio-respiratoria (otro de los hechos probados).

La exigencia legal para tener derecho a esta prestación (en el supuesto de muerte causada por enfermedad común, estando en alta), de que determinadas cotizaciones de las exigidas para acreditar el período mínimo de cotización (500 días), estén comprendidas dentro de un límite temporal próximo al hecho causante (dentro de los cinco años inmediatamente anteriores), está matizada por la doctrina del “paréntesis” (o tiempo muerto), por la que los períodos en los que exista imposibilidad de trabajar se ponen entre paréntesis, lo que supone la ampliación en el pasado, en el tiempo equivalente, del límite temporal exigido. Esta doctrina aún reconocida por la Entidad Gestora, no la aplica en los supuestos en los que existen diversos períodos de paro involuntario intercalados con otros de actividad (en la práctica supone la ampliación en el pasado, exclusivamente del “último período”). Criterio que acertadamente no es compartido por la **STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 428, que considera que ambos casos (supuestos en los que exista un solo y último período de inactividad laboral, como en los que se intercalan períodos discontinuos de actividad y paro involuntario), se mantiene viva la voluntad del causante de mantenerse vinculado al sistema, siendo la inscripción como demandante de empleo en la Oficina correspondiente el instrumento justificativo de la involuntariedad del paro.

Por tanto, la doctrina del “paréntesis” requiere, como elemento restrictivo para su aplicación, que el déficit de carencia sea en todo caso ajeno a la voluntad del causante, situación que no se acredita en el supuesto resuelto por la **STSJ de Aragón de 26 de marzo de 2002**, I.L. J 626, en el que el causante causa baja voluntaria en el régimen general, permaneciendo en esa situación cerca de dos años (hasta su alta en el RETA), estado en el que además permaneció sin inscripción como demandante de empleo.

Continuando con el requisito de carencia y su “flexibilización”, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 614, aplica el principio de cómputo recíproco de cotizaciones. Así, cuando el trabajador no reuniese en ninguno de los Regímenes por los que hubiese cotizado en su vida laboral (en el supuesto: Régimen General, RETA y REA), computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos [art. 35.2.c) del Decreto 2530/1970] –principio de cómputo conjunto o recíproco de cotizaciones– (SSTS de 18 de septiembre de 1992 y 28 de septiembre 1992). En estos casos la pensión se otorga por el Régimen que tenga acreditada mayor número de cotizaciones (en el supuesto que juzga, el Régimen General, aunque fuese el primero de su vida laboral y hubiera dejado de cotizar en él, en diciembre de 1967).

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

### B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

#### a) Viudedad

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de febrero de 2002, I.L. J 328, reitera la doctrina ya claramente marcada por el Tribunal Constitucional (entre otras Sentencias, 184/1990, de 15 de noviembre y 29/1991, de 14 de febrero), que exige como requisito para acceder a la pensión de viudedad el matrimonio, pues la pensión se otorgará a “quien sea o haya sido cónyuge legítimo” (art. 174.1 de la LGSS); lo que supone la exclusión de —ésta— protección social pública a las “parejas sin vínculo matrimonial” (si bien es posible, como indicase el propio Tribunal Constitucional, que podría reconocerse en estos supuestos idéntica protección, si así se modificara la actual redacción del precepto legal —estamos ante un Derecho Constitucional de configuración legal—, y se reunieran los requisitos que en su caso se establecieran). Concluye el Alto Tribunal, que esta exigencia de vínculo matrimonial, como presupuesto para acceder a la prestación establecida —en el actual— sistema de la Seguridad Social, no pugna con el artículo 14 de la Constitución.

Requisito de matrimonio, que sólo se entiende cumplido si se celebra de acuerdo con la forma establecida por la Ley (aunque sea la Ley del lugar de celebración —art. 49 del Código Civil—), pero que como exige el mismo texto legal sólo producirá efectos civiles —desde la fecha de la celebración— y como consecuencia derivada, prestaciones de la Seguridad Social, si se produce su inscripción en el Registro Civil —art. 61— (STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002, I.L. J 492, respecto de un matrimonio celebrado conforme a la Ley Venezolana, no convalidado en España y sin que se invoque causa alguna que justifique la falta de inscripción). Efectos civiles desde la fecha de la celebración religiosa que es de aplicación incluso en los supuestos en que se demora largamente la inscripción, si esta demora es justificada. Justificación en la demora, que se acredita en un supuesto de matrimonio canónico sometido a condición de la declaración de nulidad de sus respectivos matrimonios anteriores (éste se verifica si se cumple la condición), y que cumplida ésta (la nulidad) confirma el matrimonio (nulidad que tiene eficacia civil por auto judicial) y permitió que se contrajera el matrimonio canónico con efectos civiles ocho años más tarde (STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2002, I.L. J 721).

#### C) Cuantía de las pensiones

Tal y como establece el artículo 7.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, la Base Reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuese pensionista de jubilación o invalidez, será la misma que sirvió para determinar su pensión, incrementada con el importe de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que se deriven. Para la aplicación de esta regla, tal y como precisa el Tribunal Supremo, la letra de este precepto no exige “que la muerte derive de la misma contingencia que determinó en su día el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente”, añadiendo, que la presunción establecida en el artículo 172.2 de la LGSS sobre la prueba del carácter profesional de la contingencia determi-

nante de la muerte “resulta aplicable a otros efectos, entre los que puede citarse la determinación de la entidad que ha de asumir el pago de las prestaciones” (STS de 18 de enero de 2002, I.L. J 112).

Respecto a la cuantía de la pensión de viudedad, siguiendo la Doctrina del Tribunal Supremo manifestada en Sentencia de 14 de julio de 1999, dictada en recurso para unificación doctrina y otras muchas posteriores, se manifiesta la **STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 417, por la que se aplica, en los supuestos de separación o divorcio, la regla inequívoca del artículo 174.2 de la LGSS, que establece su percepción en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge, con independencia de que se hayan sucedido nuevos matrimonios. Esta regla –cuantía proporcional– se emplea igualmente a las mejoras voluntarias (arts. 191 a 194 de la LGSS), de –toda– la acción protectora (incluidas las prestaciones derivadas de muerte), pues a ellas se aplica “la regla común de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y considerar que se trata de prestación accesoria de la que corre a cargo de la entidad que gestiona la contingencia en que ambas arraigan” (STSJ de Asturias de 18 de enero de 2002, I.L. J 82).

#### D) Dinámica de la protección

Tras la reforma introducida en la redacción del artículo 175 de la LGSS por el artículo 10 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, y que supuso el aumento –hasta los 21 o 23 y hoy nuevamente ampliada hasta los 22 o 24–, del límite de edad para el percibo de la pensión de orfandad, en los casos en que cumpliendo 18 años, no se efectuase un trabajo lucrativo, la **STSJ del Madrid de 24 de enero de 2002**, I.L. J 209, rehabilita una pensión de orfandad, reconocida al actor cuando alcanzó en abril de 1997 los 18 años, en un supuesto en el que el interesado ya había superado los 21 años de edad pues, no nos encontramos ante un nuevo reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad, sino ante la reposición del mismo y por ello no es de aplicación la limitación temporal de efectos económicos a los tres meses anteriores a la nueva petición (en el mismo sentido la **STSJ de Baleares de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 386); Además, y como ha indicado el Tribunal Supremo (STS de 23 de septiembre de 1999), “dicha recuperación resulta ineficaz o ausente de sentido si no lleva aparejados los efectos económicos”. O como resume la **STSJ de Aragón de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 306, “no se trata pues de la retroacción de efectos de reconocimiento de una prestación, sino de su reanudación o recuperación de la misma prestación ya reconocida anteriormente”.

La **STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2002**, I.L. J 422, aplicando la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STS de 1 de febrero de 2000, resuelve sobre la fecha de efectos iniciales de una determinada prestación de Seguridad Social cuando tras una petición inicial indebidamente desestimada es sucedida por reiteradas peticiones del beneficiario y desestimaciones de la Entidad Gestora, siendo finalmente reconocida ésta, que en estos casos, los efectos económicos no se retrotraen exclusivamente a los 3 últi-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

mos meses (art. 43 de la LGSS), sino que éstos deben retrotraerse por la Entidad Gestora al acto original posteriormente anulado (art. 57.3 de la LRJPAC), siempre que se reúnan tres requisitos: que se produzcan efectos favorables al interesado; que los supuestos de hecho necesarios existieran en la fecha a la que se retrotraiga la eficacia del acto, y por último, y esto no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Requisitos todos ellos presentes, en un supuesto en el que la Entidad Gestora no tiene por presentadas las primeras peticiones efectuadas por la viuda (“única”), por diversas razones formales (no adjuntar DNI, o no firmar el documento de petición de prestación). Eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados que también es de aplicación a los supuestos en los que por un error inicial de la Entidad Gestora a una determinada prestación económica, causada por la correspondiente petición, se reconoce en determinada cuantía, que luego es rectificadora pro otra de mayor cuantía (STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2002, I.L. J 418).

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M<sup>a</sup>. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA



**XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad****Social.** A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo****Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo.

Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.

a) Seguridad Social. b) Empleo y prestaciones de desempleo. c) Salud laboral.

d) Materia laboral.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

El contenido de esta crónica tiene como fin dar a conocer los pronunciamientos judiciales sobre Derecho Administrativo Laboral que aparecen reproducidos en los números 1, 2, 3 y 4 (2002) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, así como también diversas sentencias que sobre la misma materia ha dictado la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que, al menos de momento, no han sido objeto de publicación en la citada revista.

El período al que corresponden las decisiones judiciales examinadas ha sido poco fecundo en materia legislativa, sin duda porque la etapa estival que prosiguió a nuestra última crónica suele ser época de escasa producción normativa. De hecho, en el área que nos ocupa tan sólo cabe destacar la publicación del RD 707/2002, de 19 de julio, por el que, dando por fin desarrollo al art. 45.1 de la Ley 31/1995, se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia y doctrina judicial emitida en estos meses, merece la pena llamar la atención sobre algunos de los pronunciamientos que a continuación se comentan. Concretamente, en materia de procedimiento sancionador, debe subrayarse la **STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2002**, I.L. J 656, mediante la que se advierte sobre la carencia de validez de las denuncias anónimas y la consiguiente nulidad de las posteriores actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la autoridad laboral; asimismo, también hay que remarcar diversas sentencias en las que se delimita la vinculación existente entre el proceso laboral y la actuación inspectora y posterior proceso contencioso-

administrativo, en los casos de infracciones en materia de prevención de riesgos que dan lugar a recargo de prestaciones [*infra*, 3.A)]. Ya desde una perspectiva material, no hay duda de que los pronunciamientos sobre ilícitos en que se cuestiona la disponibilidad hacia el trabajo de los perceptores de prestaciones de desempleo continúan manteniendo toda su actualidad, en la medida en que también el RD-Ley 5/2002 sigue siendo foco de debate [*infra*, 3.C).b)]; igualmente, entre las decisiones analizadas, no está de más hacer especial mención a la **STS de 26 de enero de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 7, como un pronunciamiento más en que el Tribunal Supremo ha concluido que, en caso de contrata, la responsabilidad del empresario principal en materia de prevención de riesgos no es objetiva, sino que exige la presencia del elemento de culpabilidad [*infra*, 3.C).c)].

## 2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

### A) Organización

En este punto, los únicos pronunciamientos judiciales emitidos giran, como es frecuente, en torno a las auditorías practicadas sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, limitándose casi en exclusiva a reiterar ideas ya asentadas en la doctrina del Tribunal Supremo.

Con cierto carácter didáctico en tanto se detiene a examinar una cuestión básica como es el concepto mismo de las Mutuas, la **STS de 8 de marzo de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 608, nos ilustra sobre cuál es la naturaleza y fines de estas entidades, a efectos de finalmente efectuar una aclaración puntual, como es la de remarcar que el patrimonio histórico de las Mutuas, si bien es de su propiedad, está sujeto a la tutela administrativa, por lo que no constituye una extralimitación el hecho de que la Administración haya procedido a realizar una auditoría sobre el mismo.

Abordando ya aspectos más específicos de las auditorías, existen otras sentencias que nuevamente se ven en la necesidad de dejar claro a los recurrentes una serie de principios y pautas procedimentales sobre las que éstos, de forma insistente e infructuosa, continúan formulando alegaciones. En concreto, en aras del principio de unidad de doctrina, la **STS de 10 de junio de 2002**, recurso de casación 6514/1997, Sala Tercera, se mantiene firme en defender las siguientes consideraciones: que los RRDD 3307/1977 y 1373/1979, por los que se regía este procedimiento y en los que se declaraba la competencia de la Administración sobre las cuentas de las Mutuas, son normas que tenían suficiente cobertura legal desde el momento de su promulgación en el inicial art. 5 LGSS de 1974; que la Intervención General de la Seguridad Social goza de competencia para decretar la auditoría; que el procedimiento de auditoría carece de todo carácter sancionador; y además, conforme también indica la **STS de 24 de junio de 2002**, recurso de casación 5352/1998, Sala Tercera, se recuerda la doble idea de que el procedimiento de auditoría no se rige directamente por la Ley de Procedimiento Administrativo, sino que debe atenerse al procedimiento especial establecido en el art. 6 RD 1373/1979, y así-

## XI. Administración Laboral

mismo, que no se produce indefensión por el hecho de que la Mutua sólo haya formulado alegaciones tras la presentación del informe provisional.

