

revista

Justicia
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Laboral

CONSEJO ASESOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

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

SECRETARÍA TÉCNICA

Jesús R. Mercader Uguina

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

© LEX NOVA 2003

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

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

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] **Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”. La STC 119/2002, como telón de fondo**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos**

REMEDIOS ROQUETA BUJ

- [47] **Italia: un derecho en evolución (El Libro Blanco del Gobierno sobre el mercado de trabajo. El Proyecto de Ley de Delegación para la reforma del mercado de trabajo)**

MARCO BIAGI
CARMEN AGUT GARCÍA
MICHELE TIRABOSCHI

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[305] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

APUNTES JURISPRUDENCIALES SOBRE “DOBLES ESCALAS SALARIALES”. LA STC 119/2002, COMO TELÓN DE FONDO

En los últimos tiempos se ha venido suscitando un interesante debate doctrinal y jurisprudencial sobre la introducción en la negociación colectiva de cláusulas en las que se fijan salarios diferentes a trabajadores que ostentan la misma categoría o grupo profesional sólo en razón de la fecha de ingreso en la empresa. Las llamadas “dobles escalas salariales”, recogidas en numerosos convenios colectivos, implican una diferenciación salarial fundada en la fecha de ingreso en la empresa, en el carácter temporal del vínculo contractual laboral o en el tiempo de permanencia en la misma. Los conflictos se han suscitado a partir de estrategias empresariales de algunas importantes empresas, basadas en la proposición a sindicatos y órganos unitarios de esa diferenciación en unos casos como contrapartida a la creación de empleo y en otros como vía para la competitividad empresarial. Por ello, en unos casos, los referidos regímenes retributivos diferenciados pueden llevar aparejados compromisos empresariales de colocación o de elevación del volumen de empleo fijo de la empresa, mientras que, en otras ocasiones, la disparidad de régimen salarial, lejos de contribuir al incremento neto de la plantilla empresarial, actúa como instrumento defensivo del nivel de empleo existente, al contener los costes salariales en supuestos de reorganización productiva.

Así, las dobles escalas salariales pueden actuar, por tanto, como instrumento de creación de empleo o como medio de limitación de la destrucción del mismo en la empresa. Esta lógica dual y la complejidad que su articulación práctica plantea han suscitado un intenso debate jurisprudencial en el que son apreciables distintos grupos de casos que, en cuanto tales, han obtenido también una diversa respuesta.

Un primer grupo de supuestos contempla la situación que se produce al suprimirse el complemento de antigüedad para todos los trabajadores en una determinada fecha. Los que hasta ese período de tiempo tuviesen reconocido un complemento por antigüedad, seguirán percibiendo el mismo pero ya como complemento “ad personam” de carácter contractual, como condición más beneficiosa. Los nuevos trabajadores que se incorporen a la empresa no tendrán derecho al complemento de antigüedad (que se encuentra extinguido) ni al “ad personam”, reconocido tan sólo para los que hubiesen cubierto, al menos, el período mínimo para tener derecho a ese complemento personal. En este sen-

tido se manifiesta la STS (4.ª) 6 de abril de 1995 [Asunto Convenio Colectivo de Supermercados y Autoservicios de Barcelona y Provincia] en la que se afirma que: “las partes negociadoras han pactado dentro de los límites legales sobre la materia económica que han creído conveniente, sin que la ventaja discutida, que se consolida como complemento personal a favor de los trabajadores que tuvieran una retribución superior a la resultante por aplicación del nuevo sistema salarial, suponga [...] discriminación [...] El que se reconozcan antiguos niveles retributivos ya alcanzados por aplicación de convenios anteriores no implica discriminación para los trabajadores que ingresen, vigente un convenio, y a quienes se aplica la estructura salarial establecida en el mismo”. Asimismo, recuerda el Tribunal cómo “el convenio colectivo que sucede a otro anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél”. Desde esta perspectiva, parece que, aunque pudiera deducirse la presencia de diferencias retributivas, las mismas no son contrarias al principio de igualdad.

Un segundo supuesto está constituido por la implantación de un nuevo sistema de retribución que implica la supresión de un determinado complemento que antes existía para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. Las diferencias salariales que se podrían producir devienen de que a los antiguos trabajadores se les mantienen las cantidades que hasta ese momento hubiesen generado antes de producirse el cambio. Esas cantidades se les mantendrían, al igual que en el supuesto anterior, como complemento “ad personam”, lo que derivaría que las diferencias salariales no serían configuradas como doble escala discriminatoria. En este sentido, la STS (4.ª) 18 de septiembre de 2000 [Asunto Empresa Supermercados Claudio, SA] sostiene, con rotundidad, que “los trabajadores en plantilla en la empresa demandada disfrutaban de un beneficio [“descuento de compra”] que reúne las características de una condición más beneficiosa, que ha de ser respetada por el empresario en los mismos términos de su concesión y hasta tanto no se produzca una causa de extinción. Pero tal condición más beneficiosa no puede tener más extensión que la que le diera el acuerdo de su concesión”.

Alguna singularidad presenta la STS (4.ª) 31 de octubre de 2001 [Asunto Caixanova], en la que el Tribunal Supremo señala que, en el caso enjuiciado, el factor determinante de un complemento salarial de homogeneización establecido como consecuencia de un proceso de fusión entre varias Cajas de Ahorros, no puede ser otro que la pertenencia en el momento de fusión de la plantilla o censo de personal de las entidades fusionadas; si no es así, como sucede con los trabajadores de nuevo ingreso en la entidad resultante de la fusión, entre los que se encuentran sin duda los procedentes de las ETT, no hay homogeneidad o convergencia salarial que alcanzar, y falta el presupuesto o hecho causante del plus o complemento correspondiente. En conclusión, no nos encontramos, señala el Tribunal Supremo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional u ordinaria, ante una desigualdad de trato, carente de una justificación objetiva y razonable, es decir, ante una diferencia retributiva artificiosa o injustificada, que no encuentre apoyo en un criterio objetivo suficientemente razonable, según juicios de valor generalmente aceptados. La procedencia de las empresas unidas en los procesos de fusión, unida a la finalidad de convergencia o armonización retributiva, no constituye en principio un factor de discriminación salarial, y no lo ha constituido tampoco en las circunstancias del caso enjuiciado”.

Por último, y de forma diferente a los dos supuestos antes planteados, un último grupo de casos contempla fenómenos patológicos de dobles escalas salariales en los que sí se produce un efecto discriminatorio. Tal ocurre cuando se establece un sistema distinto de retribución de este complemento tan sólo por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa. En estos supuestos, el Tribunal Supremo procede a declarar nulos los preceptos establecidos en el convenio que dan lugar a esa diferenciación.

El primer pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo en el que se enfrenta con esta cuestión fue la STS 22 de enero de 1996 [Asunto Hertz de España, SA]. En este caso, la autoridad laboral había procedido a la impugnación directa de una cláusula del convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SA, según la cual “los trabajadores contratados entre la firma del convenio y el 30 de septiembre de 1994 bajo modalidades que no sean el contrato de prácticas o el de aprendizaje tendrán un salario consistente en el 80 por cien del establecido con carácter general en las tablas del art. 9”. La demanda perseguía la declaración de nulidad de dicha cláusula por contradicción con el art. 14 de la CE y el art. 17 del ET. Para el TS, en el supuesto litigioso se establecía una diferencia de trato que no venía fundada en la intensidad, naturaleza, duración u otros factores atinentes a la actividad laboral, sino exclusivamente en la fecha de contratación, con independencia de la modalidad de contrato. Sobre estas bases, el TS entendió que se rompía “el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos, con relación a otros de la misma empresa, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación”. Para el TS, la norma cuestionada “afecta precisamente a un aspecto sustancial de las relaciones laborales”, pues rompe “la ecuación o equivalencia entre salario y trabajo” y afecta al principio “a igual tarea, igual retribución”.

Un segundo pronunciamiento de interés y alcance se encuentra en la STS 18 de diciembre de 1997 [Asunto Damm], que tiene su antecedente en la muy significativa STSJ Cataluña 28 de octubre de 1996 objeto ésta de gran atención por la doctrina científica y las fuerzas sociales. En la misma se aborda la problemática de un convenio de empresa que preveía un salario inferior para los trabajadores de nuevo ingreso a pesar de que las tareas realizadas eran las mismas que las de los trabajadores que no poseían dicha condición y los puestos de trabajo fueran idénticos. En concreto, se trataba de un compromiso empresarial de novar un máximo de contratos de trabajadores fijos discontinuos, siempre que éstos aceptasen voluntariamente una menor retribución en vez de rescindir su anterior vínculo contractual con el percibo de una indemnización y con renuncia de los derechos adquiridos con anterioridad. A cambio, la empresa garantizaba a tales trabajadores seis meses de prestación laboral al año. Para la STS 18 de diciembre de 1997, ninguna de estas argumentaciones es admisible en el presente caso. Por un lado, y siguiendo una larga tradición interpretativa en este punto, “no cabe sostener que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa” y ello “como lógica consecuencia de su carácter normativo”. Por otro, porque tampoco puede decirse que la norma convencional cree nuevos puestos de trabajo, pues ésta se “limita a consagrar la novación de 107 contratos de trabajadores fijos discontinuos en contratos a tiempo parcial y a transformar un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo, cada tres bajas que se produzcan en el personal”. La ausencia de creación y mantenimiento de empleo lleva al referido pronunciamiento a desestimar la reclamación planteada.

Por su parte, la STS (4.ª) 3 de octubre de 2000 [*Asunto Convenio Colectivo del sector de Tracción Mecánica de Mercancías de la Provincia de Barcelona*], señala que la doble tabla retributiva, que es fruto de un pacto colectivo y no de un acuerdo privado o una decisión empresarial aisladamente considerada, conculca el constitucional principio de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La única que se explicita no atiende a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino exclusivamente al momento de la incorporación de los trabajadores a la empresa como fijos. Se rompe así el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación. Lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad, añade el Tribunal, “es que la norma paccionada mantenga el premio de antigüedad, que en efecto pudo válidamente suprimir para todos, y que lo establezca para el futuro en cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores, en función de la fecha de su ingreso en la empresa como fijos”. De todo ello concluye el referido pronunciamiento que no ha quedado acreditada la existencia de una justificación objetiva y razonable para la desigualdad retributiva que introduce el párrafo segundo del art. 23 del Convenio Colectivo.

Más recientemente, en la STS (4.ª) 25 de julio de 2002 [*Asunto Convenio Colectivo para las Empresas de Transportes de Viajeros por Carretera de la provincia de Tarragona*], el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la federación empresarial demandada frente a sentencia que declaró la nulidad del art. 21 del Convenio Colectivo para las Empresas de Transportes de Viajeros por Carretera de la provincia de Tarragona para los años 2000-2001. La Sala señala que la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja margen a que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización en la empresa puedan libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales y, si bien es cierto que en el convenio colectivo se pueden establecer determinadas diferencias en función de las distintas actividades laborales y de las peculiaridades de cada una de éstas, sin embargo, cuando se trata de la retribución salarial por trabajos iguales es obvio que el principio general debe ser el de que «a igualdad de trabajo, igualdad de retribución». Por tanto, concluye el Tribunal, si la diferencia retributiva por el concepto de antigüedad que se pactó en el sector de auto-transporte de la provincia de Tarragona tuviera una justificación distinta a la que se invoca, cual es la fecha de ingreso en el trabajo, podría admitirse la constitucionalidad de dicho precepto paccionado, pero como el único elemento de diferenciación se halla en la fecha de incorporación del trabajador a la empresa, no cabe considerar como razonable la diferencia de retribución que se establece entre unos y otros trabajadores.

El último paso en este complejo proceso interpretativo lo ha dado el Tribunal Constitucional en su reciente STC 119/2002, de 20 de mayo, Sala Primera [*Asunto Volkswagen*], en la que se examina por vez primera dentro del ámbito constitucional un supuesto peculiar de doble escala retributiva.

Los hechos son los siguientes: el III Convenio Colectivo de la empresa Volkswagen Navarra, aprobado por el Comité de empresa con el voto mayoritario de los representantes pertenecientes a las candidaturas de la UGT y las CCOO, establecía diferencias retributivas entre la categoría de especialista de ingreso (que aparece *ex novo* en el III Convenio colectivo de la empresa) y los especialistas letra a), tanto en los conceptos retributivos fijos como en los variables, al fijarse para los primeros un ochenta y cinco por ciento de la remuneración concertada para los segundos y ello pese a que unos y otros realizan idéntico trabajo. Asimismo, la Disposición adicional cuarta del convenio colectivo disponía textualmente: “a) En las condiciones actualmente existentes y previsibles de carácter laboral, productivo y comercial, y manteniéndose las perspectivas de producción y mercado, tiene la empresa en proyecto la realización de inversiones por importe aproximado de 300.000.000 de DM. que, cumpliéndose las previsiones, se llevarán a efecto en los próximos tres años; b) Las previsiones anteriores, siempre que se cumplan, permitirán un aumento de empleo de unas seiscientas personas a lo largo del período; c) Estos trabajadores serán contratados por tiempo indefinido, con un período de prueba de dos meses y con la categoría de Especialista de ingreso”. Los delegados sindicales de Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) en la empresa formularon demanda en materia de impugnación de convenio colectivo contra el III Convenio por entender que las diferencias retributivas eran constitutivas de una diferencia de trato prohibida entre el personal que ya prestaba servicios en la empresa con respecto al de nueva contratación, que vendría a percibir un salario inferior.

El Juzgado de lo Social dictó Sentencia desestimatoria con fecha 30 de junio de 1998. En sus hechos probados, además de recoger los artículos del pacto sobre cuya nulidad se litigaba, declara acreditado que los especialistas de ingreso y los especialistas letra a) realizaban el mismo trabajo, así como que desde el 1 de enero de 1998 la empresa contrató a quinientas setenta y tres personas, todas ellas con carácter indefinido y de las que quinientas sesenta y siete se integraron en la categoría de especialistas de ingreso, y que las previsiones de inversión en la factoría de Pamplona para 1998 son de 36.641 millones de pesetas, de 29.390 millones para 1999 y de 17.114 millones para el año 2000; previsiones que guardan relación con los acuerdos alcanzados con parte del Comité de empresa y plasmados en el pacto colectivo. Teniendo en cuenta dichos hechos probados, la Sentencia desestimaba la demanda porque la creación del nivel retributivo de especialista de ingreso con salario inferior al especialista letra a) (el ochenta y cinco por ciento en todos los conceptos salariales fijos y variables), y la permanencia de dos años en tal nivel se encontraban vinculadas en el Convenio al compromiso de contratación de seiscientas personas, que estaría cumpliéndose por la empresa, y a un compromiso de inversiones en la factoría de Pamplona de trescientos millones de marcos, de suerte que, en la medida en que el trato desigual debía conectarse con el fomento de nuevas contrataciones con aumento significativo de empleo, existiría una justificación “objetiva y razonable” en las diferencias retributivas. La misma conclusión alcanzaba en cuanto al tiempo de permanencia en dicho nivel o categoría, 24 meses: “pues en todo caso se garantiza a estos trabajadores el ascenso a las categorías y niveles retributivos [especialistas letra a) al vigésimo quinto mes; desde el trigésimo primero hasta el cuadragésimo segundo mes especialistas letra b), posteriormente y tras permanecer 18 meses se pasa a especialistas letra c), y así sucesivamente], obedeciendo la diferenciación introducida a motivos obje-

tivos, racionales y atendibles, siendo adecuada al fin que se persigue, las 600 nuevas contrataciones en la empresa con la categoría de especialistas de ingreso y a través de relaciones laborales indefinidas”. La Sentencia fue confirmada en suplicación.

Los solicitantes de amparo consideran que al realizar los trabajadores adscritos a la categoría de especialistas de ingreso y los actuales especialistas letra a) una actividad idéntica y un trabajo de igual valor, la creación de un primer estadio donde quedan encuadrados los nuevos trabajadores por un período de veinticuatro meses, percibiendo una remuneración inferior, así como el retraso que se les impone para la promoción como consecuencia del nuevo nivel implantado, constituye una diferencia de trato contraria al art. 14 CE entre el personal que ya prestaba sus servicios en la empresa en el momento de la contratación colectiva y el de nuevo acceso a partir de la vigencia del convenio.

Sin embargo, el TC no alcanza la misma conclusión y no aprecia la existencia de un voluntarismo selectivo en el convenio o la de una discriminación retributiva de los especialistas de ingreso frente a otros trabajadores en atención al momento de la contratación laboral. La STC 119/2002 comienza recordando que la exigencia de una igualdad retributiva no es absoluta en nuestro Derecho en la medida en que el propio ordenamiento jurídico legitima las diferencias que provengan de la distinta categoría profesional, de la presencia de cualquiera de las causas motivadoras de los complementos salariales y de su concreción cuantitativa, o de distintos complementos extrasalariales. Asimismo, pone de relieve que, aunque es cierto que el convenio colectivo ha de respetar las exigencias indeclinables del principio de igualdad, recuerda que éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 34/1984 de 9 de marzo; 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre, o 28/1992, de 9 de marzo, entre otras). Y de todo ello extrae una conclusión principal: “ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles” .

Y, en aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado, concluye que, atendiendo a la ordenación que dicho convenio colectivo efectúa del sistema de clasificación profesional y de la estructura retributiva que rige en la empresa, no existe la vulneración que se denuncia. En palabras del propio Tribunal, “esa ordenación se caracteriza en general, en todas sus categorías profesionales, por el establecimiento de diferentes niveles retributivos en el interior de cada categoría, pese a la posible identidad de funciones, a los que se accede progresivamente por el mero transcurso del tiempo” por lo que “la ordenación jurídica de la categoría de especialistas en el convenio (con sucesivos niveles retributivos), así como la constitución de un nivel de ingreso en su tercera categoría, a diferencia de

lo que ocurre en las demás, manifiestan un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios, que se inspira en la promoción profesional y económica del conjunto de los trabajadores de la empresa, no sólo de los especialistas, existiendo niveles salariales de ingreso en todos los casos [en general, la letra a) de cada categoría]”. En consecuencia, declara que “no cabe aceptar, por tanto, que la consideración de la fecha de ingreso en los especialistas como factor relevante para la determinación de efectos retributivos tenga en el convenio una finalidad selectiva o de discriminación de los trabajadores incluidos en esa categoría y nivel en el momento de la contratación”; conclusión negativa que “se desprende tanto del sistema de progresión temporal que preside los sucesivos niveles salariales de la categoría de especialistas, como del sistema igualmente progresivo y temporal que rige el resto de la clasificación profesional regulada en el convenio colectivo, que se inspira en reglas automáticas de promoción”, de suerte que “la retribución en función del tiempo de permanencia en la empresa, en definitiva, representa el principio que informa todas las categorías profesionales”.

En suma, el resultado de este último pronunciamiento mantiene viva y vigente la polémica en esta materia. Una solución ligada a las especialidades del caso y que, por tanto, impide extraer conclusiones de carácter general sobre el debatido y discutido tema, si bien no debe olvidarse que, como el referido pronunciamiento pone de relieve y ha quedado expuesto: “aunque es cierto que el convenio colectivo ha de respetar las exigencias indeclinables del principio de igualdad, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad”.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos

REMEDIOS ROQUETA BUJ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Les Illes Balears

Sumario:

I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. Los recursos contencioso-administrativos. IV. Las cuestiones procesales. V. La cuestión de fondo. 1. El deber de negociar el incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos. 2. El contenido y la eficacia del Acuerdo de 15 de septiembre de 1994. **VI. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.**

I. INTRODUCCIÓN

1. Las sentencias de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 tienen su origen en las manifestaciones que el Ministro para las Administraciones Públicas vertió el 19 de septiembre de 1996 en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, comunicando a las organizaciones sindicales presentes en ella, la decisión de la Administración de no incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1997¹. Una de ellas resuelve el recurso de casación núm. 1074/2001 interpuesto por la Abogacía del Estado contra la

(1) Cfr. PALOMAR OLMEDA, A., "Apunte sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 527, 2002, págs. 1 y ss.

sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras frente a la Administración del Estado, solicitando que se declarase la nulidad de la Resolución del Ministro para las Administraciones Públicas, de fecha de 19 de septiembre de 1996². La otra resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 739/1996 interpuesto por la Federación Sindical de Administración Pública de Comisiones Obreras (FSAP-CCOO), la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT) y la Federación de Trabajadores de Enseñanza de UGT (FETE-UGT), contra la actuación gubernamental y, en particular, el acto manifestado por el Ministro para las Administraciones Públicas, como representante del Gobierno, ante la Mesa General de Negociación consistente en la decisión sobre congelación en las retribuciones de los empleados públicos adoptada en la reunión de 19 de septiembre de 1996.

2. Las sentencias objeto de comentario, como se verá, abordan dos de los problemas principales que plantea la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP) —parcialmente modificada por las Leyes 7/1990 y 18/1994—³, a saber: 1) El alcance del deber de negociar, y 2) La extensión de los

(2) Cfr. ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, RDS, núm. 13, 2001, págs. 9 y ss.; ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”, AA, núm. 15, 2001, págs. 577 y ss.; DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., “El control judicial sobre el incremento de las retribuciones de los funcionarios”, AS, núm. 20, 2001, págs. 25 y ss.; GALLEGU ANABITARTE, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre retribución de funcionarios: entre el comentario político y el análisis jurídico”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 473, 2001, págs. 1 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública (A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)”, RL, núm. 13, 2001, págs. 39 y ss.; MARTÍN CONTRERAS, L., “Aspectos procesales de una polémica (Comentarios a la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los funcionarios)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 475, 2001, págs. 1 y ss.; MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial de los funcionarios públicos mediante determinación unilateral del correspondiente ministro para las Administraciones Públicas. A propósito de la SAN de 7 de noviembre 2000”, AS, núm. 20, 2001, págs. 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Retribuciones de los funcionarios públicos, acuerdos políticos y leyes de presupuestos”, AS, núm. 20, 2001, págs. 43 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”, RL, núm. 13, 2001, págs. 17 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., “Imperio de la Ley, retribuciones funcionariales y *prudentia iuris* de nuestros jueces” (I y II), *Diario La Ley*, núms. 5258 y 5259, 2001; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado”, AS, núm. 2, 2001, págs. 51 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “Érase una vez [...] la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, AS, núm. 20, 2001, págs. 31 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)”, JL, núm. 6, 2001, págs. 39 y ss.

(3) Para un estudio detallado del Capítulo III de la LORAP ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, págs. 223 y ss.; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996, “Las especialidades aplicativas de la Ley 7/1990 en el ámbito de las Instituciones Sanitarias Públicas”, en AAVV, *Aspectos del Régimen Jurídico de la Sanidad Pública*, IVESP, Valencia, 1995, págs. 175 y ss., “Los órganos de representación unitaria y la negociación colectiva en la Función Pública”, en AAVV, *III Curso de Derecho Público Autonómico, Seminario de Función Pública Valenciana*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1996, págs. 141 y ss., “El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales”, *Poder Judicial*, núms. 43-44, 1996, págs. 305 y ss., y “La negociación colectiva en la función pública local”, REALA, núm. 279, 1999, págs. 69 y ss.; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995; MAURI MAJOS, J., “Problemas de representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado”, DA, núms. 214-242, 1995, págs. 164 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Barcelona, 1996; PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública, Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, 1996, págs. 639 y ss.; MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y deberes de*

respectivos espacios o territorios de la ley y de la negociación colectiva, y la eficacia de los acuerdos negociales alcanzados en materias reservadas material o formalmente a la Ley⁴.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

3. La publicación de la Ley 7/1990, de 19 de julio, que tuvo su origen en el “Acuerdo sobre el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos” suscrito el 6 de abril de 1990 por la representación de la Administración del Estado y los sindicatos UGT y CCOO (BOE 18 de junio de 1990), determinó que en lo sucesivo hubiera de negociarse el incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos. En efecto, a tenor del nuevo art. 32.a) de la LORAP será objeto de negociación “el incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local”.