A su vez, estas y otras sentencias abordan aspectos estrictamente relacionados con la contabilidad de las Mutuas. En este terreno, de entrada, la **STS de 12 de julio de 2002**, recurso de casación 8896/1997, aclara que cuando en el juicio se susciten discrepancias en materia de asientos contables no será necesaria la asistencia técnica de un perito ni cuando el problema verse sobre la calificación jurídica que merece el gasto, ni cuando, aun tratándose de una cuestión técnica, existan en el expediente administrativo o en el proceso suficientes elementos de justificación para permitir al tribunal formar su juicio; este último supuesto es el que concurre en el caso enjuiciado, donde el órgano judicial se apoya en un informe de la Inspección de Trabajo para formular sus conclusiones acerca de los gastos de la Mutua: en concreto, el Tribunal señala que pueden ser imputados como gastos del sistema de Seguridad Social aquellos en que incurra la Mutua en concepto de “material auxiliar de formación” y “prendas de protección personal” destinados a ser utilizados en cursos de prevención de accidentes. En cambio, distinto es el criterio cuando el gasto consiste en facilitar gratuitamente a las empresas asociadas el material de prevención de riesgos, por cuanto, como expone la ya citada **STS de 24 de junio de 2002**, la puesta a disposición de estos medios a favor de los trabajadores constituye una obligación de las empresas y no de las Mutuas. Esta última sentencia efectúa, además, otras dos consideraciones: de un lado, respecto a la indemnización derivada de la extinción de la relación laboral de un trabajador de la Mutua, confirma que, en tanto se trata de un despido aislado y no de una reducción de plantilla, todo el gasto que implica debe imputarse dentro del ejercicio en que se produce y no contabilizarse de forma diferida; de otro lado, respecto a los gastos de mantenimiento y conservación de inmuebles, el Tribunal recuerda que, respecto a los bienes de su titularidad, el art. 4 de la OM de 2 de abril de 1984 ofrece a la Mutua la posibilidad de optar entre computar el coste de los alquileres o la tasa de amortización, matizando que, si elige imputar el coste del alquiler, todos los gastos de mantenimiento serán de cargo del arrendatario.

Completando el análisis de esta última norma reglamentaria, la también mencionada **STS de 10 de junio de 2002**, pone de relieve cómo la OM de 2 de abril de 1984 exigía que para que las Mutuas pudieran formalizar contratos de arrendamiento u obligaciones por inversiones reales era necesaria la previa autorización de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social; exigencia, por cierto, que queda también de manifiesto en la **STS de 29 de mayo de 2002**, recurso de casación 5422, Sala Tercera, donde se subraya la necesidad para la Mutua de haber obtenido la indicada autorización antes —y no después— de haber realizado gastos como resultado de su proyecto de construcción de un inmueble.

Por último, para cerrar este repaso sobre la jurisprudencia relativa a los específicos ajustes contables derivados de las auditorías, la **STS de 12 de junio de 2002**, recurso de casación 6038, Sala Tercera, se centra en la previsión incluida en el art. 31.1.1 del anterior RD 1509/1976 —parcialmente trasladado al actual art. 65.2 RD 1993/1995—, y respecto a ella declara la improcedencia de incluir en la reserva para contingencias en tramitación las cantidades correspondientes a los expedientes de reconocimiento de prestacio-

nes recurridos ante la jurisdicción social cuando su importe hubiera debido ser consignado como requisito previo para interponer el recurso.

### B) Actas de liquidación

Igual de insistente se muestra el Tribunal Supremo a la hora de desestimar la también pertinaz interposición de recursos de casación —ordinarios y para la unificación de doctrina— derivados de la impugnación de un acta de liquidación, en los casos en que, con independencia de que la cantidad global reclamada alcance el mínimo económico para recurrir, ninguna de las cuotas mensuales en que se divide el período liquidado llegue a dicho umbral. En este sentido, son muchas las sentencias que reiteradamente vuelven a recordar que, a estos efectos, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa indica que para fijar el valor de la pretensión debe tenerse en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas, ni cualquier otra clase de responsabilidad, añadiendo que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, debe atenderse a la cuantía individualizada de cada acta —y no a la suma de varias—, y dentro de ella, las cifras a considerar son las cuotas mensuales, en tanto que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distinto. De acuerdo con estos criterios, cuando el importe de las cuotas mensuales liquidadas no alcanza el mínimo legalmente exigido, el Tribunal concluye que estamos ante una causa de inadmisión del recurso que, llegados ya al trámite procesal de la sentencia, se convierte en causa de desestimación del mismo (**SSTS de 17, 20 y 24 de junio de 2002**, recursos de casación para unificación de doctrina 9220/1996, 1532/1997 y 9225/1996; **de 29 de mayo de 2002**, recursos de casación 8711/1996 y 9382/1996, **de 3 de junio de 2002**, recurso de casación 6025/1996, **de 6 de junio de 2002**, recursos de casación 1895/1997 y 4346/2000, **de 11 y 17 de junio de 2002**, recursos de casación 8184/1996 y 1631/1997, y **de 2 y 8 de julio de 2002**, recursos de casación 6739/1996 y 9380/1996; todas ellas de la Sala Tercera).

## 3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Procedimiento sancionador

En relación a esta materia, hay que empezar la exposición por el análisis de una valiosa sentencia que se centra en un aspecto específico de la fase previa al procedimiento sancionador: el inicio de la actividad inspectora de comprobación. Exactamente, la **STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2002**, Sala Social, I.L. J 656, resuelve un supuesto en que, con origen en una denuncia anónima, el Inspector constata el desarrollo de actividad comercial por parte de un perceptor de la pensión de jubilación, a quien por tal motivo se sanciona con la pérdida temporal de la prestación. Respecto a esa irregular incoación de la actuación inspectora, el Tribunal pone de relieve cómo los arts. 9.1.f) RD 928/1998 y 13 Ley 42/1997 prohíben la tramitación de denuncias anónimas, razón por la cual la sentencia declara la nulidad de pleno derecho de la subsiguiente actuación administrativa,

## XI. Administración Laboral

tanto la realizada por la Inspección, como la practicada por la autoridad laboral (art. 62 Ley 30/1992).

Más próximos ya al procedimiento sancionador y sus consecuencias procesales, en el período examinado se han dictado también dos pronunciamientos judiciales que inciden sobre un mismo punto: la relación entre el proceso laboral y el proceso contencioso-administrativo en los supuestos de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad constatadas en acta de infracción. Concretamente, respecto a esta interconexión procesal, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de enero de 2002**, I.L. J 142, Sala Social, efectúa dos consideraciones de interés, sin duda relacionadas con el alcance y límites que merece la previsión del art. 42.5 LISOS, conforme al cual, la declaración de hechos probados contenida en la sentencia contencioso-administrativa firme confirmadora de la sanción resultará vinculante para el órgano jurisdiccional social encargado del recargo de prestaciones. Así, de una parte, por lo que se refiere a una eventual subordinación del juicio laboral a las valoraciones jurídicas de la Inspección de Trabajo, el Tribunal muestra su negativa, aseverando que:

“la calificación y propuesta de sanción que los hechos hayan merecido por parte de la Inspección (...) es extremo que en nada vincula al orden social de la jurisdicción, pues la graduación de la gravedad de los incumplimientos empresariales (caso de haber existido) es cuestión jurídica, que no de hecho, cuya competencia posee el Magistrado de instancia con independencia absoluta de las propuestas de sanción formuladas por la Inspección, sin más límite que el de adecuación a los hechos probados en autos”.

De otra parte, la misma postura contraria mantiene la sentencia respecto a si el desarrollo del proceso contencioso-administrativo constituye causa de suspensión del proceso laboral:

“lo que no cabe aceptar es que los Tribunales del Orden Social deban apreciar la concurrencia de causa de suspensión del procedimiento por el hecho de que la empleadora haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora dictada por la Autoridad Laboral; en efecto, una cosa es que el orden social deba partir de los hechos declarados probados en sentencia firme del orden contencioso-administrativo y otra bien distinta que la existencia de tal procedimiento constituya causa de suspensión del procedimiento laboral, y mucho menos que pueda dar lugar a la apreciación de la excepción de litispendencia, inadmisibles, salvo disposición expresa de la ley, cuando las controversias que sirven de base a su alegación se ventilan ante distintos órdenes jurisdiccionales, en los que las pretensiones son también diferentes”.

Ya en un estadio posterior, cuando uno y otro orden han confirmado la procedencia tanto del recargo de prestaciones como de la sanción administrativa, se plantea una nueva cuestión a la que hace frente la segunda de las sentencias anunciadas: se trata de determinar si esa simultánea imposición de recargo y sanción comporta o no vulneración del principio *non bis in idem*. Para dar respuesta a este interrogante, la **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2002**, Sala Social, I.L. J 670, se remite a la doctrina del Tribunal Supremo —ya conocida en estas crónicas—, según la cual, en tales casos no se produce infracción

del citado principio por cuanto “es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social”, ya que, conforme interpreta la sentencia, mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

Finalmente, para cerrar este epígrafe tan sólo resta advertir que sobre este mismo principio *non bis idem* y también sobre los criterios de graduación de las sanciones en el ámbito de los ilícitos laborales existen otros dos pronunciamientos, cuyo comentario, a efectos de evitar reiteraciones, se pospone al momento en que se analicen las infracciones en dicha materia –*infra*, 3.C).d): STS de 8 de julio de 2002, recurso 1597/2000, y STS de 19 de junio de 2002, recurso de casación 6376, Sala Tercera–.

### **B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza**

Escaso y nada novedoso es lo que a este respecto han decidido los tribunales en los meses analizados. Muestra de ello es la STSJ de Aragón de 17 de abril de 2002, Sala Social, I.L. J 791, en la que se hace incidencia en una idea que, por lo demás, resulta obvia: en concreto, a efectos de confirmar la no imposición del recargo de prestaciones como consecuencia de no haberse acreditado los hechos infractores en un supuesto en que la autoridad laboral había anulado las diversas actas de infracción levantadas, la sentencia remarca que las actas nulas carecen de toda eficacia y presunción de veracidad, la cual sólo es predicable de las actas válidas.

Reiterativa de la doctrina clásica sobre esta institución probatoria es también la STS de 26 de enero de 2002, Sala Tercera, I.L. J 7, que respecto a un acta de infracción en materia de prevención de riesgos, recuerda el valor de las actas inspectoras como medios de prueba que pueden lograr el convencimiento del tribunal sobre “los hechos (...) que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada (...), y no se trate de una mera estimación”. De manera específica, puntualiza que las infracciones de normas de seguridad e higiene son ilícitos que, por su objetividad, sí son susceptibles de percepción directa por el Inspector; por ello, y dado que el inculpado no consigue aportar pruebas que desvirtúen la presunción de veracidad del acta, el Tribunal acaba confirmando la sanción.

Ya fuera del terreno punitivo, cuestión distinta, pero también referida al papel que juegan los documentos elaborados por la Inspección de Trabajo, es la abordada por la STS de 16 de enero de 2002, Sala Tercera, I.L. J 5, relativa a las consecuencias que derivan de la omisión del informe de la Inspección en un procedimiento administrativo en que resulta de obligada emisión: en concreto, se trata del procedimiento sobre condonación del recargo por mora en el pago de cotizaciones a la Seguridad Social, en un supuesto acaecido bajo la vigencia de la Orden de 23 de octubre de 1986, la cual configuraba la

## XI. Administración Laboral

aportación de este informe como preceptivo –conforme indica la sentencia, en la normativa actual se contempla como facultativo–. Con apoyo en la ley reguladora del procedimiento administrativo, la sentencia hace depender la nulidad de la resolución administrativa del hecho de que la ausencia del informe haya mermado las garantías de defensa del interesado, llegando a la conclusión de que, en el caso enjuiciado, la omisión del informe no tiene entidad suficiente para considerar que ha provocado indefensión, dado que en el expediente obran bastantes elementos como para formarse un criterio sobre la solicitud de condonación.

### **C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias**

#### **a) Seguridad Social**

En este apartado, tan sólo cabe recordar la ya comentada **STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2002**, Sala Social, I.L. J 656, por la que, como consecuencia de haberse iniciado la investigación inspectora en virtud de una denuncia anónima, se declara la nulidad de la resolución sancionadora dictada frente a un beneficiario de pensión de jubilación que había sido descubierto por el Inspector prestando servicios en el comercio del que era titular su esposa (*supra*, 3.A).

#### **b) Empleo y prestaciones de desempleo**

De nuevo, los incumplimientos en este terreno constituyen uno de los ámbitos que mayor número de pronunciamientos generan, centrándose la atención del período examinado básicamente en dos tipos infractores.

Así, un primer grupo de sentencias fijan su objetivo en juzgar la actitud que los perceptores de prestaciones de desempleo muestran hacia el trabajo y la búsqueda de empleo, siendo común a todas ellas el carácter estricto y proclive a la sanción con que los tribunales valoran las conductas de los beneficiarios. En esta dirección, una primera manifestación la encontramos en la **STSJ de Asturias de 8 de febrero 2002**, Sala Social, I.L. J 308, cuyo fallo confirma la sanción de suspensión por un mes del percibo de la prestación de desempleo de una beneficiaria que no acudió a renovar su demanda de empleo en la fecha prevista –17 de diciembre– y que sólo cuando un mes después recibe notificación sobre la apertura de expediente sancionador, aporta un informe de un médico privado, confeccionado el 17 de enero, en el que se hace constar que, debido a una enfermedad, el día que había de personarse en la entidad gestora para la renovación se encontraba en cama guardando reposo. Al respecto, la Sentencia niega que este documento goce de eficacia para justificar el incumplimiento leve en que la perceptora de prestaciones incurrió, ya que, conforme a doctrina de la propia Sala, los informes médicos redactados en las condiciones del aquí valorado carecen de validez por resultar extemporáneos.

De similar signo es la **STSJ de Extremadura de 22 de enero de 2002**, Sala Social, I.L. J 174, dictada en relación a un supuesto en que una perceptora de prestaciones de desempleo rechaza participar en un curso de promoción de empleo, aduciendo tener que

cuidar a un hijo de meses y encontrarse además embarazada. A fin de valorar esta conducta, el Tribunal se apoya en lo expresado en otras muchas sentencias sobre la materia, en las que, en síntesis, se viene a significar que la protección por desempleo no sólo exige la voluntad de querer trabajar, sino también la “disponibilidad” al trabajo y a la formación, lo que excluye que circunstancias normales personales o familiares puedan esgrimirse como causa de rechazo de trabajo adecuado o curso de formación, ya que el objeto de protección no es una situación de conveniencia, sino de necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral [cfr. arts. 213.1.b) LGSS y 17.2 LISOS]. En aplicación de este criterio, el Tribunal confirma la sanción de extinción de la prestación impuesta a la beneficiaria, rechazando la posibilidad de aplicar una atenuante que conduzca a una sanción inferior, ya que ni cabe acudir a la analogía, ni tampoco cabe ampararse en el texto de la Ley 39/1999 sobre conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo articulado no contempla expresamente la exención que la infractora pretende.

Esa misma doctrina sobre el fundamento de la protección por desempleo en la necesidad —y no en la conveniencia— y la exigencia de disponibilidad para el trabajo es la que se aduce en la **STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2002**, Sala Social, I.L. J 397, referida a un perceptor de prestaciones de desempleo respecto al que, tras haber acudido a una entrevista de trabajo comunicada por el INEM, la empresa oferente del empleo informó que “no demostró interés en obtener el puesto” (cfr. actual art. 17.2 LISOS). En la medida en que el beneficiario no acredita una causa justificativa de su rechazo implícito a la oferta de empleo, el Tribunal confirma la comisión de la falta grave descrita y la consiguiente sanción de extinción de la prestación, apoyando su decisión, a mayor abundamiento, en la actual situación del mercado laboral, caracterizado por la falta de puestos de trabajo y la escasez de medios para proteger la contingencia.

Abordando ya otro tipo de ilícito en la materia, existen otras dos sentencias que se pronuncian sobre un mismo incumplimiento: el silencio de los beneficiarios sobre los hechos sobrevenidos durante el transcurso de la percepción que pudieran alterar su derecho a la misma. Éste es el caso de la **STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2002**, Sala Social, I.L. J 393, en un supuesto en que, habiéndose reconocido al inculpado un subsidio por desempleo, con posterioridad se le sanciona con la extinción del mismo y la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas, por no haber comunicado que durante el período de disfrute del subsidio había dejado de tener responsabilidades familiares, al haber cumplido su hijo 26 años y gozar su esposa de ingresos superiores al 75 por ciento del SMI (cfr. actual art. 25.2 LISOS). En este pronunciamiento, al margen de declarar la procedencia de la sanción por no notificar al INEM la alteración de las circunstancias que determinaban el mantenimiento del derecho, el Tribunal efectúa otras dos consideraciones que merecen ser destacadas. En realidad, la primera de ellas es ya doctrina unificada y conocida en estas crónicas, si bien no está de más recordar, como hace la Sentencia, que es perfectamente posible que la Entidad Gestora proceda a revisar de oficio sus propios actos de reconocimiento de derechos, de modo que, aun cuando en este caso hubiera concedido inicialmente el subsidio, podía después comprobar si seguían concurriendo los requisitos necesarios para el disfrute y, en caso con-

## XI. Administración Laboral

trario, extinguir el derecho a su percepción, tal y como así hizo. Si se tiene en cuenta que esta sanción lleva aparejada la imposibilidad de acceder a otra prestación hasta que se genere un nuevo derecho, mayor transcendencia puede encerrar un segundo fragmento de la Sentencia, en el que, aun sin excesiva claridad, parece darse a entender la irrelevancia de que el beneficiario pudiera haber tenido derecho inicialmente a otro tipo de subsidio sin cargas familiares, ya que “el que se concedió fue a su instancia, siendo en consecuencia, una opción personal del mismo”.

Idéntica infracción se imputa en el supuesto de hecho examinado por la STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 2002, Sala Social, I.L. J 758, si bien aquí la solución acaba siendo favorable para el particular: en este caso, lo que se reprochaba a la beneficiaria del subsidio de desempleo era no haber comunicado al INEM que durante el transcurso del disfrute había obtenido unas ganancias patrimoniales derivadas de la venta de acciones y fondos de inversión, cuya cuantía hacía que sus rentas superaran el 75 por ciento del SMI, razón por la cual la Administración procedió a sancionarle con la extinción de la prestación por haber dejado de reunir los requisitos necesarios para tener derecho a la misma. La Sentencia, sin embargo, declara la improcedencia de esta sanción, por cuanto, conforme había dejado sentado el Tribunal Supremo –al menos hasta la aprobación del RD-Ley 5/2002–, la plusvalía derivada de la venta de acciones y fondos de inversión, si bien tiene la condición de renta a efectos fiscales, no desplegaba la misma consideración en otros ámbitos del Derecho:

“esta calificación en cambio no trasciende a otros campos del Derecho y, concretamente, al de la Seguridad Social, porque ese tipo de operaciones no es equiparable a una renta que mejora o eleva los ingresos mensuales del beneficiario. En realidad, lo que sucede es que “un elemento patrimonial es sustituido por otro”. Así en el plano de la protección asistencial lo único relevante en relación con tales elementos patrimoniales serían los ingresos periódicos que proporcionarían al interesado (en este caso, las cantidades abonadas por la participación en los beneficios sociales que deriva de la titularidad de las acciones), que sí que serían computables y podrían neutralizar en su caso el derecho a la prestación asistencial”.

Aplicando, pues, esta doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria concluye que los incrementos patrimoniales obtenidos por la transmisión de acciones “no constituyen renta a los efectos del art. 215.1.1 de la LGSS, al no concurrir la nota de la periodicidad, tratándose de cantidades que se perciben por una sola vez y que forman parte del patrimonio”. Por tal motivo, al no computarse estas cantidades, la renta de la beneficiaria ya no supera el límite del 75 por ciento del SMI y, en consecuencia, la Sentencia revoca las decisiones sancionadoras previas. Con todo, hay que tener en cuenta que esta doctrina aplicada por los tribunales podría verse modificada en atención a la nueva redacción que el RD-Ley 5/2002 ha dado al art. 215.3 LGSS, en el que, a este respecto y entre otros rendimientos, se consideran como ingresos computables a efectos de determinar la carencia de rentas “las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio (...)”.

### c) Salud laboral

Más escasos son los pronunciamientos judiciales relativos a las infracciones en materia de prevención de riesgos. Prácticamente, el único a destacar es la ya apuntada **STS de 26 de enero de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 7, donde se examina la resolución sancionadora dictada contra RENFE por el accidente mortal sufrido por un trabajador de una empresa contratista como consecuencia de la omisión de las debidas medidas de seguridad. Al margen de confirmar la sanción en virtud de la no enervada presunción de certeza del acta de infracción —con el alcance arriba indicado [*supra*, 3.B)]—, el principal valor de la Sentencia reside en que constituye una aportación más para tratar de determinar el tipo de responsabilidad que el anterior art. 40.2 LISOS —hoy con nueva redacción en el art. 42.3 LISOS— atribuía al empresario principal en los supuestos de contratas, concluyendo claramente el Tribunal que el precepto no establece una responsabilidad objetiva, sino que requiere la presencia de culpabilidad en los términos que a continuación se reproducen:

“Esta Sala ha interpretado el artículo 40, párrafo 2º, de la Ley 8/1988, en el sentido de que la presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Debe velarse por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro, que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores que corresponde al contratista o subcontratista.

Por consiguiente, la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que deriva de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias.

Como declara la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2001, recurso de casación 452/1996, ante el dilema de si el artículo 40.2 establecía una responsabilidad objetiva o si, por el contrario, no eliminaba la exigencia del elemento de culpabilidad para la imposición de la sanción administrativa, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 76/1990, entre otras) se inclinan a mantener la segunda de dichas posturas.”

En virtud, por tanto, de esta doctrina, la Sentencia ratifica la responsabilidad de RENFE, que en cuanto propietaria y gestora de los servicios ferroviarios, no pudo desconocer los trabajos realizados en las vías, ni permitir que éstos se efectuasen sin su autorización o vigilancia, sin que esta circunstancia pueda servir para justificar el incumplimiento de las normas de seguridad.

### d) Materia laboral

Por último, dos sentencias ocupan el espacio dedicado a los ilícitos cometidos en esta materia.

Una de ellas es la **STS de 8 de julio de 2002**, recurso 1597/2000, Sala Tercera, enfrenta a resolver la calificación jurídica que merece la conducta de una empresa dedicada al transporte aéreo, que el 18 de noviembre de 1999 comunicó a sus trabajadores y proveedores que el cese de sus actividades se produciría el 10 de enero de 2000, llevando a cabo progresivamente el desmantelamiento de sus instalaciones –supresión de vuelos y reducción de piezas y existencias de avituallamiento–, razón por la cual y dado que no se había comunicado esta decisión a la autoridad laboral, se interpone denuncia ante la Inspección de Trabajo, que después de practicar visita el 16 de diciembre de 1999 formula una advertencia a la entidad, que sólo entonces presenta ante la Administración la solicitud de expediente de regulación de empleo, no cumpliendo, sin embargo, el requerimiento que el 29 de diciembre de 1999 le practicó la Dirección General de Trabajo para que detuviera su conducta de cesación de actividad y privación de sus elementos patrimoniales a efectos de garantizar las obligaciones salariales e indemnizaciones que pudieran derivarse, llegándose finalmente al dato concluyente de que el día programado –10 de enero de 2000– la empresa finalizó su actividad sin haberle sido concedida la preceptiva autorización administrativa exigida por el art. 51 ET. Ante este relato fáctico, el Tribunal confirma la comisión por la empresa de la infracción muy grave tipificada en el art. 8.3 LISOS, consistente en haber procedido a su cierre o cese de actividades, sin haber obtenido la autorización de la autoridad laboral, considerando la sentencia que la consiguiente sanción económica debe imponerse en su grado máximo en atención a que en el caso concurren dos circunstancias de agravación: el incumplimiento de las previas advertencias inspectoras y del requerimiento administrativo; y también, el perjuicio causado a los trabajadores, traducido en la merma de garantías que implica la desaparición del patrimonio empresarial, considerándose totalmente inocuo por parte del órgano judicial el hecho de que la empresa solicitara el expediente de regulación tras la advertencia inspectora, dado que ello no conllevó la simultánea paralización del desmantelamiento de la entidad.

También de índole colectiva es la asimismo infracción muy grave abordada en la **STS de 19 de junio de 2002**, recurso de casación 6376, Sala Tercera, respecto a un supuesto en que la empresa –un casino– desplaza determinados trabajadores desde la República Dominicana a su centro de La Coruña para desempeñar los puestos de los crupieres que estaban ejerciendo su derecho de huelga. Sobre esta conducta, son varias las observaciones que efectúa el Tribunal. Así, en cuanto a la delimitación del tipo infractor, la sentencia aclara que cuando el art. 6.5 RDLRT 17/1977 prohíbe la sustitución de huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa, la expresión “vinculados a la empresa” no puede ser interpretada en sentido amplio, sin que pueda admitirse como lícita la designación de sustitutos que guarden algún tipo de relación con el empleador. En este sentido, recuerda que ya en sentencias anteriores ha declarado:

“Que no puede estimarse conforme a Derecho la conducta del empleador que se limita a sustituir a los huelguistas por otros trabajadores de distinto centro de trabajo con la espe-

cífica finalidad de hacer fracasar su propósito, en estricta congruencia con lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 8º de la Ley 8/1988.”

Como el propio Tribunal Supremo reconoce, es cierto que en algún pronunciamiento ha exonerado de responsabilidad al empresario que se sirvió de sus propios familiares para continuar la prestación de servicios durante una huelga, en atención a la exclusión del ámbito laboral prevista en el art. 1.3.e) ET; ahora bien, en este caso la sentencia se cuidó de subrayar que incluso las exclusiones del concepto de trabajadores asalariados deben ser consideradas con cautela a estos efectos. En todo caso, y ya centrándose en el supuesto enjuiciado que ahora nos ocupa, el Tribunal no duda en que estamos ante la comisión de un ilícito, en tanto la empresa desplazó trabajadores para sustituir a los trabajadores en huelga, con la clara finalidad de que ésta fracasara. Una vez alcanzada esta conclusión, la sentencia se detiene a responder a determinadas alegaciones de la empresa recurrente, relacionadas en su mayor parte con los principios que inspiran la potestad sancionadora: en primer término, subraya que no se produce vulneración del principio *non bis in idem* por el hecho de que se extiendan a la empresa dos actos de infracción por incumplimientos tan diferentes como son proceder a altas indebidas en la Seguridad Social e incurrir en esquirolaje; en segundo lugar, no merece duda al Tribunal que estamos ante una conducta culpable, en tanto se aprecia claramente la existencia de connivencia entre los trabajadores desplazados y la empresa, con el fin deliberado de abortar los efectos perjudiciales que la huelga hubiera podido generar; por último, a lo que en cambio sí accede la Sentencia es a reducir el monto de la sanción impuesta, advirtiendo al respecto que no cabe que en instancias procesales anteriores se haya considerado como agravante el hecho de que la empresa hubiera desplazado intencionadamente trabajadores desde Santo Domingo, puesto que esta conducta ya forma parte del tipo infractor y, por tanto, no es posible utilizarla simultáneamente como circunstancia agravatoria por más que el desplazamiento se haya producido desde uno u otro lugar.