4. El “Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997 sobre condiciones de trabajo en la Función Pública” (ACT) supuso un revulsivo en el desarrollo del proceso negociador en ésta y otras cuestiones. Este Acuerdo fue adoptado el 15 de septiembre de 1994 en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado entre las representaciones de la Administración General del Estado y de las organizaciones sindicales [Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CS-CSIF) y Confederación

ESTAS SENTENCIAS TIENEN SU ORIGEN EN LAS MANIFESTACIONES DEL MINISTRO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1996 SOBRE LA DECISIÓN DE CONGELAR LAS RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS PARA EL AÑO 1997

los funcionarios públicos, Valencia, 1996, págs. 253 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, RL, núm. 4, 1997, págs. 12 y ss.; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Ley y negociación colectiva en la función pública”, RL, II/1997, págs. 9 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, 1997, págs. 234 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación”, REDT, núm. 86, 1997, págs. 837 y ss.; DIÉGUEZ CUERVO, G., “Legitimación procesal del sindicato de funcionarios de una mesa de negociación”, REDT, núm. 91, 1998, págs. 809 y ss.; MARTÍN PÉREZ, P.A., “La negociación colectiva en la función pública local”, AA, núm. 38, 1999, págs. 1037 y ss.; MARTÍNEZ MARÍN, A., “El funcionario y la negociación colectiva. Redefinición dogmática de la naturaleza jurídica de la relación funcional”, en AAVV, *El Estatuto de la Función Pública, ¿La reforma adecuada?*, Actas del II Congreso sobre la Función Pública, Sevilla, 1999, págs. 351 y ss.; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, núm. 200, 1999, págs. 51 y ss.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., “El derecho a la negociación colectiva en la Función Pública”, en AAVV, *El Estatuto de la Función Pública, ¿La reforma adecuada?*, Actas del II Congreso sobre la Función Pública, Sevilla, 1999, págs. 161 y ss., y SALA FRANCO, T., “Acerca de la posibilidad de establecer autónomamente procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales en las administraciones públicas”, AL, núm. 48, 2000, págs. 937 y ss. Además, debe tenerse en cuenta la abundantísima bibliografía que se cita en ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit.

(4) Puesto de manifiesto por SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, AL, núm. 32, 2000, págs. 533 y 534.

Intersindical Galega (CIG)], aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de septiembre de 1994 y publicado en el BOE de 20 de septiembre de 1994⁵. El ACT, que tuvo un período de vigencia que comprendía los años 1995, 1996 y 1997, era “de aplicación general al personal de la Administración Civil del Estado y de sus organismos autónomos y al de la Administración de la Seguridad Social y al de los entes públicos representados en la Mesa General de Negociación”, si bien “en los ámbitos del personal al servicio de la Administración de Justicia, de Correos, del personal de las Instituciones Sanitarias Públicas, de todo el personal docente y del personal no docente de Universidades”, se procedería a la “adaptación o exclusión de aquellos aspectos que pudieran afectar a sus peculiaridades” (Capítulo I). De este modo, este Acuerdo, aunque se presentase como culminación del proceso de negociación realizado en el marco de la LORAP, era la materialización de los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral al servicio de la Administración del Estado, ya que se dirigía a ambos colectivos.

En el Título II del ACT se recogía lo acordado para los incrementos de las retribuciones del año 1995 (Capítulo II) y de los años 1996 y 1997 (Capítulo VI).

De un lado, el Capítulo II, relativo al “Incremento de retribuciones para 1995”, establecía lo siguiente:

“1. Teniendo en cuenta la previsión de crecimiento del PIB y los objetivos de reducción del déficit presupuestario para 1995, se acuerda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio un incremento de las retribuciones de los empleados públicos igual al incremento del IPC previsto en el Proyecto de Presupuestos para 1995.

2. Este incremento se aplicará al personal funcionario y estatutario de forma proporcional sobre todos los conceptos retributivos de carácter fijo y periódico y sobre los créditos que financien los incentivos al rendimiento.

Para el personal laboral el incremento retributivo se aplicará sobre la masa salarial correspondiente.”

(5) Este Acuerdo tiene su precedente inmediato en el “Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo” (AMA) firmado el 16 de noviembre de 1991 por las representaciones de la Administración del Estado y de las Organizaciones Sindicales UGT, CCOO, CSI-CSIF y ELA-STV (BOE de 21 de enero de 1992). Sobre este Acuerdo ver, por todos, ARENILLA SÁEZ, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993, págs. 144 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Acuerdo para la modernización de la Administración y para la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos”, *La Ley* 1/1992, págs. 1.132 y ss.; OJEDA AVILÉS, “El ‘Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo’: un importante avance en la negociación colectiva pública”, *AL*, núm. 17, 1992, págs. 325 y ss.; ROQUETA BUJ, “El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado”, *RTSS*, núm. 11, 1993, págs. 45 y ss.; SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, págs. 212 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Barcelona, 1996, págs. 42 y ss.; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 157 y ss.; y MARÍN ALONSO, I., *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los Acuerdos Mixtos*, Granada, 1999, págs. 143 y ss.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

De otro lado, el Capítulo VI, referente al “Incremento de retribuciones para 1996 y 1997”, dispónía lo siguiente:

“1. Las retribuciones de los empleados públicos para 1996 y 1997 experimentarán un incremento según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios.

Se tendrá además en cuenta:

El grado de cumplimiento de las revisiones y de los compromisos sobre los que se hubiera basado el incremento retributivo del ejercicio anterior.

La previsión de crecimiento económico y la capacidad de financiación de los Presupuestos Generales del Estado determinada en función de la previsión de déficit presupuestario del conjunto de las Administraciones Públicas.

La valoración del aumento de productividad del empleo público derivado del desarrollo de acciones o programas específicos.

2. La aplicación de los incrementos retributivos será objeto de negociación entre Administración y Sindicatos.”

5. Como ha quedado dicho, el ACT era de aplicación, de modo general, a todo el personal de la Administración Civil del Estado y de sus Organismos Autónomos, y al de la Seguridad Social —esto es, al funcional y estatutario y al laboral—. Sin embargo, como pone de manifiesto la STS de 16 de julio de 1998, Ar. 7021, “aunque sean posibles y pudieran ser convenientes acuerdos de principio unificadores o armonizadores de los criterios a seguir en relación con ambos colectivos, no es posible llegar a acuerdos para ambos como reiteradamente ha mantenido la jurisdicción contencioso-administrativa declarando la nulidad de ‘acuerdos’ o ‘convenios’ conjuntos —por todas SSTs de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993\7544) y 9 de febrero de 1998 (RJ 1998\2110)—”. Por ello, y con el fin de tener un instrumento que coadyuvase al cumplimiento del ACT en el ámbito del personal laboral de la Administración del Estado, ésta y las organizaciones sindicales, Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO) y Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF), tras la negociación llevada a cabo en el marco de los arts. 83.2 y 83.3 del ET, suscribieron el “Acuerdo Administración-Sindicatos sobre la ordenación de la negociación de los convenios colectivos de la Administración del Estado” (BOE de 11 de marzo de 1995), al que se adhirió el Sindicato Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA/STV)⁶. Pues bien, el Capítulo IV del Título II de este Acuerdo determinaba cómo había de aplicarse al personal laboral el incremento de retribuciones para 1995 establecido en el Capítulo II del Título II del ACT, señalando a este respecto que para 1995 el incremento retributivo para el personal laboral incluido en el ámbito de este Acuerdo sería “del 3,5 por ciento aplicado de manera proporcional sobre todos los conceptos integrantes de la masa salarial, con excepción de los correspondientes a antigüedad y residencia congelados y complementos personales de carácter transitorio”,

(6) Cfr. Resolución de la Dirección General de Trabajo de 28 de abril de 1995 (BOE de 23 de mayo).

y el Capítulo X del Título III, relativo al “Incremento de retribuciones para 1996 y 1997”, reproducía íntegra y literalmente el contenido del Capítulo VI del Título II del ACT.

6. Las partes firmantes del ACT, en el apartado 3 del Capítulo I de su Título I, manifestaban su deseo de que el presente Acuerdo inspirase los que pudieran concertarse en los ámbitos de negociación de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. De ahí, que el 6 de octubre de 1994 la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) firmase un protocolo de adhesión al ACT en el que se preveía la apertura de un proceso de negociaciones para adaptar su contenido a las especificidades propias de la Administración Local. Como resultado de estas negociaciones, el 8 de junio de 1995 las representaciones de la FEMP y de las organizaciones sindicales, Comisiones Obreras (CCOO), Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF) y Confederación Intersindical Gallega (CIG), suscribieron el “Acuerdo FEMP-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la función pública local para el período 1995-1997” (BOE de 30 de junio de 1995). En él las partes acordaban recomendar a las Administraciones Locales y a sus respectivas representaciones sindicales que considerasen su incorporación como Acuerdo propio a través del correspondiente acuerdo local. Pues bien, el Título II de este Acuerdo establecía que, teniendo en cuenta el Acuerdo suscrito entre Administración del Estado y los sindicatos, el incremento de retribuciones durante el año 1995 debía ser “igual al incremento del IPC previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio” (Capítulo II) y que las retribuciones de los empleados públicos locales para 1996-1997, debían experimentar “un incremento según lo previsto en el Acuerdo Administración-Sindicatos de 15 de septiembre de 1994” (Capítulo VI).

7. El diálogo social se desarrolló conforme a lo previsto en la LORAP y en el ACT hasta que hubo de determinarse el incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos correspondiente al año 1997. El día 19 de julio de 1996 tuvo lugar una reunión de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, en la que la representación de la Administración y los sindicatos dejaron constancia escrita de que el ACT debía seguir constituyendo el marco adecuado para el diálogo y concertación en el sector. En base a ello, y según consta en el acta de dicha reunión, se acordó: “Negociar en el seno de la Mesa General de Negociación en el mes de septiembre el incremento retributivo a incluir en el proyecto de ley de presupuestos generales del Estado para 1997, así como conocer y discutir los contenidos normativos que afecten a la Función Pública y que se vayan a recoger en las leyes correspondientes”.

Sin embargo, en la reunión de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado –citada con arreglo a lo dispuesto en la LORAP–, celebrada el día 19 de septiembre de 1996, el Ministro para las Administraciones Públicas inició la sesión “manifestando la voluntad del Gobierno de mantener el diálogo” y subrayando que el Gobierno se encuentra con que “asume la responsabilidad hace cinco meses y que tiene que pactar un presupuesto con diversas fuerzas políticas, con el horizonte europeo y con un año 1997 que es el decisivo para ello”. A continuación, comunicó a las organizaciones sindicales la decisión

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

de la Administración de no incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1997. Extremo que se reflejó en el Acta de dicha reunión, en la que el Secretario de Estado para la Administración Pública manifestó: “que la decisión de incremento salarial es cero y que no puede adelantar otra cosa”.

Dicha decisión encontró posterior reflejo en la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997. En efecto, el art. 17.Dos de esta disposición legal dispuso que con efectos de 1 de enero de 1997, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podían “experimentar variación con respecto a las del año 1996, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo”. Previsión que los arts. 18 y 19 de esta disposición legal reprodujeron para el personal del sector público estatal sometido a régimen administrativo y a régimen laboral, respectivamente.

Por lo demás, hay que subrayar que, según la copia del Acta del Congreso de los Diputados de fecha 9 de octubre de 1996, el Ministro para las Administraciones Públicas, ante la Interpelación Urgente sobre el incumplimiento por parte del Gobierno del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997, presentada el día 3 de octubre de 1996 por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso ante la Mesa del Congreso de los Diputados, manifestó lo siguiente: “En cuanto a la congelación, ha dicho usted que no nos hemos sentado a negociar. Probablemente tenga usted razón, aquí tengo que darle la razón, nosotros que hemos tenido, como usted sabe, muchas reuniones y muchas mesas abiertas con las organizaciones sindicales, una vez que el Gobierno elaboró los anteproyectos de Presupuestos Generales del Estado, llegamos a la conclusión de que no había, por las razones que he dicho, más solución que congelar los sueldos de los empleados y funcionarios públicos. Y nos pareció más sensato no estar –y perdón por la utilización de la expresión, que en cualquier caso, es muy clara– mareando la perdiz”.

III. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

8. Ante la actuación de la Administración del Estado, los sindicatos interpusieron diversos recursos contencioso-administrativos, a saber:

a) Por un lado, la Federación de Enseñanza de CCOO el 21 de octubre de 1996 interpuso recurso contencioso-administrati-

**EL ACUERDO
ADMINISTRACIÓN-
SINDICATOS PARA EL
PERÍODO 1995-1997 SOBRE
CONDICIONES DE TRABAJO
EN LA FUNCIÓN PÚBLICA
RECOGÍA LOS INCREMENTOS
DE LAS RETRIBUCIONES
DEL AÑO 1995 Y LAS
DIRECTRICES PARA DICHO
INCREMENTO DE LOS AÑOS
1996 Y 1997**

vo ante el Tribunal Supremo contra el acto manifestado por el Ministro para las Administraciones Públicas en la reunión de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, consistente en la imposición unilateral de la “congelación de las retribuciones” de los empleados públicos, y lo hizo ante el Tribunal Supremo por considerar que en la reunión el Ministro actuó por delegación del Gobierno⁷. Sin embargo, el Tribunal Supremo, mediante auto de 14 de mayo de 1997, se inhibió a favor de la Audiencia Nacional para el conocimiento del recurso interpuesto por la Federación de Enseñanza de CCOO, al considerar que el mismo no se dirigía contra una disposición, sino contra un acto del Ministro.

En el escrito de la demanda formulado por la representación de la Federación de Enseñanza de CCOO, se alegaban los siguientes fundamentos jurídicos:

– En primer lugar, que la decisión unilateral de no incrementar las retribuciones a los empleados públicos para el ejercicio 1997 supuso la anulación real del derecho de negociación colectiva reconocido en el ordenamiento español e invalidó el ACT. La representación del sindicato accionante sostenía que, aunque en el Capítulo VI del ACT no se cuantificaba la obligación salarial para 1997, la Administración convino en establecer un espacio de negociación con los sindicatos que pasaba por: incrementar –en alguna medida– los salarios de los empleados públicos para 1997, en relación con el IPC; condicionar ese incremento a determinadas magnitudes económicas; y concretar el incremento retributivo aplicable a través de la negociación colectiva. Ese espacio negocial no se respetó por el Gobierno, que decidió no incrementar los salarios de los empleados públicos para el año 1997, ignorando sus propios compromisos y ello a pesar de que todas las magnitudes económicas, que debían condicionar la subida salarial, se comportaron de forma favorable. De este modo, y partiendo de la base de que el ACT tenía eficacia de carácter inmediato, su vulneración supuso una infracción normativa directa de una norma jurídica que vinculaba en sus propios términos por ser material y formalmente una fuente de derecho de carácter convencional que disciplinaba las relaciones individuales y colectivas en el empleo público.

– En segundo lugar, que la Administración, con su comportamiento, produjo a los actores un gravísimo perjuicio tanto desde el punto de vista material, por cuanto provocó una enorme pérdida de credibilidad ante los empleados públicos, como desde el punto de vista moral, toda vez que su derecho fundamental a la negociación colectiva fue gravemente lesionado.

– En tercer lugar, que la Administración buscó de propósito mediante una “inopinada” imposición unilateral, eludir la negociación sobre las retribuciones de los empleados públicos, siendo ésta una materia de las que específicamente se recogen como de obligado cumplimiento en su negociación, infringiendo así no sólo los arts. 30 y siguientes

(7) En cuanto a las cuestiones procesales que planteaba este recurso contencioso-administrativo, véanse ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento de las retribuciones...”, cit., págs. 51 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., págs. 40 y ss., y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “Érase una vez...”, cit., págs. 39 y ss.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

de la LORAP, sino también el art. 37 de la Constitución al ser la negociación colectiva un derecho constitucionalmente reconocido.

En base a todo lo expuesto, se solicitaba a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que declarase “no ser conforme a derecho el acto impugnado, por ser constitutivo de una lesión al derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos reconocido en la Constitución y la Ley 7/1990, y una clara infracción de los Acuerdos Administración-Sindicatos de 15 de septiembre de 1994 y en consecuencia, y previa declaración del derecho de los empleados públicos a la negociación colectiva a través de sus representantes, conden[ase] a la Administración a abonar a todos y cada uno de aquellos a que alcanzó el acto impugnado la cuantía que les hubiera correspondido con arreglo al Acuerdo que, unilateralmente, ha sido violado; así como a una indemnización a las organizaciones sindicales actoras en concepto de daños morales producidos”.

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 7 de noviembre de 2000, estimó que el acto administrativo recurrido no se ajustaba a Derecho por las siguientes razones⁸:

– En primer lugar, porque la negativa del Ministro para las Administraciones Públicas a negociar el incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1997 vulneró los arts. 32, 33 y 34 de la LORAP, ya que según los mismos la Administración tenía la obligación de negociar dicho extremo y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe, aunque no tuviera la obligación de llegar a un acuerdo al respecto.

– En segundo lugar, porque la negativa a incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos en relación con el IPC previsto para el año 1997 en aplicación del Capítulo VI del Título II del ACT vulneró la vinculación legalmente establecida en el art. 35 de la LORAP. En efecto, a juicio de la Audiencia Nacional, el referido Capítulo establecía un incremento automático de las retribuciones de los funcionarios públicos conforme al IPC previsto para los años 1996 y 1997, y la obligación de negociar un mayor incremento. Además, el citado Tribunal sostuvo que dicho Acuerdo vinculaba y obligaba a la Administración del Estado, desde su aprobación por el Consejo de Ministros, por aplicación del art. 35 de la LORAP que atribuye fuerza vinculante a los Acuerdos expresa y formalmente aprobados por el órgano de gobierno correspondiente –respecto de los cuales no se reconoce a la Administración Pública un *ius variandi*–. Partiendo de estas premisas, la Audiencia Nacional, aun admitiendo que conforme a los arts. 66.2 y 134.1 de la CE la competencia originaria en materia presupuestaria corresponde al Gobierno y a las Cortes Generales, lo que impediría la vinculación de los Presupuestos Generales del Estado a pactos previos adoptados por la Administración con los representantes de los funcionarios públicos, subrayaba el hecho de que la aprobación de dichos Presupuestos no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa, sino que es “un acto del poder público”, por lo que tanto el Gobierno como las Cortes Generales en la elaboración y aprobación de los mismos se encuentran sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (art.

(8) El Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, D. Jose María Del Riego Valledor, al discrepar de la tesis mayoritaria respecto al alcance y eficacia de determinados extremos del ACT, formuló un voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional, entendiendo que el incremento de retribuciones para 1996 y 1997, previsto en el Capítulo VI del ACT, no tenía eficacia directa, ni podía por tanto reconocerse a los empleados públicos el derecho a percibirlo, por lo que el fallo de la sentencia debió desestimar las pretensiones de la parte recurrente.

9.1 CE); o lo que es lo mismo, “el Gobierno y las Cortes Generales, estas últimas en el ejercicio de potestades no legislativas, encuentran un límite en la potestad de ordenación del gasto público y por ello en la elaboración y aprobación de los Presupuestos cuando el Ordenamiento determina de forma vinculante un determinado gasto público” (FJ 4º).

En base a las consideraciones precedentes, la sentencia de la Audiencia Nacional declaró no ajustada a Derecho la Resolución impugnada y la anuló, declarando el derecho de los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación del ACT a percibir de manera automática el incremento en sus retribuciones (según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC en el año 1997, más las cantidades dejadas de percibir durante los años sucesivos como consecuencia de la inaplicación del señalado incremento), y ordenando a la Administración demandada a llevar a efecto en el menor plazo posible, negociaciones sobre el incremento retributivo previsto en el Capítulo VI del Título II del ACT con efectos al año 1996, momento en que dicha negociación debió producirse.

El abogado del Estado interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional basado, entre otros, en los siguientes motivos⁹: infracción de los arts. 32, 33 y 34 de la LORAP y 7 del Convenio núm. 151 de la OIT, en relación con el principio de buena fe en la negociación colectiva; infracción de las normas del ordenamiento jurídico por interpretación errónea del Capítulo VI del ACT, en relación con los arts. 28.1 y 103.3 de la CE y 32 y 35 de la LORAP; interpretación errónea de los arts. 66.2 y 134.1 de la CE en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como los arts. 24.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), y 35 de la LORAP; y violación de los arts. 9.3 de la CE, 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en relación con el artículo 17, números 2 y 5, de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1997 y con la jurisprudencia.

b) Por otro lado, la Federación Sindical de Administración Pública de Comisiones Obreras (FSAP-CCOO), la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT) y la Federación de Trabajadores de Enseñanza de UGT (FETE-UGT) interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra la actuación gubernamental y, en particular, el acto manifestado por el Ministro para las Administraciones Públicas, como representante del Gobierno, ante la Mesa General de Negociación consistente en la decisión sobre congelación en las retribuciones de los empleados públicos adoptada en la reunión de 19 de septiembre de 1996. La partes recurrentes solicitaban que se anulase el acto impugnado por ser constitutivo de lesión al derecho a la negociación colectiva de los empleos públicos reconocido en la CE y en la LORAP, por infracción del ACT y de la normativa internacional, y que se condenase a la Administración a que abonase a cada empleado público la cuantía que le correspondiera con arreglo al ACT.

(9) Dicho recurso se sustanció conforme a las prescripciones contenidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA 1998) (Disposición Final Tercera de la Ley 29/1998).

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

Además, la representación procesal de la UGT instaba una indemnización por los daños morales producidos.

IV. LAS CUESTIONES PROCESALES

9. Antes de examinar el fondo del asunto planteado en los recursos contencioso-administrativos, se ha de verificar si se daban o no los requisitos procesales para que los mismos fueran admisibles.

10. La representación procesal de la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras planteó una serie de cuestiones previas al análisis del recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000. En síntesis, dicha representación se oponía a la admisibilidad del recurso, por entender que el acto administrativo recurrido era una cuestión de personal. Ciertamente, en una inicial valoración, las pretensiones sobre la cuantía de los derechos económicos de los funcionarios públicos son cuestiones de personal. Por consiguiente, si nos atenemos a esta inicial valoración, como quiera que las mismas no afectan ni al nacimiento ni a la extinción de la relación funcional, la sentencia de la Audiencia Nacional no sería susceptible de recurso de casación, tal y como establece el art. 86.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa LJCA¹⁰. Y, de hecho, la STS de 25 de octubre de 1999, Ar. 8948, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por los sindicatos contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del Gobierno Vasco, de la petición de que se diera fiel y exacto cumplimiento a los Acuerdos suscritos entre las Organizaciones Sindicales y el Gobierno Vasco, y al compromiso asumido por la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca, en el marco de la negociación colectiva, a efectuar una serie de incrementos retributivos, afirma que “la materia controvertida constituye una cuestión de personal”, y que, por ello, el recurso de casación incurre en causa de inadmisibilidad.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, en la cuestión aquí planteada concurren las siguientes circunstancias (STS de 21 de marzo de 2002, FJ 3°):

“a) Se trata de impugnación de actuaciones que no tienen un alcance meramente individualizado por tener una pro-

**LA SENTENCIA DE LA
AUDIENCIA NACIONAL
CONSIDERÓ NO AJUSTADA
A DERECHO LA RESOLUCIÓN
DEL MINISTRO Y DECLARÓ
EL DERECHO DE LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS
A PERCIBIR DE MANERA
AUTOMÁTICA EL
INCREMENTO DE SUS
RETRIBUCIONES**

(10) En este sentido parece pronunciarse MARTÍN CONTRERAS, L., “Aspectos procesales...”, cit., págs. 3 y ss.

yección general que afecta a todos los funcionarios de una Administración Pública y esa actuación tiene carácter normativo.

b) Además, esa amplia proyección permite también apreciar que tales actuaciones exteriorizan las directrices de la política económica del poder público de que dimanar, y que por ello versan sobre una materia que no es sólo de personal.

c) Los Presupuestos Generales del Estado, en los que han de quedar fijadas las cuantías de las retribuciones de los funcionarios, son el instrumento por el que se realiza la coordinación de la planificación general de la actividad económica exclusiva del Estado y su eficacia no se limita sólo a la Administración General del Estado, sino que trasciende a otras Administraciones Públicas.

También la sentencia recurrida efectúa en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto unos razonamientos que exceden de lo que es propio de una cuestión de personal al sostener que el Gobierno y las Cortes Generales (estas últimas –se dice– en el ejercicio de potestades no legislativas) en la elaboración y aprobación de los presupuestos están limitados cuando el ordenamiento jurídico determina de forma vinculante el gasto público y la Administración está igualmente vinculada por el Acuerdo de 16 de septiembre de 1994, como consecuencia de la aplicación de la Ley 7/1990, en el sentido de que el artículo 35 de dicha Ley otorga eficacia vinculante a dichos Acuerdos y los artículos 33 y 34 obligan a negociar conforme a la buena fe, partiendo del automático reconocimiento del incremento de las retribuciones, según el crecimiento del IPC en el año 1997.”