JOSÉ M<sup>a</sup> GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER  
AMPARO ESTEVE SEGARRA

**XII. EL PROCESO LABORAL****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia.** A) Relación laboral vs. arrendamiento de servicios. B) Profesores de Colegios Universitarios. C) Expediente de regulación de empleo. D) Recargo por falta de medidas de seguridad. E) Desempleo. Reintegro de prestaciones. F) Administradores sociales. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Selección de personal por las Administraciones Públicas. B) Deportistas. Licencias federativas. C) Territorial. D) Incompetencia funcional de la Audiencia Nacional. Disputa entre cargo representativo y sindicato. **4. Conciliación extrajudicial.** A) Falta de citación del demandado. B) Lugar de presentación de la papeleta de conciliación. **5. Demanda. Defectos. 6. Acumulación de acciones. Tutela de derechos fundamentales. 7. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. B) Litispendencia. C) Inadecuación de procedimiento. D) Caducidad. E) Prescripción. F) Cosa juzgada. **8. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. a) Vulneración del derecho a la libertad sindical. b) Vulneración del derecho de huelga. **9. Sentencia. Incongruencia omisiva. 10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. B) Incapacidad Temporal. C) Descuentos por otro empleo. **11. Recurso de reposición. Falta de cita del precepto procesal infringido. 12. Recurso de suplicación.** A) Improcedencia. a) Falta de acción. Recurrente absuelto en la instancia. b) Cuantía de la reclamación. B) Falta de depósito. Defecto subsanable. C) Afectación general. D) Anuncio. Presentación en otro juzgado. **13. Recurso de queja. Presentación de escritos. 14. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos procesales y materiales. B) Falta de motivación. **15. Recurso de revisión.** A) Documento recobrado. B) Maquinación fraudulenta. **16. Recurso de amparo. Agotamiento de la vía judicial ordinaria. 17. Ejecución de sentencia.** A) Ejecución provisional. a) Compensación con anticipo reintegrable. b) Despido. B) Ejecución separada. a) Subrogación del FOGASA. b) Intereses y costas. **18. Costas procesales. 19. Temeridad y mala fe.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 813).

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Relación laboral vs. arrendamiento de servicios

La STSJ de Aragón de 16 de enero de 2002, I.L. J 72, declara la competencia del orden social para conocer de la demanda por despido de un redactor que prestaba servicios para un diario deportivo mediante un contrato de colaboración periodística, apreciando que concurren "(...) las notas definitivas de una relación laboral ex art. 1.1 del ET: ajeneidad, dependencia, voluntariedad y retribución (...)". El mismo criterio es aplicado en la STSJ de Madrid de 29 de enero de 2002, I.L. J 212, en un procedimiento por despido instado por una abogada que prestaba servicios de asesoramiento a una empresa de seguros.

### B) Profesores de Colegios Universitarios

La STS de 18 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 506, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de las cuestiones que se derivan de la prestación de servicios del demandante –profesor de un Colegio Universitario adscrito a una Universidad Pública–. La Sala entiende que dado que el Colegio Universitario era propiedad de una Caja de Ahorros, no puede atribuírsele naturaleza pública y, por tanto, los contratos que éste suscriba no se podrán encuadrar en el artículo 1.3.a) del ET, sino en el artículo 1.1 de dicha norma. El mismo criterio es aplicado por la STS de 15 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 781.

### C) Expediente de regulación de empleo

De acuerdo con la STS de 26 de marzo de 2002, Sala Tercera, I.L. J 789, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la revisión del contenido de la resolución que autoriza el expediente de regulación de empleo, y a la jurisdicción social el acto empresarial de ejecución de dicha resolución mediante la individualización de los puestos de trabajo objeto de despido. En el mismo sentido se pronuncian la STS de 22 de mayo de 2002, Sala Tercera, I.L. J 751 y la STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2002, I.L. J 166.

### D) Recargo por falta de medidas de seguridad

La STS de 1 de febrero de 2002, Sala Tercera, I.L. J 324, establece que "(...) las cuestiones relativas al recargo de prestaciones impuestas a los empresarios como consecuencia

## XII. El Proceso Laboral

de accidentes de trabajo (...), aun siendo de naturaleza compleja, se atribuyen al conocimiento del orden social, siempre que no se trate de motivos de oposición inherentes a la determinación de la cuantía del capital coste fijada en vía administrativa (...). El TS señala, además, que la impugnación del acto declarativo no impide la continuidad de la vía recaudatoria, salvo expresa resolución al efecto por la jurisdicción social.

### E) Desempleo. Reintegro de prestaciones

Citando doctrina ya unificada sobre la competencia judicial en esta materia, la STS de 25 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 369, señala que corresponde al orden social el conocimiento de dicha cuestión y, al orden contencioso-administrativo, el procedimiento de impugnación de la sanción que al efecto se hubiera levantado, aunque sólo lo sea de forma transitoria hasta que se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario.

### F) Administradores sociales

La STSJ de Aragón de 21 de enero de 2002, I.L. J 73, declara la competencia del orden social para conocer de la extinción del contrato del demandante —que ostentaba una participación del 40 por ciento en la sociedad demandada—, ya que “(...) la existencia de una relación laboral no se desvirtúa por el hecho de que el trabajador sea a su vez socio de la empresa, si se detectan las notas configuradoras de aquella (...)”. Sin embargo, se excluye la laboralidad de la relación del actor con la sociedad durante los períodos en los que bien como administrador solidario, bien como consejero delegado, formó parte del consejo de administración de la empresa, por cuanto prevalece la “(...) condición societaria y mercantil del vínculo (...)”. A su vez, la STS de 4 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 262, señala la competencia del orden social para conocer del despido de un trabajador al que le habían sido concedidas amplias facultades de gestión por el administrador único de la sociedad, sin que tuviera el actor la condición de miembro del órgano de administración; en este caso, el TS entiende que era laboral y no mercantil la relación que unía a ambas partes.

## 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

### A) Selección de personal por las Administraciones Públicas

De acuerdo con la STSJ de Asturias de 5 de abril de 2002, I.L. J 798, el conocimiento sobre la aplicación de listas de espera para prestar servicios temporales en la Administración corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, por cuanto supone el ejercicio de una potestad administrativa. Tanto en dicha sentencia como en la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de febrero de 2002, I.L. J 477, se concluye que la actuación de la Administración en tales casos es previa al establecimiento del vínculo laboral, predominando en ella el carácter de poder público y correspondiendo su conocimiento, por tanto, al orden contencioso-administrativo.

**B) Deportistas. Licencias federativas**

En el proceso dirimido mediante la **STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 449, el actor, jugador de rugby, solicitaba que se le concediera una licencia administrativa que igualara su condición a la de los deportistas españoles y extracomunitarios. La sentencia declara la incompetencia del orden social para conocer de dicha materia: la cuestión litigiosa no era otra que una licencia federativa, señalándose, además, que la Federación Española de Rugby actúa por delegación de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las consecuencias laborales que pueda llegar a tener la concesión de dicha licencia.

**C) Territorial**

La **STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2002**, I.L. J 727, señala que de acuerdo con el artículo 10.1 de la LPL, el Juzgado competente será el del domicilio del demandado o el de la prestación de servicios, a elección del demandante. En aplicación de dicha norma el TSJ se declara incompetente al entender que la referencia al domicilio debe entenderse realizada al domicilio social y no a una determinada delegación, no habiéndose acreditado, a su vez, que la prestación de servicios se realizara en Murcia. Por otro lado, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de enero de 2002**, I.L. J 248, entiende que las bases a las que están asignados los pilotos "(...) vienen a ser el equivalente de los centros de trabajo a los que los trabajadores están adscritos (...)", sin que pueda entenderse que exista una prestación de servicios en distintas circunscripciones territoriales, en los términos de lo dispuesto en el artículo 10 de la LPL.

**D) Incompetencia funcional de la Audiencia Nacional. Disputa entre cargo representativo y sindicato**

No son competencia de la AN los procedimientos instados como consecuencia de los conflictos surgidos entre un afiliado sindical con cargo representativo en el sindicato (Secretario de Formación) y el propio sindicato al que pertenece. Así lo señala la **SAN de 21 de enero de 2002**, I.L. J 34.

**4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL****A) Falta de citación del demandado**

En el procedimiento por despido dirimido por la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2002**, I.L. J 202, la empresa demandada alega indefensión y solicita la nulidad de actuaciones con base en su falta de citación a la conciliación extrajudicial que le ha negado, entre otros, su derecho a interrumpir el devengo de los salarios de tramitación. El TSJ desestima dicha alegación señalando que, en todo caso, la empresa podría haber reconocido la improcedencia del despido y realizar el depósito regulado en el artículo 56.2 del ET, aunque fuera tardío, en el momento en que se hubiera producido la correspon-

## XII. El Proceso Laboral

diente notificación tardía a la conciliación previa o la relativa a los actos de conciliación y juicio. Razona asimismo el TSJ que no se prevé legalmente la posibilidad de suspender el acto de conciliación por defectuosa citación del demandante, teniéndose por celebrado el acto sin efecto en dicha circunstancia.

### B) Lugar de presentación de la papeleta de conciliación

De acuerdo con la STC 58/2002, de 11 de marzo (recurso de amparo 4177/1998), I.L. J 603, la presentación de la papeleta de conciliación ante órgano de Mediación, Arbitraje y Conciliación incompetente por razón del territorio no puede justificar el tener por incumplido el intento de conciliación previo. Lo contrario supondría, según dicha sentencia, una interpretación excesivamente rigurosa, contraria al principio *pro actione* y vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE.

### 5. DEMANDA. DEFECTOS

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de enero de 2002, I.L. J 140, declara la nulidad de actuaciones en un procedimiento por despido en el que, en el momento de la admisión a trámite de la demanda, el juzgado no advierte suficientemente a la actora que de no presentar el acta de conciliación procederá al archivo de las actuaciones, realizando en su lugar una remisión genérica del artículo 80.2 de la LPL.

### 6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de enero de 2002, I.L. J 93, considera que no procede acumular en una misma demanda por el cauce procesal de tutela de derechos fundamentales, pretensiones referidas al derecho a la vida y la integridad física en el trabajo con una indemnización por alta médica indebida.

### 7. EXCEPCIONES

#### A) Falta de legitimación activa

La STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002, I.L. J 214, revoca la sentencia de instancia en la que se estima la falta de legitimación activa de los herederos tras el fallecimiento del causante, para instar una acción contra el INSS por diferencias en la pensión de jubilación, por considerar que se está realizando una interpretación excesivamente formalista y restrictiva del acceso a la jurisdicción, contraria a la tutela judicial establecida por el artículo 24 de la CE. La SAN de 29 de enero de 2002, I.L. J 599, declara la falta de legitimación activa en un procedimiento de impugnación de un convenio colectivo, al considerar que el demandante es tercero y no parte interesada en dicho convenio, por lo que la impugnación del mismo debería haberse realizado en base al artículo 163.b) de la LPL.

**B) Litispendencia**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de enero de 2002, I.L. J 142, establece que la interposición de un proceso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora de la Autoridad Laboral, no puede dar lugar a estimar la excepción de litispendencia en un procedimiento de recargo de prestaciones. La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2002, I.L. J 637, declara la existencia de litispendencia entre dos procedimientos en órdenes jurisdiccionales distintos, interpuestos por los mismos sujetos y con la misma causa de pedir, y ello aunque se estén ejercitando acciones diferentes.

**C) Inadecuación de procedimiento**

Considera la STSJ de Baleares de 14 de enero de 2002, I.L. J 87, que debe prosperar la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por una empresa eléctrica contra una demanda de conflicto colectivo en la que deben examinarse las condiciones particulares de los trabajadores afectados, ya que no se trata de un conflicto colectivo *stricto sensu* sino de un conflicto plural. Se recuerda al respecto la doctrina del TS, entre otras, SSTS de 19 de mayo y 18 de noviembre de 1997. Por su parte la STSJ de Asturias de 5 de abril de 2002, I.L. J 800, considera inadecuado que se impugne un acuerdo sobre distribución de horas sindicales mediante el procedimiento de tutela judicial de la libertad sindical, al no existir ninguna vulneración de dicho derecho, debiendo articularse mediante un procedimiento de impugnación del citado acuerdo.