Las anteriores consideraciones llevan al Tribunal Supremo a concluir que “no estamos ante una cuestión de personal” y, consiguientemente, a desestimar la oposición a la admisión del presente recurso. Sin embargo, tratándose de una pretensión sobre la cuantía de los derechos económicos de los funcionarios públicos, y como quiera que la sentencia de la Audiencia Nacional se limita a declarar nulo un mero acto administrativo, la misma no debería haber sido susceptible de casación al amparo del art. 86.3 de la Ley 29/1998¹¹. Por lo demás, aunque de la anulación de este acto, se hace derivar la aplicación del ACT al que expresamente se atribuye fuerza vinculante, el fallo no se apoya en su legalidad o ilegalidad, sino en la interpretación que del mismo se hace en el caso debatido, por lo que no puede considerarse admisible el recurso de casación al amparo del art. 86.3 de la Ley 29/1998. Y, pese a que, como señala el Tribunal Supremo, la impugnación de dicho acto tiene proyección general a todos los funcionarios públicos, tal circunstancia no puede justificar la casación. A este respecto, cabe subrayar que en la tramitación de lo que acabó siendo la Ley 29/1998 se intentó abrir el recurso a las cuestiones de personal cuando “la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de funcionarios públicos o de personal al servicio de las Administraciones Públicas, siempre que tal circunstancia de afectación general fuese notoria, o hubiese sido alegada y probada en el curso

(11) En este sentido, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La eficacia de la negociación...”, cit., págs. 34 y ss., para quien la sentencia de la Audiencia Nacional sólo podía ser objeto del recurso extraordinario de casación en interés de la ley.

del proceso, o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”. Pero, tal previsión no figura en la Ley¹².

Sin embargo, lo que sí es cierto es que, además, de una cuestión de personal también está en juego una cuestión de política general y de considerable trascendencia¹³. En efecto, como subraya la STC 63/1986, de 21 de mayo, el tope máximo global de incremento de la masa retributiva de los funcionarios públicos previsto en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, “aunque produzca un efecto directo sobre la cuantificación de los derechos económicos de los funcionarios, tiene un fundamento y una finalidad extraños a la relación de servicio, en cuanto constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de unos de los componentes esenciales del gasto público”¹⁴. Desde esta perspectiva, la casación sí es admisible, y ello a pesar de que el procedimiento seguido en la instancia ha sido el configurado como procedimiento de personal, pues, como señala el Tribunal Supremo, “el procedimiento seguido en la instancia es un dato intrascendente en orden a la admisión del recurso de casación, como ha dicho esta Sala en numerosas ocasiones, medie o no oposición al mismo por parte de la Administración demandada, ya que el sistema de recursos es materia de orden público procesal y lo trascendente es la naturaleza y alcance de la cuestión resuelta en la sentencia recurrida, que en este caso no es catalogable como cuestión de personal”¹⁵.

11. En cuanto al segundo recurso contencioso-administrativo, el Abogado del Estado señalaba en el escrito de conclusiones del recurso que “la manifestación del Ministro de las Administraciones Públicas en la reunión de 19 de septiembre de 1996, no puede considerarse acto susceptible de impugnación [artículo 82.c) de la LJCA] y la remisión a las Cortes del proyecto de ley pertinente es una actividad política que se manifiesta en el ejercicio de competencias del Gobierno como órgano constitucional”. En sentido contrario, el Tribunal Supremo afirma que existe “un núcleo de actividad política del Gobierno, entendido como representación orgánica y máxima del Poder Ejecutivo, fundamentalmente resultante del ejercicio de competencias que se le atribuyen constitucionalmente o que pertenece *per se* al ámbito del mencionado art. 97 de la Norma Fundamental, que se caracteriza por ser expresión del mayor grado de discrecionalidad y oportunidad y que es susceptible de fiscalización jurisdiccional por esta Sala en aquellos de sus elementos que

(12) MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., “Imperio de la Ley... (y II)”, cit., pág. 12.

(13) ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia...”, cit., págs. 602 y 603; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Retribuciones de los...”, cit., pág. 45; MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., “Imperio de la Ley... (y II)”, cit., pág. 13; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “Érase una vez...”, cit., pág. 33, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., pág. 75.

(14) En este mismo sentido se expresa el ATC 271/1997, de 15 de julio, que, precisamente, acordó la suspensión de los apartados 4 y 9 del art. 17 de la Ley del Parlamento Vasco 10/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para 1997, que superaban el límite retributivo impuesto en el art. 17.Dos de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre. También se pueden traer a colación las numerosas sentencias del Tribunal Constitucional que justifican tal medida tanto en el título competencial contenido en el art. 149.1.13 de la CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva para sentar las bases y coordinar la planificación general de la actividad económica, como en el principio de coordinación que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE). En este sentido, se expresan las SSTC 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 385/1993, de 23 de diciembre; 103/1997, de 20 de mayo, y la sentencia de 1 de marzo de 2001.

(15) En el mismo sentido, entre otras muchas, las SSTS de 22 de abril y 15 de diciembre de 1997, Ar. 3015 y 9550.

estén definidos legislativamente y tengan carácter reglado, máxime cuando lo que está en juego es el alcance de una obligación que tiene un claro contenido jurídico” (FJ 2º). Pues bien, a juicio del referido Tribunal, “esto sucede en este caso, ante el análisis de la actuación cuyo contenido objetivo está constituido por conceptos judicialmente asequibles, según se infiere de la fundamentación que alegan los recurrentes en apoyo de sus pretensiones impugnatorias y que decide el fondo del asunto, poseyendo sustantividad propia, pues la no valoración del mismo produciría indefensión a las partes recurrentes, como recuerdan las sentencias de esta Sala de 18 de junio de 1997 y 3 de julio de 2000” (FJ 2º).

V. LA CUESTIÓN DE FONDO

12. En lo que respecta al fondo del asunto, el Tribunal Supremo considera, de un lado, que la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación de 1996, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe, y, de otro, que el ACT vino a establecer para los ejercicios 1996 y 1997, no un aumento automático de las retribuciones de los empleados públicos, sino unas orientaciones o directrices que habían de presidir oportunamente la negociación de unos eventuales incrementos retributivos.

1. El deber de negociar el incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos

13. A juicio del Tribunal Supremo, “es cierto que existe obligación de negociar sobre el incremento de las retribuciones de los empleados públicos, como resulta del artículo 32, en relación con el artículo 34, de la Ley 9/1987, pero adviértase que el apartado a) del artículo 32 refiere la negociación al incremento de las retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que ‘proceda’ incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, por lo que la negociación de esta materia no tiene necesariamente que desembocar en la consecución de un aumento de las retribuciones” (FFJJ 12º y 5º)¹⁶. A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta los antecedentes de hecho, el

(16) De acuerdo con el art. 32.a) de la LORAP “serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública”, entre otras materias, “el incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local”. La forma imperativa empleada por el art. 32 de la LORAP (“serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública las siguientes materias...”), determina el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el Acuerdo alcanzado la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la correspondiente Administración (SSTS de 10 de noviembre de 1994, Ar. 9040, 18 de octubre de 1995, Ar. 7566, 29 de mayo de 1997, Ar. 4534 y 14 de abril de 2000, Ar. 4823). Carácter que queda de manifiesto al poner en relación el art. 32.a) de la LORAP con el art. 34.1 de la misma, ya que éste excluye expresamente de la “obligatoriedad de la negociación” una serie de materias (SSTS de 18 de octubre de 1995, Ar. 7566 y 14 de abril de 2000, Ar. 4823), entre las que no se incluyen las de índole económica (STS de 14 de abril de 2000, Ar. 4823). A mayor abundamiento, el art. 37.2 de la LORAP sujeta la potestad de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a un doble condicionamiento, que no se haya producido acuerdo en la negociación o que el Acuerdo alcanzado en la Mesa de negociación no sea aprobado expresa y formalmente por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración, lo que “presupone por definición la existencia previa de una negociación, real o intentada” (STS de 10 de noviembre de 1994, Ar. 9040). De todo ello se desprende la existencia de “una reserva desde la Ley para la negociación respecto a las materias enunciadas” en el art. 32 de la LORAP, con la consiguiente limitación a la posibilidad de que su ordenación pueda realizarse unilateralmente por la Administración sin haberse intentado previamente su negociación (STS de 16 de noviembre de 1995, Ar. 8791); limitación que opera

Tribunal Supremo afirma que “hubo negociación en la que estuvo presente el Acuerdo de 15 de septiembre de 1994, así como los aspectos salariales y normativos del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, puntos que figuran en el orden del día de las reuniones de la Mesa General de Negociación de 19 de julio y 19 de septiembre de 1996, como resulta del expediente administrativo, negociación a la que se refiere el Abogado del Estado en el tercero de los motivos de casación y de la que ya se hizo eco al contestar a la demanda, en la que estuvo presente la necesidad de lograr la convergencia en el seno de la Unión Europea” y “otra cosa es que la Sala de instancia, como consecuencia de la errónea interpretación efectuada del Capítulo VI del citado Acuerdo, no tomara en consideración el proceso negociador abierto en 1996” (FJ 12º). En base a todo lo anterior, se concluye que “la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe” y que “lo ocurrido fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el artículo 37.2 de la Ley 9/1987, en relación con el artículo 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para decir que corresponde al Gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación”. En definitiva, a juicio del Tribunal Supremo, “existió un esfuerzo para alcanzar un acuerdo (art. 7 del Convenio OIT núm. 151) y se negoció reconociendo el papel central que el constitucionalismo del Estado social otorga a los Sindicatos y a los mecanismos de participación en la fijación de las condiciones del empleo público” (FFJJ 12º y 5º).

14. Sin embargo, a nuestro parecer, la Audiencia Nacional acertaba al sostener que el Ministro para las Administraciones Públicas, al imponer unilateralmente la “congelación de las retribuciones de los empleados públicos” incumplió su obligación de negociar y de hacerlo, además, de buena fe¹⁷. Ciertamente, este Ministro,

respecto de la actividad normativa de la Administración en su más amplio sentido, tanto la potestad reglamentaria como la función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos, o bien función legislativa delegada.

Ahora bien, el deber de negociar y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo, y prueba de ello es la expresa previsión legal de mecanismos para suplir los fracasos de la negociación colectiva (SSTS de 13 de abril de 1998, Ar. 4614, 4615, 4616, 4617, 4618, 4619 y 4620, 4 de mayo de 1998, Ar. 4835, 9 de febrero de 1999, Ar. 2068, 1 de marzo de 1999, Ar. 2736, 26 de marzo de 1999, Ar. 3736 y 30 de marzo de 1999, Ar. 3268). Lo que, a juicio del Tribunal Supremo, determina que la Administración no esté “obligada a mantener la negociación con carácter indefinido, puesto que en última instancia a ella compete tomar o promover las decisiones precisas para dar satisfacción a los intereses generales” (STS de 6 de junio de 1995, Ar. 4874).

(17) En este sentido, ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., pág. 28; GALLEGO ANABITARTE, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional...”, cit., pág. 3; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., págs. 44 y 45; MARTÍN CONTRERAS, L., “Aspectos procesales...”, cit., pág. 2; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La eficacia de la negociación...”, cit., págs. 19 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., pág. 74, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 60 y 61.

SEGÚN EL TS EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 9.3 CE IMPIDE QUE LOS INCREMENTOS RETRIBUTIVOS ALCANZADOS MEDIANTE PACTO O CONVENIO PREVAZCAN SOBRE LAS CONCRETAS DETERMINACIONES CONTENIDAS EN NORMAS CON RANGO DE LEY

una vez el Gobierno hubo llegado a la conclusión de que para sanear la economía española a efectos de convergencia europea no había más solución que congelar los sueldos de los empleados públicos, no estaba obligado a aceptar las propuestas de las centrales sindicales ni a llegar a un acuerdo. Sin embargo, y aun cuando tampoco debía simular que negociaba si el Gobierno no estaba dispuesto a incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos, sí estaba obligado a realizar un intento serio y razonado de llegar a un acuerdo sobre este extremo de la negociación colectiva, cosa que no hizo, por cuanto que en la reunión de la Mesa General de Negociación, celebrada el 19 de septiembre de 1996, se limitó a comunicar a los sindicatos la decisión de la Administración del Estado de congelar las retribuciones de los empleados públicos. El que el 19 de julio de ese mismo año hubiera tenido lugar otra reunión de la Mesa General de Negociación no invalida esta conclusión, pues en la misma la representación de la Administración acordó que el ACT debía seguir constituyendo el marco de referencia para el diálogo social y que en el mes de septiembre se negociaría el incremento retributivo a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. Antes al contrario, la Administración, al variar su criterio en orden a esta cuestión en el mes de septiembre, cuando le urgía presentar dicho Proyecto en el que debían verse las retribuciones de los funcionarios, impidió que la negociación pudiera desarrollarse adecuadamente y por un tiempo prudencial y suficiente, y anuló cualquier posibilidad de que los sindicatos pudieran utilizar sus medios de presión negocial. Y prueba del indicado incumplimiento son las manifestaciones vertidas por el reseñado Ministro el 9 de octubre de 1996 en el Congreso de Diputados, en las que reconocía que la representación de la Administración no se había sentado a negociar porque, una vez que el Gobierno elaboró los anteproyectos de Presupuestos Generales del Estado, se llegó a la conclusión de que no había más solución que congelar los sueldos de los empleados públicos y que lo más sensato era “no estar (...) mareando la perdiz”.

2. El contenido y la eficacia del Acuerdo de 15 de septiembre de 1994

15. El Tribunal Supremo afirma que el Capítulo VI del Título II del ACT no establecía un incremento automático de las retribuciones de los funcionarios públicos para los años 1996 y 1997 y la obligación de negociar incrementos superiores al señalado en atención a los factores establecidos en el propio Acuerdo, sino tan sólo la obligación de negociar dicho incremento conforme a las previsiones presupuestarias del crecimiento del IPC para dichos ejercicios y una serie de variables (grado de cumplimiento de los compromisos y previsiones sobre los que se hubiera basado el incremento retributivo del ejercicio anterior, previsión del crecimiento económico, valoración del aumento de productividad, etc.)¹⁸. En

(18) En este sentido se expresan DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., “El control judicial...”, cit., pág. 28; GALLEGO ANABITARTE, A., “La Sentencia de la Audiencia...”, cit., pág. 3; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., págs. 52 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Retribuciones de los...”, cit., págs. 49 y 50; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., págs. 57 y ss., y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 62 y ss.

En sentido contrario, ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., págs. 28 y ss., y ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia...”, cit., págs. 579 y ss.

Por su parte, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La eficacia de la negociación...”, cit., págs. 23 y 24, sostiene que el vocablo “experimentarán” excluye cualquier posibilidad de que no se produzca incremento alguno y que la cuantía del mismo queda supeditada a ulterior negociación.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

este sentido, afirma que de la comparación de los textos de los Capítulos II y VI del ACT se infiere que “se quiso establecer un tratamiento diferenciado para los incrementos retributivos del año 1995, de un lado, y de los años 1996 y 1997, de otro”, ya que “mientras que para 1995 se acordó un incremento de las retribuciones igual al incremento del IPC previsto en el Proyecto de Presupuestos para dicho ejercicio, y se acordó también que se incluyera en el correspondiente Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el bienio 1996-1997 sólo se establecieron unos criterios orientadores, entre ellos, la previsión presupuestaria de crecimiento del IPC para dichos ejercicios” (FFJJ 10º y 4º). A mayor abundamiento, se señala que “ya en la Introducción (punto 6) del Acuerdo se distingue entre ‘el incremento salarial para 1995’ de las ‘premisas y métodos para negociar los incrementos salariales en el período 1995-1997’, distinción que está igualmente presente, como se ha visto, en los Capítulos II y VI pues mientras que en el primero se habla de un incremento de las retribuciones ‘igual’ al incremento del IPC previsto en el Proyecto de Presupuestos para 1995, para los ejercicios 1996 y 1997 el Capítulo VI, en cambio, lo que dice es que las retribuciones experimentarán un incremento ‘según’ la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios y teniendo en cuenta además otras variables a que antes se ha hecho mención, con lo que se vino a establecer, no un aumento automático de las retribuciones de los empleados públicos, sino unas orientaciones o directrices que habían de presidir oportunamente la negociación de unos eventuales incrementos retributivos” (FFJJ 10º y 4º).

Planteamiento que se refuerza a partir de la interpretación sistemática de los Capítulos VI y II del Título II del ACT. En efecto, a la hora de establecer el incremento que han de experimentar las retribuciones de los empleados públicos, no basta con fijar el incremento retributivo global, sino que, además, ha de determinarse cómo repercute dicho incremento sobre los diferentes conceptos retributivos de los empleados públicos. Pues bien, mientras el Capítulo II del Título II del ACT disponía que el incremento de retribuciones para 1995 “se aplicará al personal funcionario y estatutario de forma proporcional sobre todos los conceptos retributivos de carácter fijo y periódico y sobre los créditos que financien los incentivos al rendimiento” y que “para el personal laboral el incremento retributivo se aplicará sobre la masa salarial correspondiente”; el Capítulo VI del Título II del indicado Acuerdo, en su apartado 2, en cambio, se limitaba a señalar que “la aplicación de los incrementos retributivos será objeto de negociación entre Administración y Sindicatos”. Lo que, además, de no permitir cuantificar de momento cuál sería en definitiva el incremento que habían de experimentar las retribuciones de cada empleado público para dichos años de 1996 y 1997, refuerza la idea de que todavía no se había llegado a ningún acuerdo definitivo sobre el incremento global de dichas retribuciones, al tener que continuar la negociación.

Se trataba, por consiguiente, de una norma programática o, a lo más, de carácter obligacional para los firmantes del Acuerdo¹⁹. Lo que, a juicio del Tribunal Supremo, queda “corroborado por el carácter anual que, en armonía con el mandato del artículo 134.2 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley 9/1987 atribuye especialmente a la negociación en esta materia, al referirse en su apartado a) al incremento en las retribuciones de

(19) DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., “El control judicial...”, cit., pág. 28, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., pág. 63.

los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el ‘Proyecto de Presupuestos de cada año’ (FFJJ 5º y 11º). Efectivamente, las partes negociadoras no pueden programar retribuciones para dos o más años, ya que este supuesto no es reconducible a ninguno de aquellos en los que el art. 61 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP), admite la posibilidad de que se adquieran compromisos de gasto que hayan de extenderse a ejercicios posteriores. De ahí, precisamente, que la LORAP imponga la negociación anual del incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos a fin de acompasar la negociación a la dinámica generada por la aprobación de las normas presupuestarias²⁰.

El Tribunal Supremo concluye que “podía acordarse y se acordó para 1995 un incremento de las retribuciones de los empleados públicos en los términos que establece el Capítulo II del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, pero no podía acordarse en ese año, y efectivamente no se acordó, un incremento automático de las retribuciones de aquéllos, carácter anual que el artículo 33 de la Ley 9/1987 atribuye al proceso negociador en todas las materias relacionadas en el artículo 32 y especialmente el apartado a) de éste a la negociación de los incrementos retributivos” (FFJJ 5º y 11º). Por consiguiente, la sentencia de la Audiencia Nacional “yerra (...) al atribuir al Capítulo VI del Acuerdo de 1994 unas consecuencias jurídicas que no pueden obtenerse del mismo”, pues “ni se acordó en él un incremento automático de las retribuciones de los empleados públicos conforme al IPC para el año 1997 (tampoco para 1996) ni se estableció la obligación de negociar un mayor incremento atendiendo a otros factores, sino que el acuerdo logrado en 1994 quedó limitado, como no podía ser de otro modo, a hacer explícitas unas directrices, unos criterios orientadores, entre ellos, la previsión presupuestaria del incremento del IPC para dichos ejercicios, que en 1994 eran desconocidos” (FJ 11º). Y, en todo caso, aun en la hipótesis de que la Administración en el ACT hubiese convenido un espacio de negociación con los sindicatos que pasaba por incrementar en alguna medida las retribuciones de los funcionarios públicos, como quiera que más tarde no se produjo dicha negociación, no puede sostenerse, como se hacía en la sentencia de la Audiencia Nacional, la existencia de un acuerdo de voluntades vinculantes (STS de 7 de junio de 1991, Ar. 5138). Como pone de manifiesto la SAN de 16 de septiembre de 1994, Ar. 4647, “el compromiso de las partes a negociar, y eso supone una actividad encaminada, con propósito de buena fe, a lograr un pacto en tal sentido, pero en ningún caso sería lícito imponer a una parte otra obligación de signo diferente o de más amplio alcance, como pudiera ser la de asumir y suscribir las propuestas de los otros interesados, esto es, la obligación contraída se refiere exclusivamente a la actividad negociadora, pero no implica la de llegar ineludiblemente a un acuerdo mutuo”.

(20) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, RL, núm. 19, 1990, pág. 96; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 329 y 413; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, págs. 229 y ss., y PALOMAR OLMEDA, A., “Apunte sobre la negociación...”, cit., págs. 2 y 3.

En opinión de ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., pág. 20, el carácter anual no se predica aquí de la negociación, sino de las leyes presupuestarias, señalándose así que los posibles acuerdos plurianuales no podrán ser incorporados, como es claro, sino a través de las respectivas leyes de presupuestos de cada año.

16. Sin embargo, aun admitiendo, a efectos meramente dialécticos, que el ACT establecía un incremento automático de las retribuciones de los funcionarios públicos para los años 1996 y 1997, y siendo cierto, como subrayaba la sentencia de la Audiencia Nacional, que una obligación puede nacer válidamente aunque no haya crédito presupuestario y ser plenamente vinculante para la Administración²¹, dicho incremento no sería de aplicación directa al no ser recogido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Y ello es así, como subraya el Tribunal Supremo, por las siguientes razones (FJ 16º):

“a) Porque la Ley de Presupuestos es una verdadera Ley, de acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 27/1981, 76/1992, 203/1998 y 62/2001), siendo erróneo sostener, como hace la sentencia recurrida, que la aprobación de los Presupuestos no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa. El artículo 66.2 de la Constitución, que se invoca por la Sala de instancia, no tiene otro alcance que recalcar la singularidad de la Ley de Presupuestos como competencia específica de las Cortes, desdoblada de la genérica potestad legislativa.”

La sentencia de la Audiencia Nacional afirmaba que “las Cortes Generales al aprobar el gasto público lo hacen con sometimiento a las Leyes por las mismas aprobadas, y ello porque tal acto no es más que la determinación de la finalidad que ha de aplicarse a lo ingresado por el Erario, realizado al margen de la potestad legislativa, y que como acto del poder público, se encuentra sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico –artículo 9.1 de la Constitución–” y, de ahí, que “el Gobierno, en su elaboración de los Presupuestos, ha de respetar igualmente el Ordenamiento” (FJ 4º). Con estas palabras la Audiencia Nacional parecía resucitar la vieja tesis de que los Presupuestos son una ley meramente formal, que sólo por su aprobación puede calificarse como ley, pero sin que su contenido responda al prototipo de normas, al

EL TS CONSIDERA QUE EXISTE UNA CLARA JUSTIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA NEGOCIAL POR EL PAPEL REAL QUE JUEGA EL PRESUPUESTO COMO INSTRUMENTO BÁSICO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL DEL ESTADO Y COMO DIRECTOR DE LA POLÍTICA GENERAL

(21) A este respecto, resulta crucial la distinción entre la fuente jurídica del gasto –normalmente la Ley de Presupuestos– y la de las obligaciones del Estado. Como subrayan las SSTC 63/1986, de 21 de mayo, y 294/1994, de 7 de noviembre, “los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones”. Las fuentes de éstas “deben buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la Ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que, según Derecho, las generen, tal como señala el art. 42 de la Ley General Presupuestaria”. La posición, privilegiada frente a los demás deudores, de que goza la Administración como consecuencia de su sometimiento al principio de legalidad presupuestaria y al régimen de Presupuesto público establecido constitucionalmente (arts. 133.4 y 134 CE), como subraya el Tribunal Constitucional, “no permite en ningún caso el desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias siempre y cuando se hayan contraído de acuerdo con las Leyes”.

de las denominadas, por su contraposición, leyes materiales. Sin embargo, esta tesis puede considerarse superada en el Derecho positivo español²². A este respecto, el Tribunal Constitucional tiene dicho que la Ley de Presupuestos Generales del Estado “se configura como una verdadera Ley”, cuya peculiaridad consiste en que el ejercicio del poder legislativo por las Cortes Generales está condicionado en estos casos por las disposiciones contenidas en los apartados 1, 6 y 7 del art. 134 de la CE y en las restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria por los Reglamentos de las Cámaras (SSTC 27/1981, de 20 de julio; 76/1992, de 14 de mayo; 16/1996, de 1 de febrero, y 203/1998, de 15 de octubre). Además, debe hacerse hincapié en la circunstancia de que las previsiones presupuestarias que fijan el incremento general de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas no constituyen una mera “habilitación de gastos”, sino auténticas “disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria estatal” (SSTC 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre, y 32/2000, de 3 de febrero). A mayor abundamiento, tales previsiones constituyen normas básicas del régimen estatutario de los funcionarios públicos dictadas al amparo del art. 149.1.18 de la CE (SSTC 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre, y 385/1993, de 23 de diciembre)²³.