**D) Caducidad**

La STSJ de Madrid de 8 de enero de 2002, I.L. J 194, considera que el plazo de caducidad de 20 días establecido en el artículo 59.4 del ET, es plenamente aplicable a los supuestos de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Dicho plazo empieza a contar desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas. Por su parte, la STSJ de Asturias de 26 de abril de 2002, I.L. J 804, estima la excepción de caducidad alegada por la empresa recurrente, y considera que el plazo para la interposición de una demanda de tutela del derecho a la libertad sindical que se dice vulnerada por un cambio de centro de trabajo es el de 20 días previsto en el artículo 59.3 y 4 del ET, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177.2 de la LPL. Asimismo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de abril de 2002, I.L. J 808, estima la excepción de caducidad planteada por la empresa, contra la acción por despido interpuesta por el trabajador que no asistió al acto de conciliación por no haber sido debidamente citado, al ser de aplicación el artículo 65.1 de la LPL y habiendo transcurrido más de 15 días desde la presentación de la papeleta sin interponer demanda por despido ante el Juzgado. A su vez, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002, I.L. J 476, establece que el

## XII. El Proceso Laboral

plazo de caducidad de 20 días de la acción de despido es plenamente aplicable al personal estatuario del Insalud, en caso de reclamación por cese en un nombramiento, situación homóloga al despido. La **STS de 27 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 547, considera que en un caso de despido de dos trabajadoras fijas a tiempo parcial el plazo de 20 días para la interposición de la demanda de despido debe fijarse a partir de la fecha en que las trabajadoras, profesoras de un colegio, debieron ser llamadas para comenzar el nuevo curso escolar, y no desde la finalización del curso anterior, aunque hubieran firmado un finiquito, pues tal documento producía sólo efectos respecto al curso que terminaba y no respecto al próximo al que deberían haber sido llamadas.

### E) Prescripción

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de enero de 2002**, I.L. J 70, establece que las demandas interpuestas y posteriormente desistidas interrumpen la prescripción, al tener el desistimiento y la renuncia de acciones distinta naturaleza, pues mientras el primero deja intacta la acción y permite su posterior interposición, la renuncia extingue aquélla impidiendo el planteamiento de otra demanda posterior. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 489, y establece que aunque el actor no comparezca al acto de conciliación sin alegar justa causa, la presentación de la papeleta interrumpe la prescripción, perdiendo la acción validez a efectos meramente procesales, pero manteniendo su valor a efectos formales, y por lo tanto equiparable a cualquier otra forma de reclamación extrajudicial frente al deudor. La **STSJ de Galicia de 13 de marzo de 2002**, I.L. J 691, estima la excepción de prescripción esgrimida por el actor en un procedimiento de reclamación de cantidad, al considerar que la fecha de inicio del cómputo de la prescripción es la de la sentencia del orden civil en la que se declara la incompetencia de jurisdicción, y no la de firmeza de la misma, pues aunque posteriormente media recurso de apelación contra la misma, éste sólo se interpone a los efectos de instar la imposición de costas, aquietándose las partes al pronunciamiento sobre incompetencia. La **STSJ de Murcia de 11 de marzo de 2002**, I.L. J 725, considera que el ejercicio de acciones por despido interrumpe el plazo para la prescripción del derecho a reclamar la indemnización por desistimiento del contrato de alta dirección. La **STS de 11 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 570, dictada en unificación de doctrina, considera que la presentación de la papeleta de conciliación contra la empresa y el FOGASA sí interrumpe la prescripción frente a este organismo, en su condición de responsable civil subsidiario, al considerar que se trata de una reclamación extrajudicial del artículo 1973 del CC.

### F) Cosa juzgada

La **STS de 6 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 557, recuerda la jurisprudencia de la Sala (por todas, **SSTS de 29 de mayo de 1995** y **17 de diciembre de 1998**), por la cual el efecto positivo de la cosa juzgada obliga a todo órgano jurisdiccional a reconocer su existencia en las resoluciones que adopte en recursos que presupongan lo juzgado, y ello, aunque se trate de órganos colegiados divididos en “secciones distintas”.

## 8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

### A) Carga de la prueba

#### a) Vulneración del derecho a la libertad sindical

La STC 14/2002, de 28 de enero (recurso de amparo 1462/1998), I.L. J 2, analiza un supuesto en el que el demandante en amparo alega vulneración del derecho a la libertad sindical, al haberse dictado en suplicación una sentencia que revocó la que en instancia declaró la nulidad de su despido. Según el recurrente existen indicios suficientes de la actitud antisindical de la empresa y, sobre todo, la absoluta falta de prueba de las causas del despido. Razona la sentencia que de las alegaciones del demandante no surge la sospecha vehemente de una discriminación por motivos sindicales, por lo que no habiéndose aportado indicios suficientes de dicha vulneración, no se produce la inversión de la carga de la prueba “(...) de modo que el demandado venga obligado a probar la inexistencia del propósito lesivo del derecho fundamental (...)”. Sin embargo, la STC 84/2002, de 22 de abril, (recurso de amparo 2639/1998), I.L. J 762, estima el amparo en un supuesto en el que del relato de hechos probados se deduce que los recurrentes habían desarrollado una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa sobre una posible violación de su libertad sindical. Siendo esto así, correspondía a la empresa demandada “(...) la carga de probar que sus decisiones se basaban en causas reales, serias y suficientes para destruir la apariencia de discriminación creada por los trabajadores (...) eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de los recurrentes (...)”. Como quiera que en el caso enjuiciado la empleadora no desplegó actividad probatoria suficiente a los efectos citados, el TC estima el amparo solicitado.

#### b) Vulneración del derecho de huelga

La STC 66/2002, de 21 de marzo (recurso de amparo 2331/1998), I.L. J 606, resuelve y estima parcialmente el recurso de amparo promovido por los trabajadores, reconociendo su derecho a la huelga, y declarando la nulidad de las sentencias de las que ésta trae causa, que no habían considerado contraria al derecho fundamental de huelga la conducta empresarial examinada. La conducta empresarial objeto de enjuiciamiento, y que el TC estima contraria al derecho fundamental a la huelga, se concreta en las siguientes acciones: (i) despido de tres trabajadores tras la convocatoria de huelga general por el Comité de Empresa; (ii) la contratación inmediata de ocho trabajadores mediante contrato de duración determinada; (iii) cierre patronal del centro de trabajo ante la actitud del Comité de Empresa de continuar con la huelga general convocada. Por lo que al núcleo de la pretensión se refiere, esto es, la vulneración del derecho de huelga, en el que está implicada la libertad sindical, el argumento jurídico fundamental al que atiende el TC para estimar el derecho de amparo y anular las sentencias anteriores se relaciona con la incorrecta aplicación por los tribunales precedentes de las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba. Afirma el TC que en estos casos el criterio aplicable en

## XII. El Proceso Laboral

materia probatoria, atendiendo precisamente a la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y a la especial dificultad probatoria de su vulneración, se articula en el doble elemento de la prueba indiciaria, es decir, que el trabajador aporte un indicio razonable o principio de prueba de un acto empresarial que vulnere su derecho e inversión de la carga de la prueba sobre la parte demandada a quien corresponde, por tanto, probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que las mismas fueron proporcionales al objeto pretendido. En el presente caso, los trabajadores pusieron de manifiesto argumentos que insistían en la conexión entre los despidos y las convocatorias de huelga, en la interdependencia de todas entre sí y, en la voluntad empresarial de desvirtuar el contenido de la misma con la contratación de nuevos trabajadores. Frente a estos indicios, el TC afirma que, si bien la empresa aporta prueba suficiente en relación con la inconexión entre la contratación de ocho trabajadores y la convocatoria de huelga, ésta falla en probar de manera clara la falta de relación entre los despidos con el ejercicio del derecho a la huelga, pues la posterior readmisión de los trabajadores despedidos fue utilizada por la empresa como elemento de negociación, junto con el resto de condiciones que motivaban la huelga, teniendo por tanto este hecho como resultado consecuencias objetivamente limitativas de este derecho fundamental.

### 9. SENTENCIA. INCONGRUENCIA OMISIVA

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de enero de 2002, I.L. J 95, declara la inexistencia de incongruencia omisiva porque la sentencia de instancia “(...) resuelve expresamente sobre las pretensiones formuladas y debatidas en el proceso y además absolviendo, por lo que hay que entender que la sentencia se pronuncia sobre todas las cuestiones planteadas (...)”. Dicha sentencia cita expresamente la STC 169/1988, de 29 de septiembre y la STS de 28 de mayo de 1987. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2002, I.L. J 173 (con cita de las SSTC 134/1992, 137/1992, 91/1995 y 22/1998), por cuanto la sentencia impugnada resuelve genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no se haya pronunciado sobre alguna alegación concreta. La STC 33/2002, de 11 de febrero, (recurso de amparo 4061/1998), I.L. J 255, recoge la doctrina relativa a la incongruencia omisiva de las sentencias con cita de múltiples resoluciones recaídas en amparo. El TC declara que no basta con que la sentencia contenga una respuesta motivada, es decir, que su decisión esté fundamentada fácticamente, sino que es preciso que la sentencia no resulte arbitraria y que su motivación esté fundada en Derecho. Por su parte, la STS de 21 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 526, entiende que existe incongruencia omisiva no sólo cuando la deficiencia se ubica en el fallo o parte dispositiva de la sentencia, sino cuando dicha deficiencia radica en los fundamentos que preceden y motivan la decisión.

## 10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Ofrecimiento y depósito

La STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de enero de 2002, I.L. J 67, razona sobre la limitación del cómputo de los salarios de tramitación cuando se produjo ofrecimiento en el acto de conciliación y posterior depósito judicial en plazo. Lo interesante de esta sentencia radica en que no admite la limitación de los salarios de tramitación, por cuanto en el acto de juicio oral la empresa demandada no alegó tal circunstancia, ni aportó a los autos los documentos acreditativos del depósito; sólo lo hizo en vía de suplicación, sin que tal circunstancia pueda tener la eficacia que se pretende. En relación con esta misma materia se pronuncia la STSJ de Extremadura de 23 de enero de 2002, I.L. J 176. Esta sentencia analiza un supuesto en el que parece que la cuantía del ofrecimiento y depósito fue inferior a la legal, al partir la empresa de una antigüedad inferior a la alegada por la actora. Aun cuando la doctrina del TS viene entendiendo que un error excusable en el montante de lo ofrecido y depositado no debe impedir los efectos de la limitación de los salarios de tramitación, lo cierto es que en este supuesto dichos efectos no pueden declararse porque la empresa no acudió al acto de juicio oral para explicar a qué podía deberse el citado defecto y, en consecuencia, no pudo conocerse si su error fue o no excusable. De otro lado, la STS de 23 de enero de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 46, afirma la existencia de limitación de los días a tener en cuenta para la fijación de los salarios de tramitación a la fecha del acto de conciliación previo, en el supuesto de que la empresa no comparezca a dicho acto por no haber sido notificada, debido a la negligencia del demandante en señalar debidamente su domicilio en la papeleta de conciliación, siempre y cuando la empresa proceda a lo establecido en el artículo 56.2 ET, es decir, al ofrecimiento y consignación de la indemnización y salarios de tramitación tan pronto como tenga noticia de haber sido demandada por despido improcedente. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2002, I.L. J 402, declara que no es admisible la limitación de la cuantía de los salarios de tramitación a la fecha de la conciliación administrativa en el caso de que en dicho acto la empresa ofrezca conceptos ajenos al proceso por despido, como por ejemplo la liquidación, así como descuentos salariales debidos a embargos. Razona la sentencia que en el supuesto enjuiciado “(...) la empresa desarrolla en el ofrecimiento efectuado en acto preprocesal una actitud tendente a determinar de modo unilateral todos los débitos y créditos existentes entre las partes, con independencia de las consecuencias de la improcedencia del despido (...) todo ello impedía lograr el efecto querido por el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (...)”.

### B) Incapacidad Temporal

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de enero de 2002, I.L. J 246, con fundamento en una consolidada doctrina jurisprudencial dictada en unificación de doctrina, declara que al hallarse el trabajador demandante en situación de IT no deben fijarse salarios de tramitación, ya que “(...)es claro que durante una incapacidad temporal el contrato se sus-

## XII. El Proceso Laboral

pende, y la retribución no se devenga (...)”. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de enero de 2002, I.L. J 250.

### C) Descuentos por otro empleo

La STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002, I.L. J 666, declara la viabilidad de descontar, en trámite de ejecución de sentencia, los salarios que el demandante había obtenido de otro trabajo realizado durante la tramitación del procedimiento por despido, toda vez que el propio actor había reconocido en el acto de juicio tal circunstancia y “(...) sin que sea óbice para ello que no se hiciera pronunciamiento o declaración alguna al respecto en la sentencia que declaró la improcedencia del despido (...)”.

### 11. RECURSO DE REPOSICIÓN. FALTA DE CITA DEL PRECEPTO PROCESAL INFRINGIDO

La STC 62/2002, de 11 de marzo, (recurso de amparo 2387/1999), I.L. J 605, estima el amparo solicitado, ante la falta de tramitación en la instancia de un recurso de reposición por no citar el precepto procesal infringido; el recurso se interpuso contra una providencia que denegaba la solicitud del ejecutante de extender la ejecución dineraria a entidades a las que se atribuía sucesión empresarial y subrogación en la deuda. Con cita de múltiples sentencias del TC, se declara que en el caso enjuiciado no se está ante una infracción de una resolución judicial tendente a la ordenación del procedimiento, sino ante una resolución que infringe un precepto sustantivo que no encuentra su correlación en concretas disposiciones de la LPL o la LEC. Se concluye que la inadmisión del recurso de reposición “(...) produjo un resultado desproporcionado e injustificado, con el resultado de indefensión, lesionando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...)”.

### 12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

#### A) Improcedencia

##### a) Falta de acción. Recurrente absuelto en la instancia

La STSJ de País Vasco de 12 de febrero de 2002, I.L. J 495, declara que no procede admitir el recurso por falta de acción suplicatoria del recurrente dado que, en el presente caso, el recurrente fue absuelto en la instancia al declararse la inadecuación del procedimiento. El artículo 448 de la LEC permite el recurso a quienes les afecten desfavorablemente las resoluciones judiciales, no siendo posible entender que afecte de una manera negativa una resolución absolutoria. Asimismo, la Sala afirma que no puede cambiarse la posición de una de las partes en fase de recurso, de manera que quien es demandado no puede solicitar una cuestión de fondo distinta de la que se inicia de instancia, por el principio de impedir el cambio de postura procesal.

**b) Cuantía de la reclamación**

Las SSTs de 23 de enero, 11 de febrero, 12 y 18 de marzo, y 4 de abril de 2002, todas ellas de la Sala Cuarta, I.L. J 44, 292, 579, 511 y 593, entran a valorar la competencia de la Sala de lo Social para conocer del correspondiente recurso de suplicación teniendo en cuenta que la cuantía de lo reclamado (inferior a 300.000 pesetas) no alcanzaba el tope mínimo establecido en el número 1 del artículo 189 de la LPL. Refiriéndose a la reciente STS de 30 de enero de 2002 (Sala General) en la que se declaraba que “(...) este criterio de la determinación de la cuantía por el montante del año, también lo ha seguido en reclamaciones derivadas del contrato de trabajo, y si bien pueden ser discutidas, se ve avalado por las múltiples reglas en las que la anualización incide en el derecho sustantivo (...)”, las SSTs entienden que, en todos los casos, la Sala de Suplicación efectivamente conoció de un litigio no previsto, incurriendo en un exceso de competencia que determina que se haya de declarar la nulidad de dicha sentencia y de las actuaciones a partir de la notificación de la sentencia de instancia. En relación con esta misma cuestión, la STS de 18 de marzo, Sala Cuarta, I.L. J 501, afirma que la insuficiencia de la cuantía reclamada a los efectos del interponer el oportuno recurso de suplicación, no queda desvirtuada por el hecho de que, a la reclamación de cantidad, se hubiera acumulado el reconocimiento del correspondiente derecho a percibir dicha cantidad.

**B) Falta de depósito. Defecto subsanable**

La STS de 30 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 131, valora si la falta de constitución del depósito para recurrir en suplicación por parte de quien no goza del beneficio de justicia gratuita permite, por su sola constatación, acordar la inadmisión del recurso (como hizo la sentencia recurrida), o si, por el contrario, lo procedente en tales casos será mandar subsanar ese defecto. Tras un amplio análisis de la doctrina sentada por las SSTC 88/1997, de 17 de marzo, 258/2000, de 30 de octubre, 6/2001, de 15 de enero, y 57/2001, de 26 febrero, la Sala afirma que “(...) la falta de constitución del depósito para recurrir en suplicación (o en casación), merece la calificación de defecto subsanable (...)”.

**C) Afectación general**

Las SSTs de 17 de enero y 26 de febrero de 2002, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 21 y 376, sintetizan la actual doctrina jurisprudencial unificadora respecto a la interpretación del requisito de “afectación general” del artículo 189.1.b) de la LPL en los siguientes puntos: (i) debe existir una “(...) situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o un gran número de los trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma (...)”, sin que sea suficiente que dicha norma sea de aplicación en masa, pues en tal caso, determinados conflictos, como los de Seguridad Social, tendrían siempre acceso a la suplicación; (ii) la afectación general debe ser alegada y probada en el proceso seguido ante el Juzgado de lo Social, con reflejo en el acta del juicio y en la sentencia, salvo que se trate de un hecho notorio o sobre el que exista con-

## XII. El Proceso Laboral

formidad de las partes; (iii) la notoriedad debe referirse al momento en que se dictó la sentencia de instancia, y debe ser necesariamente alegada por la parte interesada.

### D) Anuncio. Presentación en otro juzgado

La STC 90/2002, de 22 de abril (recurso de amparo 2508/1999), I.L. J 765, el error material sufrido por el Letrado de la parte recurrente de presentar el escrito de anuncio del recurso en un juzgado distinto al que le correspondía, no puede llevar aparejada tan grave consecuencia como es la inadmisión del recurso legalmente establecido, por la aplicación rigurosa de las reglas sobre presentación de escritos dirigidos a los órganos judiciales del orden social.

## 13. RECURSO DE QUEJA. PRESENTACIÓN DE ESCRITOS

La STSJ de La Rioja de 26 de febrero de 2002, I.L. J 764, admite la validez de los escritos presentados en registro conforme a lo establecido en el artículo 135 de la LEC 1/2000, por cuanto dicho artículo no es contrario ni incompatible con lo dispuesto en el artículo 45 de la LPL, sino que aquel artículo complementa lo dispuesto en el artículo 45 de la LPL en cuanto favorece el principio *pro actione*.

## 14. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

### A) Contradicción: requisitos procesales y materiales

La STS de 23 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 44, declara que en la denuncia de infracciones procesales la apreciación de la contradicción requiere no sólo la identidad del problema procesal debatido, sino que también es preciso que la igualdad se produzca en las identidades sustantivas a que alude el artículo 217 LPL. De conformidad con lo establecido en las SSTs de 24 de enero, 18 y 25 de febrero, y 1, 20 y 23 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 54, 34, 375, 515, 507 y 536, la exigencia del artículo 222 de la LPL consiste en precisar los puntos sobre los que se discrepa, especificando de manera individualizada los hechos, fundamentos y pretensiones de cada sentencia contrastada. Así, los términos de la comparación deben ser los hechos, fundamentos, pretensiones y pronunciamientos en Derecho, sin que baste una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias. Por su parte, las SSTs de 23, 24, 28 y 29 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 116, 119, 125 y 127, señalan que las infracciones procesales no pueden apreciarse de oficio ni a instancia de parte si ésta no acredita la contradicción, inadmitiendo en todos los casos los recursos interpuestos. El TS aplica así la doctrina sentada por la STS de 21 de noviembre de 2000, Sala Cuarta, dictada en Sala General.

**B) Falta de motivación**

La STS de 4 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 265, inadmite un recurso de casación para la unificación de doctrina al no haber propuesto el recurrente sentencia contradictoria a la sentencia recurrida, lo cual es causa de inadmisión, por cuanto dado el carácter excepcional de este recurso “(...) la utilización del mismo fuera de los márgenes precisos que se establecen en su regulación legal, no es compatible con las finalidades institucionales del proceso laboral (...)”.

**15. RECURSO DE REVISIÓN****A) Documento recobrado**

La STS de 1 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 260, resume de forma clara la jurisprudencia que delimita lo que debe entenderse por “documento recobrado” a efectos de lo dispuesto en el artículo 1796 de la LEC de 1881 (artículo 510 de la LEC de 2000). El documento debe responder a las siguientes características: (i) que existiera en el momento de dictarse la sentencia impugnada; (ii) que no le hubiera sido posible a la parte su aportación al proceso por haber estado “detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia”; (iii) que sea decisivo, es decir, que tenga valor y eficacia suficiente para lograr que el fallo de la sentencia sea diferente o contrario al pronunciado; (iv) que haya sido recuperado después de que la sentencia alcance firmeza, y (v) que con esa base el recurrente realice una prueba cumplida de la causa de la revisión.

**B) Maquinación fraudulenta**

La STS de 22 de enero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 40, estima el recurso de revisión con fundamento en la maquinación fraudulenta de dos trabajadoras que ocultaron el domicilio del demandado, conducta que dio lugar a su incomparecencia y consiguiente indefensión en juicio. En el momento de interponer la demanda, las trabajadoras estaban en perfectas condiciones de consignar correctamente el domicilio del empresario, por cuanto de manera simultánea se seguían actuaciones penales contra las demandantes en las que constaba el domicilio del demandado. El TS entiende que tal incorrección se produjo de forma dolosa o con falta de la diligencia procesal exigible, por lo que resulta de aplicación el elemento subjetivo de la maquinación fraudulenta del artículo 1796.4 de la LEC de 1881. En este mismo sentido, la STS de 22 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 532. En sentido contrario, se pronuncian las SSTs de 17 de enero y de 18 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 45 y 350.

## XII. El Proceso Laboral

### 16. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La STC 16/2002, de 28 de enero de 2002, (recurso de amparo 3014/1998), I.L. J 3, confirma la doctrina constitucional y señala que la parte no está obligada a interponer recursos de dudosa viabilidad –como lo puede ser el de casación para la unificación de doctrina– para agotar la vía judicial ordinaria a efectos de respetar la subsidiariedad del amparo. En consecuencia, no basta la alegación abstracta de su procedencia, sino que la parte que pretende hacer valer esa falta de interposición como motivo de inadmisibilidad, deberá acreditar la posibilidad de recurrir a esa extraordinaria vía casacional en el supuesto concreto. La STC 85/2002, de 22 de abril, I.L. J 763, recurso de amparo 2770/1998, resuelve sobre una presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, con fundamento en la incongruencia omisiva del TSJ al no haber dado respuesta a uno de los motivos del recurso de suplicación. El TC deniega el amparo solicitado al entender que no se ha agotado en este caso la vía judicial previa, pues la supuesta infracción que se dice cometida en fase de suplicación debió hacerse valer mediante la vía de incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 de la LOPJ.

### 17. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

#### A) Ejecución provisional

##### a) Compensación con anticipo reintegrable

La STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2002, I.L. J 401, entiende que no ha lugar a la excepción de compensación alegada por el trabajador en relación con el abono de un anticipo reintegrable en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente, por cuanto el empresario condenado al abono del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no ha de abonar directamente el recargo al beneficiario de la prestación, sino que debe ingresar el importe correspondiente en la TGSS.

##### b) Despido

La STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2002, I.L. J 708, manifiesta que durante la ejecución provisional de una sentencia en la que se condena al empresario a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo “(...) es perfectamente legítimo un nuevo despido que no tiene por qué ser subsanación de los defectos formales del anterior, sino que puede ser independiente y basado en causas diversas (...)”.

#### B) Ejecución separada

##### a) Subrogación del FOGASA

El mandato legal establecido en el artículo 33.4 del ET establece una subrogación del FOGASA en los derechos del acreedor satisfecho que de conformidad con lo establecido en el artículo 1212 del CC, se extiende a los derechos anexos –ya contra el deudor, ya

contra terceros— entre los cuales se halla el de ejecución separada ante los órganos de la jurisdicción social. Así lo ha manifestado en la STS de 20 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 519.

#### **b) Intereses y costas**

La STS de 26 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 543, declara que el privilegio de ejecución separada alcanza únicamente a la deuda principal, y no a los intereses ni a las costas.

### **18. COSTAS PROCESALES**

La STS de 26 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 541, se pronuncia sobre las costas de suplicación cuando el recurrente era el Abogado del Estado y el recurso fue desestimado. La Sala declara que, conforme a la LEC 1/2000, se descarta el criterio del vencimiento para la imposición de costas cuando las posiciones de las partes sean razonables así como la posición en que basa su decisión la Sala de Suplicación.

### **19. TEMERIDAD Y MALA FE**

La STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2002, I.L. J 426, rechaza la imposición por la sentencia de instancia de una multa por temeridad dado que, si bien la imposición de la sanción contenida en el artículo 97.3 de la LPL constituye una facultad discrecional del juzgador de instancia, la misma ha de asentarse, en todo caso, en datos fácticos que evidencien la mala fe o temeridad de la parte condenada, datos que en el presente caso no concurren.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

ANA ALÓS RAMOS

DANIEL CIFUENTES MATEOS

VERÓNICA OLLÉ SESE

**XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO****Sumario:****Consideración preliminar. 1. Penosidad y peligrosidad. 2 Responsabilidad contractual.**

A) Naturaleza de la responsabilidad adicional: culposa. B) Requisitos: culpabilidad.

Evaluación de riesgos y previsibilidad. C) Cuantía indemnizatoria. D) Responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora y franquicia. **3. Recargo de prestaciones.**

A) Competencia jurisdiccional. B) Compatibilidad y principio *ne bis in idem*. **4. Contratas y subcontratas de obras y servicios y prevención de riesgos.** A) Responsabilidad del empresario principal: naturaleza.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

No son muy abundantes las resoluciones que sobre esta materia se incluyen en los números 1 a 4 de Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a 813). Hay que destacar, además, que la mayoría de las sentencias del TS recaídas en materia de recargo de prestaciones (SSTS de 22 de enero y 20 y 21 de febrero de 2002, I.L. J 39, J 361 y J 368) vienen a desestimar el recurso de casación en unificación de doctrina por falta de contradicción, precisamente, porque según el propio TS “la valoración de supuestos casuísticos y circunstanciales no es materia propia del recurso para la unificación de doctrina” y ello, como pone de relieve la STS de 22 de enero de 2002, porque en esta materia “las dificultades para acreditar aquellas identidades (*se refiere a hechos, fundamentos y pretensiones*) adquieren una particular dimensión (...) ya que no en todos los casos se exigen las mismas medidas de seguridad ni en la provocación del accidente influye de la misma manera la omisión por parte del empresario de dichas medidas de seguridad”, lo que revela un criterio riguroso en la exigencia de la contradicción que apunta a que la mayoría de las controversias sobre esta materia se agoten en suplicación.

**1. PENOSIDAD Y PELIGROSIDAD**

Dos sentencias son objeto de reseña en esta materia: una, tiene que ver con el órgano competente para la declaración de estos trabajos. Una vez más, se reitera por la Jurisdicción contencioso-administrativa la competencia del Orden social para la resolución de esta problemática (STS de 29 de enero de 2002, Sala Tercera, I.L. J 9). La segun-

da sentencia tiene que ver con la modalidad procesal adecuada para que sean declarados en sede jurisdiccional los puestos de trabajo tóxicos, penosos y peligrosos: En este sentido, la **STS de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 554, viene a considerar la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, pues rechaza la indeterminación de los trabajadores que ocupan el puesto de trabajo y la falta de adscripción a un puesto concreto, recordando que “el proceso de conflicto colectivo, cuando afecta a un interés divisible, es un conflicto sobre la interpretación de una norma”, pero cuando se trata de la declaración de este tipo de trabajos “la controversia versa sobre el establecimiento de hechos: si existe o no peligrosidad (...) y esto requiere una prueba y un juicio de hecho para cada uno de los puestos de trabajo, lo que de conformidad con una reiterada doctrina de la Sala no es objeto propio del conflicto colectivo”.