“b) Porque la cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos (artículo 24.2 de la Ley 30/1984).”

En efecto, como subraya la segunda de las sentencias del Tribunal Supremo, “en materia de función pública juega el principio de reserva de ley, según lo que establece el artículo 103.3 de la Constitución, y es evidente que el régimen retributivo forma parte del estatuto funcional” (FJ 7º). Además, el art. 134.2 de la Constitución establece que los Presupuestos Generales del Estado “incluirán la totalidad de los gastos (...) del sector público estatal (...)” y, entre ellos, los del personal al servicio de la Administración esta-

(22) En este mismo sentido, GALLEGO ANABITARTE, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional...”, cit., pág. 3, y MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., “Imperio de la Ley... (y II)”, cit., págs. 2 y ss.

(23) En efecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que “no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de la prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado tope máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos” (SSTC 63/1986, de 21 de mayo, y 171/1996, de 30 de octubre). Es más, el citado Tribunal ha venido a reconocer que esta actuación estatal encuentra su apoyo no sólo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13 CE), como medida “dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público”, sino que “la competencia estatal invocada, en primer lugar (ex art. 149.1.18 CE), para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios, puede extenderse a incluir en ella previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios, comunes a todas las Administraciones Públicas, lo que, a su vez, hallaría fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad” (SSTC 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre, y 385/1993, de 23 de diciembre). Así, aun cuando el Tribunal Constitucional, al referirse al art. 2 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, donde se extendían las limitaciones establecidas en dicho precepto, en relación con el aumento de las retribuciones, al personal que se halla al servicio de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos de ellas dependientes, lo caracteriza como “una simple medida coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo” (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11º), lo cierto es que estos límites vienen reiterándose desde entonces en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Hay que advertir, sin embargo, que recientemente el Tribunal Constitucional ha cambiado de criterio. En efecto, la STC 62/2001, de 1 de marzo, afirma que el art. 149.1.18 CE “no respalda la competencia del Estado para fijar límites o tope máximos, de carácter global, a los incrementos retributivos del personal al servicio de las Administraciones públicas, que encuentra apoyo constitucional, en la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), así como en el principio de coordinación con la Hacienda estatal que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE)”.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

tal y de sus Organismos Autónomos. A mayor abundamiento, el art. 24.2 de la LMRFP determina que “la cuantía de las retribuciones básicas, de los complementos de destino asignados a cada puesto de trabajo y de los complementos específicos y de productividad, en su caso, deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los Presupuestos de las demás Administraciones Públicas”. Lo que significa que la Ley de Presupuestos Generales del Estado ha de determinar la cuantía de los conceptos vinculados al grupo (sueldos, trienios y pagas extraordinarias) y de los complementos de destino asignados a cada puesto de trabajo, y la cuantía global destinada a la asignación de las retribuciones complementarias (complementos específicos y de productividad)²⁴. De este modo, si estas cuantías deben venir reflejadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, es evidente que el monto global de las retribuciones de los funcionarios públicos también viene predeterminado por esta disposición legal. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, que la competencia estatal para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE) puede extenderse a incluir en ella “previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios, comunes a todas las Administraciones Públicas”, como el incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos (SSTC 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre, y 385/1993, de 23 de diciembre)²⁵. Pues bien, el art. 154.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), dispone que “la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año fijará los límites al incremento de las retribuciones o gastos de personal de las Corporaciones Locales.”

“c) Como consecuencia, y siempre en la hipótesis en que nos hemos situado, el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994 no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo, como se desprende del examen de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987”.

En efecto, aunque la Ley 7/1990, que amplió el espacio de la negociación colectiva incluyendo en el mismo las materias reservadas a la ley, no modificó el art. 35 de la LORAP, por el que se atribuye eficacia jurídico-normativa a los Acuerdos expresa y formalmente aprobados por el órgano de gobierno correspondiente, este precepto debe ser interpretado a la luz del conjunto de esta disposición legal²⁶. Y, a este respecto, debe señalarse que la inclusión de las materias enumeradas en el art. 32 de la LORAP en el ámbito de la negociación colectiva está limitada por el contenido de las potestades normativas del

(24) Hay que subrayar, además, que el art. 23.3.c) de la LMRFP determina en relación con el complemento de productividad que “su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano que se determinará en la Ley de Presupuestos”.

(25) Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha cambiado de criterio en su Sentencia 62/2001, de 1 de marzo. Cfr. cita núm. 23.

(26) Esta regulación legal, además de insuficiente, es fuente de graves conflictos de interpretación por la confusión de planos en que incurre. La solución de este problema, como señala SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales...”, cit., págs. 533 y 534, pasa por la necesaria distinción legal entre negociación política y negociación jurídica con indicación de sus respectivos espacios y eficacias, tal y como hacía el “Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto de la Función Pública”. Sobre las reformas proyectadas por éste en este punto, véase ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico de la función pública”, AL, núm. 33, 1998.

órgano administrativo correspondiente (SSTS de 16 de noviembre de 1994, Ar. 555, 16 de junio de 1995, AL, núm. 1/1996, y 4 de diciembre de 1995, Ar. 1564)²⁷. En efecto, tales materias serán objeto de negociación, como subraya el propio art. 32, “en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública”, lo que reitera el párrafo segundo del art. 35 cuando dispone que “los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que los suscriba”, y el párrafo tercero del mismo artículo en el que se establece que “los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales”. De este modo, como subraya la STS de 7 de noviembre de 1995, Ar. 8173, la Administración Pública está “legalmente habilitada para efectuar acuerdos y pactos con tal de que se refieran a su competencia, y sin perjuicio de que las concretas extralimitaciones que puedan apreciarse deban ser declaradas ilegales y dejadas sin efecto”²⁸. Y, a este respecto, debe recordarse que el art. 51.1 de la LRJAP obliga a la Administración Pública a respetar la reserva de ley, al determinar que “las disposiciones administrativas no podrán (...) regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”²⁹. De este modo, como la Administración Pública no puede regular las materias reservadas a la ley, éstas tampoco pueden decidirse mediante Acuerdos o Pactos³⁰. En supuestos como el que nos ocupa lo que se negocia es el contenido de los Proyectos de Ley³¹, de forma que la eficacia obligacional del Acuerdo se refleja en el deber del Gobierno de presentar ante el Parlamento un Proyecto de Ley redactado en términos consonantes con lo pactado. De este forma, y como ejemplifica, el apartado a) del art. 32 de la LORAP, lo que las partes negocian es el incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos “que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año”. En este sentido, la STS de 15 de septiembre de 1999, Ar. 3197, afirma que “se ha de partir (...) de la constatación general de que los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos, no tienen, como sí sucede en el caso de los trabajadores (utilizando este término en sentido jurídico estricto), carácter de mínimos mejorables, sino de condiciones legales o regla-

(27) GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 311 y 312; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., págs. 261 y ss., y ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 262 y ss.

(28) Idea en la que insisten las SSTS de 4 de diciembre de 1995, Ar. 1564, 10 de febrero de 1997, Ar. 1409, 30 de junio de 1997, Ar. 6138, 22 de diciembre de 1998, Ar. 315, 20 de enero de 1998, Ar. 1419 y 9 de junio de 1999, Ar. 1466.

(29) Cfr. art. 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

(30) GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., pág. 312; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 264, y ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 265.

Un planteamiento crítico sobre esta cuestión en ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., págs. 22 y 23.

(31) DEL REY GUANTER, S., “La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública”, RL, núm. 11, 1991, pág. 12; GARCÍA MURCIA, J., “Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos”, RTSS, núm. 11, 1993, pág. 159; KONINCKX FRASQUET, “Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/1990. Control judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 588, 1993, pág. 8.129; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 308 y ss., y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, págs. 229 y ss.

mentarias fijas (reforzadas en muchas ocasiones por el carácter básico de la normativa) no alterables por medio de la negociación colectiva, sin perjuicio de que legalmente pueda establecerse la necesidad de la misma como requisito previo a la elaboración de las disposiciones de rango legal o reglamentario que regulen estas cuestiones” y “que éste es el sentido de la negociación en los casos en que la materia se encuentra reservada a la ley lo demuestra, por ejemplo, el artículo 32.j) de la Ley 9/1987”.

En apoyo de la tesis que se mantiene, se puede traer a colación el “Acuerdo Administración-Sindicatos sobre la ordenación de la negociación de los convenios colectivos de la Administración del Estado”, suscrito en base al ACT. Este llamado Acuerdo “era en realidad, a la vez un convenio colectivo marco y sobre materias concretas, de naturaleza estatutaria y pactado en relación con el personal laboral” (STS de 16 de julio de 1998, Ar. 7021). En él se previó la ordenación para la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en relación con determinadas materias respecto de algunas de las cuales se acordó su aplicación directa. Pues bien, el Capítulo X del Título III de este Acuerdo relativo al “Incremento de retribuciones para 1996 y 1997”, que reproducía literalmente el contenido del Capítulo VI del Título II del ACT, no se encontraba entre los que eran de aplicación directa. Y, en este sentido, debe tenerse en cuenta la STS de 16 de julio de 1998, Ar. 7021, en la que se afirma que “este Acuerdo de 1995 que, de acuerdo con lo dispuesto en su Capítulo II tenía la condición de convenio colectivo y por ello de carácter vinculante para la mayor parte de sus previsiones, excluyó de la aplicación directa del mismo, entre otros, el contenido del precitado Capítulo XIII que por lo tanto quedó como una norma programática o, a lo más, de carácter obligatorio para los firmantes del mismo, sin la fuerza de Convenio Colectivo que sí que tenía respecto de otras materias”.

En definitiva, los Acuerdos que, como el ACT, versan sobre materias reservadas material o formalmente a la Ley, una vez son aprobados por el Consejo de Ministros, obligan a éste a presentar a las Cortes Generales un Proyecto de Ley acorde con lo pactado³², aunque, obviamente, estas últimas, como subra-

**“LA ADMINISTRACIÓN
DESATENDIÓ LAS
EXIGENCIAS DEL DEBER DE
NEGOCIAR Y DE LA BUENA
FE CONTRACTUAL, POR LO
QUE CABE LA POSIBILIDAD
DE QUE HUBIERA
VULNERADO UN DERECHO
FUNDAMENTAL RECURRIBLE
EN AMPARO ANTE EL TC”**

(32) En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., págs. 18 y 19; ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia...”, cit., pág. 598; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., pág. 49; MARTÍN CONTRERAS, L., “Aspectos procesales...”, cit., pág. 2; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La eficacia de la negociación...”, cit., pág. 26; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., pág. 58, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., pág. 50.

ya el Tribunal Supremo, no están vinculadas por dichos Acuerdos, pudiendo aprobarlos, modificarlos o rechazarlos³³. Idea en la que insiste el Tribunal Supremo al afirmar que “no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos sucritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora, a tenor del artículo 134.1 de la Constitución, en el ejercicio de una función o competencia específica derivada de la genérica potestad legislativa, amparada en el artículo 66.2 de la Constitución y no de una potestad no legislativa, como se señala en la sentencia impugnada, el articulado de la ley que los aprueba y su contenido adquiere fuerza de ley y a esta ley ha de someterse la voluntad negocial extraída de los acuerdos que se contienen en el Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, frente al criterio que tales Acuerdos prevalecen sobre la Ley de Presupuestos, como sostiene la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000” (FJ 15º).

Ahora bien, de admitirse que el ACT establecía un incremento automático de las retribuciones de los funcionarios públicos para los años 1996 y 1997, el Gobierno, al remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 1997, en el que no se consignaba ningún incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos, habría vulnerado lo dispuesto en la LORAP. Sin embargo, como la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 tenía la misma fuerza de ley y el mismo rango que la LORAP, su validez no habría quedado afectada³⁴.

En sentido contrario, PALOMAR OLMEDA, A., “Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/1990, de 19 de julio)”, AA, núm. 23, 1991, pág. 301, quien subraya el escaso valor práctico del Acuerdo que puede ser desconocido por el propio Gobierno. En la misma línea, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 263, ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 383, y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de negociación...”, cit., pág. 857.