## 2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

### A) Naturaleza de la responsabilidad adicional: culposa

La reparación de los daños causados por los accidentes de trabajo tiene su cauce en las prestaciones de Seguridad Social y que hacen efectiva la responsabilidad objetiva del empresario. No obstante, se puede exigir una responsabilidad adicional, “por la diferencia entre el total del daño causado por el accidente y la parte cubierta por las prestaciones de seguridad social”, pero sólo podrá fundarse, como reitera la **STS de 22 de enero de 2002**, I.L. J 37, en los criterios culpabilísticos tradicionales, en cuyo caso deberá acreditarse la correspondiente conducta culposa del empresario.

### B) Requisitos: culpabilidad. Evaluación de riesgos y previsibilidad

Sabido es que la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores se articula a través las correspondientes medidas preventivas adoptadas tras la realización de la evaluación de riesgos, que permite identificar y valorar los riesgos y realizar la correspondiente planificación. Estos instrumentos preventivos constituyen un indicador sobre la previsibilidad del resultado lesivo que es tomado en consideración por la **STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002**, I.L. J 220, al contrastar la conducta generadora de un grave riesgo y causante del accidente sufrido por el trabajador con el correspondiente Plan preventivo, que recoge una “situación de riesgo que estaba expresamente prevista” para la que se instruye el correspondiente equipo de trabajo y su correcta manipulación, previsión que no fue observada por el jefe de equipo.

La sentencia señala que “no basta con la planificación inicial de los riesgos a que alude el artículo 16 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cosa que en el presente caso llevó a cabo la empresa, sino que, también, se requiere dar cumplimiento a todas las medidas encaminadas a eludir los riesgos, respetando y haciendo respetar por sus trabajadores las medidas de seguridad, e incluso adiestrando a éstos, sobre todo a aquellos que integran la cadena de mando”.

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

La imputación de la responsabilidad al empresario la funda en la relación de causalidad existente entre la producción del resultado y el incumplimiento empresarial “al no dotar a los trabajadores del equipo pesado (maquinaria) que preveía el Plan de evaluación de riesgos”, infringiendo por omisión el deber de seguridad derivado del contrato de trabajo. No obstante, al operar con esta argumentación, el Tribunal sitúa la evaluación de riesgos, o previsibilidad, como criterio autónomo de imputación de la conducta y no del daño.

#### C) Cuantía indemnizatoria

La acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación de seguridad se dirige a hacer efectiva la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento. Se ha señalado por la jurisprudencia que el enriquecimiento injusto constituye un límite a la cuantía indemnizatoria, por lo que a la hora de fijar dicha cuantía ha de tenerse en cuenta lo que ya se hubiera percibido con una finalidad resarcitoria (SSTS de 10 de diciembre y 12 de febrero de 1999).

La STSJ del País Vasco de 8 de enero de 2002, I.L. J 231, toma en consideración el baremo contenido en la Resolución de 2 de marzo de 2000 para fijar el importe por la incapacidad permanente parcial por la pérdida de visión del ojo derecho derivada de accidente de trabajo. No obstante, deduce de la cuantía resultante las prestaciones de Seguridad Social percibidas por el trabajador atendiendo a los días de baja laboral acreditados, de modo que la Sala “tiene el criterio de que para alcanzar la íntegra reparación del daño, que incluye no sólo el lucro cesante, sino el daño emergente, se ha de abonar éstos a razón de día de baja sin estancia hospitalaria no impeditiva, pues a parte de la pérdida de salario, se producen otros daños fácilmente cognoscibles”. De esta forma calcula, por un lado, los días de baja conforme a las tablas y, por otro la incapacidad permanente parcial, pero al hacer la compensación entre la cuantía resultante y lo percibido no incluye en este último cálculo “el factor de corrección que por tal razón se fija en las tablas, compensando tal cantidad con la aludida prestación (...) sin que proceda el incremento por incapacidad permanente al entender que se compensa con lo percibido en tal concepto por INSS”.

Por otra parte, la señalada doctrina del TS ha sido matizada en orden a excluir el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad de la compensación o reducción de la indemnización de daños. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2002, I.L. J 367, viene a refrescar la argumentación vertida en la STS de 2 de octubre de 2000, por la cual declara la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños y perjuicios derivada de un incumplimiento del deber de seguridad, sin que proceda deducir de la cuantía total indemnizatoria lo percibido por el recargo de prestaciones. Igualmente, la sentencia objeto de reseña censura la tesis sostenida por la parte recurrente en su recurso que transcribe “a la letra el voto particular formulado a la sentencia de la Sala General, de 2 de octubre de 2000, como base para sostener su punto de vista, aunque sin argumentación alguna adicional, olvidando que la voluntad y la decisión del Tribunal es la que de manera mayoritaria figura en el texto de la ponencia aprobada, no en el voto particular”.

Finalmente, corresponde al órgano *a quo* fijar discrecionalmente la cuantía indemnizatoria, pudiendo ser revisada por el órgano judicial superior sólo cuando concurra una “evidente desproporción”, ya sea para aumentarla o disminuirla. Pero, como pone de relieve la **STS de 7 de marzo de 2002**, I.L. J 562, no existe contradicción entre sentencias, a efectos de casación en unificación de doctrina, cuando se comparan dos resoluciones: una que aumenta la indemnización del juzgador de instancia y otra que la disminuye, puesto que ambas “han llevado a cabo una comparación entre circunstancias del caso y monto de la indemnización. Materia en la que no es posible la unificación de criterios que define y caracteriza a este recurso excepcional, ya que la actitud de cada una de las sentencias comparadas se limita a emitir un juicio estimativo, respecto del que esa armonización es imposible”.

#### **D) Responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora y franquicia**

La cobertura de la responsabilidad civil del empresario mediante el correspondiente contrato de seguro permite trasladar a la compañía aseguradora la indemnización derivada de accidente de trabajo en los términos establecidos en el propio contrato. Sin embargo, el establecimiento de una franquicia estipulada a cargo del empresario no limita la cuantía objeto de condena a la aseguradora cuando dicha franquicia se pacte sólo para los supuestos de daños materiales, no siendo aplicable a las indemnizaciones por daños personales, de forma que la compañía aseguradora responde solidariamente con la empresa sin ninguna limitación, tal como señala la **STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002**, I.L. J 220.

### **3. RECARGO DE PRESTACIONES**

#### **A) Competencia jurisdiccional**

La **STS de 22 de marzo de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 611, incide sobre aspectos competenciales atribuidos a las Jurisdicción Social y a la Contencioso-Administrativa dados los perfiles complejos que presenta el recargo en cuanto a las reglas de competencia contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral en orden al reconocimiento de prestaciones y su gestión recaudatoria. Para una adecuada comprensión del pronunciamiento jurisdiccional conviene tener en cuenta los datos relevantes que originan el mismo. La Empresa impugnó, en su día, ante el Tribunal Económico-Administrativo Central el acto recaudatorio de la Tesorería General de la Seguridad Social, por el cual se le instaba la correspondiente capitalización del recargo de prestaciones. Los motivos de impugnación estaban vinculados a la posible infracción del principio *ne bis in idem*, por cuanto que existía previamente una condena penal con declaración de responsabilidad civil subsidiaria no tomada en consideración en el acto administrativo de liquidación. La resolución, que desestima la reclamación sobre la base de la compatibilidad del recargo de prestaciones con la responsabilidad penal y rechaza entrar en el examen de la procedencia o no del recargo remitiendo a la jurisdicción competente, es impugnada por la Empresa ante la Audiencia Nacional, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

anula la citada resolución por ser incompetente el Tribunal Económico-Administrativo Central para conocer del mencionado acto recaudatorio. Esta sentencia de la Audiencia Nacional es objeto de recurso de casación por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Tras el análisis de distintas resoluciones jurisdiccionales de las Salas Tercera, Cuarta y de Conflictos, la STS concluye que las cuestiones relativas al recargo de prestaciones impuestas a los empresarios como consecuencia de accidentes de trabajo por incumplimientos en materia de seguridad e higiene se atribuyen al orden social, mientras que será competente la jurisdicción contencioso-administrativa “cuando se trate de motivos de oposición inherentes a la determinación de la cuantía del capital coste fijada en vía administrativa o de aquellas otras materias de carácter jurídico-administrativo ajenas al orden social, como las relativas a los requisitos y presupuestos de orden procedimental y formal y a los efectos de los actos administrativos de carácter recaudatorios dictados”. Pero actos, como éstos para los que es competente, también se excluyen a favor de la Jurisdicción Social cuando “a) exista impugnación ante el orden social de la jurisdicción y aquellos actos sean ejecución de la sentencia dictada sobre reconocimiento de pensión y/o sobre la imputación de responsabilidad del pago de la misma y b) la facultad del Tribunal del orden social para acordar la suspensión del procedimiento administrativo” como medida cautelar para asegurar los efectos de la sentencia que se dicte.

La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado lleva a considerar al TS que corresponde únicamente a la jurisdicción social pronunciarse sobre los aspectos relativos a la imposición del recargo y su compatibilidad. Hasta que el orden social se pronuncie el “requerimiento del pago del recargo emitido en vía administrativa es sin duda compatible con la previa existencia de una sentencia penal” y, en su caso, si este pronunciamiento “resulta favorable a la interesada, deberá ser, en su día, debidamente ejecutado mediante devolución de lo indebidamente ingresado, pero, en tanto no conste la suspensión de la liquidación por los Tribunales del orden social o la existencia de una sentencia que se pronuncie sobre su improcedencia total o parcial, no puede paralizarse la vía ejecutiva por cuestiones ligadas a la procedencia de aquella liquidación”.

#### **B) Compatibilidad y principio *ne bis in idem***

Resulta habitual que para combatir la imposición del recargo de prestaciones se invoque, como se acaba de poner de relieve en el apartado anterior, la vulneración del principio *ne bis in idem* con fundamento en el artículo 25 de la Constitución y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que califica de inconstitucional la violación de tal principio. La STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2002, I.L. J 670, resuelve en suplicación la alegación planteada con remisión a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuya doctrina, recogida, entre otras, en la STS de 14 de febrero de 2001, establece la compatibilidad del recargo de prestaciones con la sanción administrativa “no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social” ya que “mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores”.

#### 4. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS

##### A) Responsabilidad del empresario principal: naturaleza

La responsabilidad del empresario principal por incumplimientos en materia preventiva que afecten a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista es enjuiciada por la STS de 28 de enero de 2002, Sala Tercera, I.L. J 8, al conocer del recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirma sendas resoluciones administrativas sancionadoras anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De ahí que se analice la responsabilidad de la empresa principal con fundamento en el derogado párrafo segundo del artículo 40 de la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. No obstante, la doctrina contenida sólo puede ser parcialmente tomada en consideración ya que la responsabilidad empresarial derivada de este supuesto de hecho fue calificada de solidaria por el artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, regla que ha sido trasvasada al párrafo segundo del artículo 42.3 del vigente Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La sentencia razona que la presencia de trabajadores de la contratista o subcontratista en centro de trabajo de la empresa principal “vincula a ambos” empresarios a cumplir con las correspondientes normas preventivas, señalando que a la empresa principal le corresponde velar “desde la perspectiva de la organización del centro”, mientras que a contratista y subcontratista les compete “la dirección de la actividad de los trabajadores”.

Esta obligación del empresario sirve al TS de fundamento para justificar su responsabilidad preventiva: “la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que deriva de facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias”. Para concluir que “ante el dilema de si el artículo 40.2 establecía una responsabilidad objetiva o si, por el contrario, no eliminaba la exigencia del elemento de culpabilidad para la imposición de la sanción administrativa, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional se inclina a mantener la segunda”.

La conducta omisiva de la empresa principal “en cuanto propietaria y gestora de los servicios ferroviarios” (actividad) justifica su responsabilidad, ya que “no puede desconocer los trabajos que se realizan en las vías y permitir que éstos se realicen sin autorización o vigilancia y en ningún caso puede esto servir para justificar la omisión de medidas de seguridad”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN  
MARGARITA APILLUELO MARTÍN  
RAFAEL GARCÍA LÓPEZ  
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA  
ELISA SIERRA HERNÁIZ

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**A. PEDRAJAS MORENO (dir.)**

**La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar**

[Lex Nova, Valladolid, febrero 2002, 371 páginas]

CARLOS GRANADOS MOYA

El libro objeto de este comentario, del que es Director don Abdón PEDRAJAS MORENO, es el resultado de las “III Jornadas Universitarias Burgalesas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” que se celebraron en dicha ciudad, en marzo de 2001. Tanto aquellas Jornadas como el volumen que de ellas ha fructificado, constituyen un ambicioso intento de tratamiento interdisciplinar de una práctica de tan importante relevancia en las relaciones laborales como es el outsourcing. Las perspectivas mercantil, civil, penal, internacional y procesal del fenómeno, en sus conexiones con las laborales, son examinadas en los cinco capítulos que constituye el cuerpo básico del libro y que van precedidas de una introducción y sucedidas de un epílogo, todos ellos a cargo de consagrados especialistas en las respectivas materias.

Debe darse cuenta de que el libro se dedica a la memoria del Profesor don Enrique RAYÓN SUAREZ.

El Capítulo I: Módulo Introdutorio: “El fenómeno de la externalización” incluye la ponencia “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”, a cargo de don Fernando VALDÉS DAL-RÉ,

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid, en ella se pone de manifiesto que la descentralización es símbolo del cambio en la organización, es la forma de estructurar el proceso de elaboración de bienes y prestación de servicios, mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades. Destaca su Autor que tiene consecuencias perniciosas, pues se pasa de la uniformidad del estatuto jurídico de los trabajadores a la diversidad, que equivale a diferenciación y segmentación y en ocasiones degradación y deterioro de las condiciones de empleo, en términos de calidad de trabajo y de protección social.

El Capítulo II: Módulo Mercantil-Laboral: “La llamada contrata de obra y servicio”, recoge:

1ª Sección (Mercantil): “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales.- Tipología y régimen jurídico básico”, expuesta por don José María GARCÍA-MORENO GONZALO, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Burgos, el Autor considera la externalización como mucho más que unos contratos específicos, es un sistema organizativo, una estrategia empresarial, incluso como una filosofía empresarial, que podría hacerse corresponder con un específico sistema económico, que se puede denominar neoliberalismo y que se caracteriza entre otras circunstancias por esa tendencia a la sustitución de relaciones laborales por otras de carácter mercantil. No son externalizables las facultades indelegables del órgano de administración y estos límites vienen establecidos en interés exclusivo de la propia empresa a fin de conservar la autonomía decisoria sobre su estructura

patrimonial y sobre el control de las actividades externalizadas. Analiza por último los distintos tipos de contratos de externalización.

2ª Sección (Laboral): “Actividades laborales externalizables: Régimen jurídico”, don José María GOERLICH PESET, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, analiza el papel de las normas laborales en relación con la descentralización señalando que éste es doble: de entrada existen ciertos supuestos en los que no es posible recurrir a ella: cuando la misma se articula a través de la cesión de trabajadores; fuera de estos casos, las normas laborales no establecen prohibiciones ni restricciones a las posibilidades de las empresas en punto a externalización, sino que en aras a tutelar los derechos de los trabajadores afectados por ellas, condicionan las decisiones que se adoptan.

Capítulo III: Módulo Civil-Laboral: “La responsabilidad de la actividad externalizadora”, que desarrolla:

1ª Sección (Civil): “La responsabilidad del dueño de la obra y las acciones frente al mismo.- El problema del contratante independiente” don Carlos VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos, recoge la responsabilidad que se puede producir en el contratista de una obra o un servicio, que a su vez subcontrata la ejecución del mismo.

2ª Sección (Laboral): “Las responsabilidades del empresario principal en las contrata y subcontratas”, don Juan M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, el autor después de establecer el concepto de “propia actividad”, analiza los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria derivados de las contrata y subcontratas.

Capítulo IV: Módulo Penal-Laboral: “Patología de la externalización”:

1ª Sección (Penal): “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra”, doña Susana HUERTA TOCILDO,

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Burgos, efectúa la Autora un estudio minucioso de los distintas modalidades típicas del tráfico ilegal de mano de obra, artículo 312 CP, considerando como tales las contrataciones de trabajadores realizadas al margen de la normativa reguladora de esa actividad, así como reclutar personas ofreciéndolas empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y determinar o favorecer la emigración simulando contrato o colocación o usando de otro engaño semejante que son conductas previas a la contratación. También estudia las conductas de promoción o favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de trabajadores en España, artículo 313.1 del CP y que son, para la Autora, variante del tráfico ilegal de mano de obra.

2ª Sección (Laboral): “La cesión ilegal de trabajadores”, don Abdón PEDRAJAS MORENO, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Burgos y Abogado, configura los caracteres de cesión ilícita entendida como la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, efectuado fuera del marco de las empresas de trabajo temporal, así como la cesión indefinida aunque se realice a través de las ETT, existiendo tráfico o cesión ilícita, siempre que la empresa contratista sea aparente y la cesión a través de una empresa real, que no aporte a la principal nada más que trabajadores.

Capítulo V: Módulo Internacional-Laboral: “Regulación protectora internacional”:

1ª Sección (Internacional): “Aproximación general a la figura del outsourcing en su vertiente internacional”, don Juan José MARTÍN ARRIBAS, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Burgos, efectúa una distinción entre outsourcing, externalización y subcontratación, reflejando que el outsourcing se muestra como un instrumento práctico y legal y para las PYMES, constituye uno de los medios que mejoran su competitividad.

2ª Sección (Laboral): “La sucesión de contratas”, don Tomás SALA FRANCO, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, distingue los distintos orígenes de las contratas y Subcontratas, en concreto el legal, convencional, contractual y un origen mixto, el legal está previsto en el artículo 44.1 ET, requiere de una transmisión, entendida como un cambio de titularidad en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que el objeto de la transmisión constituya una unidad de producción susceptible de explotación aislada, el convencional deriva de las llamadas “cláusulas subrogatorias”, que obligan al contratista entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la contrata por el anterior contratista, es origen contractual cuando se recoge en el pliego de las condiciones generales de la contratación y es mixto cuando se prevé en el artículo 44 ET y hay “cláusula subrogatoria”.

Capítulo VI: Módulo Procesal-Laboral: “Peculiaridades procesales en los litigios que afectan a las contratas”:

1ª Sección (Procesal): “Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del litisconsorcio”, doña Mar JIMENO BULNES, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, destaca la Autora que la doctrina constitucional encomienda al juez de la instancia la tarea de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, en las situaciones de litisconsorcio pasivo y así la posibilidad de denunciar de oficio la ausencia.

2ª Sección (Laboral): “La descentralización productiva: Tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo”, doña María Dolores ROMÁN DE LA TORRE, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, se destaca la inexistencia de normas procesales específicas cuando se revela el contraste que se aprecia entre la sencillez de las normas procesales comunes que habrán de presidir la resolución

judicial del conflicto y el cerrado entramado procesal que puede llegar a tejer cuando se trata de aplicarlas a la resolución de un conflicto relacionado con la descentralización, efectuando un estudio pormenorizado de este entramado procesal.

Epílogo: “Necesidades de cambio en las relaciones laborales y en la protección social”, don Juan Carlos APARICIO PÉREZ, Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales. Se señalan los objetivos de la necesaria reforma que se propugna:

- Fomento de la contratación indefinida y limitación de la contratación temporal abusiva.
- Fomento del acceso de la mujer al mercado de trabajo.
- Potenciación del contrato a tiempo parcial.
- Integración laboral de colectivos con mayores dificultades.
- Reforzamiento de las garantías en los supuestos de subcontratación.

### J. LLANEZA ÁLVAREZ

#### **Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, 2ª edición Valladolid, 2002, 524 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que alcanza su segunda edición, está especialmente dedicado a aquellas personas que, habiendo seguido el curso correspondiente a la parte obligatoria y común de los estudios destinados a la obtención del título de técnico superior de prevención de riesgos laborales, pretenden continuar su preparación técnica y cursar la especialidad de Ergonomía y Psicología Aplicada.

También está dirigido a quienes sienten un especial interés por esta disciplina y pueden llegar, a través de esta monografía, a cono-

## notas bibliográficas

cer el gran potencial que representa el conocimiento profundo de la Ergonomía, abordada como herramienta para la óptima adecuación entre el hombre y el entorno laboral.

Por esta razón, la obra dedica un amplio estudio a las consideraciones ergonómicas del ruido, del ambiente climático y de la iluminación para analizar después el chequeo ergonómico del puesto de trabajo. En segundo lugar, se centra en el análisis de la carga física de trabajo y en la gestión ergonómica de las organizaciones, para abordar, finalmente, los factores de riesgo psicosociales, en concreto, el estrés, el mobbing, el síndrome del burnout, la adición al trabajo, el acoso sexual y la violencia en el trabajo.

**L. MELLA MÉNDEZ****La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 284 páginas]

LEX NOVA

Esta obra analiza, en seis capítulos, la extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador. El primero se centra en el origen y evolución histórica de la referida jubilación como causa de extinción contractual, reparando especialmente en su tratamiento en las Reglamentaciones de trabajo, en la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 y en el Estatuto de los Trabajadores. Tras estudiarse, en el capítulo segundo, la naturaleza jurídica de la figura –tanto en su modalidad voluntaria como forzosa– en los capítulos tercero y cuarto se dedican al examen de la jubilación forzosa en la negociación colectiva. Así, se aborda la evolución de su tratamiento por la jurisprudencia, sus caracteres, sus condiciones (observancia de una determinada edad, la no amortización de

los puestos de trabajo y la compensación del trabajador) y el incumplimiento de éstas. El capítulo siguiente se dedica a dos jubilaciones forzosas especiales: la de los estibadores portuarios y la del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares. Por su parte, el último capítulo se ocupa de la jubilación en el ámbito de la función pública, apuntando las peculiaridades más destacadas de la misma en el caso de los funcionarios públicos, personal laboral y estatutario.

**R. DÍAZ MOLINER****Guía práctica para la prevención de riesgos laborales**

[Lex Nova, 3ª edición Valladolid, 2002, 697 páginas]

LEX NOVA

La obra recorre el largo itinerario que supone el examen de los distintos aspectos en los que tiene presencia la normativa de prevención de riesgos laborales. Tras una exposición de lo que supone esta normativa, analiza estructuradamente los textos legales fundamentales como son la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de Servicios de Prevención, para luego referirse a los aspectos particulares de la normativa especial que se refiere a particulares situaciones, agentes o sectores. En esta tercera edición, se pretende ofrecer una visión actualizada completa y práctica de la normativa, incluyéndose en cada apartado analizado una referencia a la normativa vigente, precedida de la indicación de los precedentes legislativos más inmediatos, la normativa europea y los convenios de la OIT en su caso. Se trata con ello de cumplir la función de guía que se refleja en el título de la obra.

**F. MENÉNDEZ DÍEZ**

### **Higiene industrial. Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 438 páginas]

LEX NOVA

El presente manual está especialmente dedicado a aquellas personas que, habiendo seguido el curso correspondiente a la parte obligatoria y común de los estudios destinados a la obtención del título de técnico superior de prevención de riesgos laborales, pretendan continuar su preparación técnica y cursar la especialidad de Higiene Industrial.

La confluencia en este campo de múltiples y diversas disciplinas hace patente la complejidad de su estudio, convirtiéndose en necesaria la constante actualización de conocimientos.

Esta publicación simplifica esta tarea, abordando cuestiones tan importantes como la toxicología laboral, la evaluación de la exposición a los diversos agentes de riesgo, la higiene analítica y la selección y utilización tanto de los equipos de protección individual como de las protecciones colectivas. Sin duda, esta obra contribuirá al alcance de una visión más profunda y crítica de los distintos agentes (ruido, vibraciones, iluminación, radiaciones, ...) o de los procesos específicos en el manejo de plaguicidas y en trabajos de soldadura.

**J.M<sup>a</sup>. BLANCO MARTÍN (coord.) y otros**

### **Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico**

[Lex Nova, 2<sup>a</sup> edición Valladolid, 2002, 702 páginas]

LEX NOVA

Esta obra consiste en un trabajo monográfico que aborda de forma unitaria todos los aspectos derivados de las incapacidades laborales —en sus dos variantes de temporal y

permanente—, no sólo en lo relativo a los complejos problemas del sistema prestacional de seguridad social, sino, además, en lo referente a los efectos que éstas tienen en el contrato de trabajo. El libro cuenta con cuatro partes: Incapacidad Temporal, Incapacidades y lesiones permanentes, Invalidez no contributiva y Efectos de las incapacidades sobre el contrato de trabajo. Todas ellas abordadas desde un punto de vista eminentemente práctico y acompañadas de tres Anexos: uno, legislativo, otro, con una importante selección de sentencias sistematizadas por materias y, por último, uno que contiene los formularios administrativos y jurisdiccionales de uso más habitual.

En esta segunda edición, que conserva la estructura de la primera, las modificaciones consisten en una adaptación y puesta al día general de la obra, para lo que se ha utilizado la jurisprudencia y doctrina judicial posterior al cierre de la primera edición, actualizándose los correspondientes anexos legislativos y jurisprudenciales.

Se acompaña de un CD-ROM con los formularios, para que el usuario pueda cumplimentarlos informáticamente.

**J.A. NICOLÁS BERNAD**

### **Problemas actuales del trabajo eventual e interino**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 324 páginas]

LEX NOVA

La contratación temporal de trabajadores constituye la principal fórmula jurídica utilizada para documentar la prestación laboral, constituyendo el 91 por ciento del total de contratos suscritos. La mitad de ellos son de las modalidades eventual por circunstancias de la producción e interinidad.

Esta precariedad laboral constituye un problema tan clásico como actual en el

panorama de las relaciones laborales, como demuestra la temática abordada en las últimas reformas normativas del mercado de trabajo de 1994, 1997 y 2001. La presente monografía constituye una herramienta útil para el estudio y entendimiento de las tipologías contractuales citadas, a partir del régimen jurídico actual y de la prolija casuística jurisprudencial, incorporada como anexo, proporcionando res-

puestas concretas a prácticas contractuales dudosas en el empleo de aquéllas.

En definitiva, se trata de un estudio de las irregularidades contractuales más frecuentes en la utilización del contrato eventual y de interinidad desde un prisma doctrinal y jurisprudencial, y a partir de los elementos que configuran su régimen jurídico.