(33) Y ello es debido a que constitucionalmente la Administración no puede disponer sobre la competencia legislativa. La del Estado corresponde a las Cortes Generales (art. 66 CE), siendo una competencia propia que no es susceptible de delegación ni de transacción. En este sentido, el art. 88.1 de la LRJAP establece que los acuerdos o pactos no pueden versar “sobre materias no susceptibles de transacción”. En esta línea, se expresan PALOMAR OLMEDA, A., “Comentarios a la Ley...”, cit., pág. 301; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pág. 309; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 263; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 255; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, págs. 229 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de negociación...”, cit., pág. 857; ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia...”, cit., pág. 598; GALLEGO ANABITARTE, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional...”, cit., pág. 3; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., págs. 54 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Retribuciones de los...”, cit., pág. 49; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., pág. 58, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., pág. 50.

En sentido contrario, aunque no de modo concluyente, se expresan ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., pág. 26, y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La eficacia de la negociación...”, cit., págs. 30 y ss.

(34) En parecidos términos se expresan ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia...”, cit., pág. 595, y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Retribuciones de los...”, cit., pág. 49. En sentido contrario, ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., págs. 25 y ss., y MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial...”, cit., págs. 62 y 63.

Ahora bien, como señala ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., pág. 25, dicho incumplimiento puede generar una acción en reclamación de responsabilidad a la Administración por omisión de una conducta exigible. En parecidos términos se expresan MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., pág. 77, y MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial...”, cit., págs. 68 y ss.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

17. Además, no puede olvidarse que a los Acuerdos y Pactos se les aplica el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 51 LRJAP). En la jerarquía de las fuentes, éstos están subordinados, al igual que los convenios colectivos, a las normas con rango de ley³⁵. Por consiguiente, si fuera cierto lo que afirmaba la sentencia de la Audiencia Nacional, y hubiera que admitir que el ACT contenía un incremento automático de las retribuciones de los funcionarios públicos para 1997 igual al incremento del IPC previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año, lo estipulado en tal Acuerdo habría quedado totalmente anulado y sin eficacia en razón a lo dispuesto en los arts. 17, 18 y 19 de la Ley 12/1996 (SSTS de 19 de abril de 1991, Ar. 6238 y 14 de enero de 1992, Ar. 988)³⁶. Así lo viene a reconocer la STC 62/2001, de 1 de marzo, dictada a propósito de un Acuerdo recaído en la Mesa General de Negociación de Funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón y de un Acuerdo suscrito entre la Diputación General de Aragón y las organizaciones sindicales UGT, CCOO y CEMSATSE, ambos concluidos con arreglo a lo dispuesto en la LORAP. Pues bien, el Alto Tribunal afirma que “el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley” y que, por ello, “los incrementos retributivos fijados para 1993 por vía de pacto o convenio en el seno de la Administración autonómica han de estimarse, al no haberse adecuado al tope máximo previsto en la Ley de Presupuestos del Estado para dicho ejercicio, inaplicables y desplazados en su eficacia jurídica por las determinaciones de esta norma legal”. En línea con esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo afirma que: “la sentencia recurrida desconoce el artículo 17.2 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1997 y la primacía de este precepto sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto que implique un crecimiento de las retribuciones del personal al servicio del sector público” (FJ 18°).

18. En definitiva, y como corolario de todo lo anterior, el Tribunal Supremo, en el FJ 15° de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las organizaciones sindicales FSAP-CCOO, FSP-UGT y FETE-UGT, concluye que:

“en el caso examinado, existe una clara justificación de la limitación a la autonomía negociadora por el papel real que juega el presupuesto como instrumento básico de protección del interés general del Estado y como principio director de la política general que justifica, al amparo del artículo 40.1 de la Constitución, las posibles limitaciones a la autonomía negociadora colectiva en la función pública, que en este caso, vienen condicionadas por los siguientes principios que no han resultado vulnerados por la actuación del Gobierno en la Mesa negociadora de 19 de septiembre de 1996:

(35) DEL REY GUANTER, S., *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1988, pág. 237; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 400; y SSTS de 23 de septiembre de 1991, AL 7/1992, 14 de febrero de 1992, Ar. 988, 12 de noviembre de 1993, Ar. 8690, y 27 de abril de 1995, Ar. 3274.

(36) ALONSO CARBAJO, F., “Comentario a la Sentencia...”, cit., págs. 591 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., págs. 55 y 56; MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., “Imperio de la Ley... (y II)”, cit., págs. 6 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., págs. 76 y 77, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 68 y 69.

- a) El principio de legalidad, establecido en el artículo 103.1 de la Constitución, que implica la obligación por parte de la Administración de actuar siempre con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, observando los límites que afectan a la actividad de los órganos con facultades negociadoras.
- b) El principio de competencia exigido en el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, teniendo en cuenta que se trata de una materia sobre la que el órgano actuante ha de respetar la propuesta, pero la potestad de decisión se somete al principio de reserva de ley.
- c) El principio de jerarquía normativa, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución y que desarrolla el artículo 51 de la Ley 30/1992, de forma que los órganos de la Administración, en el adecuado uso de su competencia, no pueden concluir pactos o acuerdos capaces de vulnerar disposiciones de rango superior.
- d) El principio de reserva de ley y reserva presupuestaria, de forma que la ley es el límite mínimo y máximo de la negociación y en la función pública se puede negociar, pero teniendo en cuenta el artículo 103.3 de la Constitución, respetando la titularidad de la potestad legislativa, que de conformidad con el artículo 66.2 de la Constitución corresponde a las Cortes Generales”.

19. A mayor abundamiento, la tesis mayoritaria de la Audiencia Nacional respecto de la eficacia de este Acuerdo tendría que superar todavía un escollo más, a saber: el derivado de la circunstancia de que el ACT era un acuerdo unitario o conjunto, aplicable tanto al personal funcionarial y estatutario como al laboral, negociado al amparo de una Ley –la LORAP– que, según prevé expresamente su art. 2.1.d), excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral al servicio de las distintas Administraciones Públicas (STS de 24 de enero de 1995, Ar. 1523). Y, a este respecto, debe recordarse que el Tribunal Supremo tiene dicho que “aunque sean posibles y pudieran ser convenientes acuerdos de principio unificadores o armonizadores de los criterios a seguir en relación con ambos colectivos, no es posible llegar a acuerdos para ambos como reiteradamente ha mantenido la jurisdicción contencioso-administrativa declarando la nulidad de ‘acuerdos’ o ‘convenios’ conjuntos –por todas SSTs de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/7544) y 9 de febrero de 1998 (RJ 1998/2110)” (STS de 16 de julio de 1998, Ar. 7021). En este sentido, la STS de 22 de octubre de 1993, Ar. 7544 afirma que la trascendencia de las diferencias de régimen jurídico que existen entre los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral “ponen de manifiesto la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarque conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral cuyo primer escollo, como hemos dicho, se manifiesta en la dualidad de instancias jurisdiccionales en concurrencia”, y que, por ello, “procede (...) la declaración de nulidad de conformidad con los arts. 47.1.c) y 47.2 de la Ley de

Procedimiento Administrativo”³⁷; idea que se reitera en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995, Ar. 1523.

20. Finalmente, y aun admitiendo como válida la tesis de la Audiencia Nacional acerca de la aplicación directa del incremento retributivo, debe advertirse que la misma planteaba graves problemas.

En este sentido, cabe subrayar lo siguiente:

– En primer lugar, la Audiencia Nacional reconocía el derecho al incremento retributivo automático “a todos los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo de 15 de septiembre de 1994”. Sin embargo, más tarde, mediante auto, extendió dicho derecho al personal laboral comprendido en el ámbito de aplicación del referido Acuerdo³⁸, lo que, aunque ajustado al principio de igualdad, no dejaba de producir cierta perplejidad³⁹. En efecto, aparte de

LA STC 57/1982 DECLARÓ QUE NO EXISTE EN SEDE CONSTITUCIONAL UN DERECHO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y, MUCHO MENOS, UN DERECHO FUNDAMENTAL

(37) El Tribunal Supremo destaca las siguientes diferencias de régimen jurídico entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral: “a) la estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de negociación a que se refiere el art. 31.2 de la Ley 9/1987, no es coincidente con la prevista en el art. 87.1 de la Ley 8/1980 para la constitución de la Comisión Negociadora; b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los arts. 32 y 35 de la Ley 9/1987, es manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el art. 85 de la Ley 8/1980; c) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el art. 35 de la Ley 9/1987 –al requerir la validez y eficacia de los pactos y acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del Pleno de la Entidad Local respectiva–, no tiene correlación en la letra de los arts. 82 y 90.2 de la Ley 8/1980, aplicables inclusive cuando el empresario sea la entidad pública; d) la misma diferencia de régimen jurídico se observa –en el supuesto de fracaso de la negociación–, entre lo establecido en el art. 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, y la STC 11/1981, de 8 de abril; e) igualmente es notoria la diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativas a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tratándose de funcionarios (arts. 9.4 y 24 LOPJ), en tanto es competencia del orden social cuando conciernen al personal laboral, sea pública o privada la unidad empleadora (arts. 9.5 y 25 LOPJ)”.

Hay que subrayar la circunstancia de que la cuestión relativa a la normalidad jurídica de los Acuerdos mixtos no había sido tomada en consideración por las partes como fundamento de sus respectivas pretensiones, lo que no impidió que el Tribunal Supremo enjuiciara de oficio esta cuestión, si bien abriendo un período de audiencia de conformidad con el art. 43.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA de 1956).

Sobre este tema ver, por todos, ROQUETA BUJ, R., “Las relaciones.”, cit., págs. 137 y ss., y “Los Acuerdos Mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, págs. 385 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 427 y ss.; RIVERO LAMAS, J., “El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 6-7, 1995, págs. 115 y ss.; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y...*, cit., págs. 102 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación...*, cit., págs. 65 y ss.; MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y...*, cit., págs. 268 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, C., “Criterios jurisprudenciales recientes...”, cit., págs. 18 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., *El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores (Actualizado conforme a la Ley 13/1990, de 30 de diciembre)*, Granada, 1997, págs. 402 y ss.; RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Pamplona, 1998, págs. 110 y ss.; MARÍN ALONSO, I., “La negociación colectiva conjunta...”, cit., págs. 3 y ss.; MARTÍN PÉREZ, P.A., “La negociación colectiva...”, cit., págs. 1.058 y ss.; SALA FRANCO, T., “Conflictos laborales en las Administraciones Públicas y jurisdicción competente. ATS 22 de marzo de 1999”, *AL*, núm. 5, 2000, págs. 65 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., pág. 57; MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial...”, cit., págs. 66 y 67; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., págs. 54 y ss., y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 69 y 70.

(38) En el mismo sentido, MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial...”, cit., pág. 66.

(39) Cfr. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., págs. 55 y 56.

que los Tribunales del orden contencioso-administrativo no son los competentes para resolver los conflictos que se plantean entre las Administraciones Públicas y el personal laboral a su servicio⁴⁰, debe subrayarse que, aun siendo cierto que en el ACT se regulaban cuestiones relativas tanto al personal funcionario como al laboral de la Administración del Estado, la verdadera negociación de las condiciones de trabajo de este último se contenía en el “Acuerdo Administración-Sindicatos sobre la ordenación de la negociación de los convenios colectivos de la Administración del Estado”, que, como hemos visto, excluyó de la aplicación directa del mismo, entre otros, el contenido de su Capítulo X relativo al “Incremento de retribuciones para 1996 y 1997”.

Por lo demás, según la sentencia de la Audiencia Nacional, el derecho al incremento automático debía ser reconocido al personal incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo “en los términos del artículo 1 del propio Acuerdo” (personal al servicio de la Administración Civil del Estado, de sus Organismos Autónomos, de la Administración de la Seguridad Social y Entes Públicos representados en la Mesa General de Negociación). No obstante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del antecitado precepto, a cuyo tenor “en los ámbitos del personal al servicio de la Administración de Justicia, de Correos, del personal de las Instituciones Sanitarias Públicas, de todo el personal docente y del personal no docente de Universidades”, se procedería “a la adaptación o exclusión de aquellos aspectos que pudieran afectar a sus peculiaridades”, se afirmaba que con respecto a este personal se aplicaría el incremento retributivo siempre que las peculiaridades de su concreto estatuto lo permitieran. Hay que advertir, sin embargo, que lo que este apartado contemplaba era la posibilidad de que las Mesas Sectoriales de Negociación previstas en el art. 31.1 de la LORAP pudieran adaptar el ACT –negociado en la Mesa General de Negociación– a las peculiaridades de estos sectores concretos de la Administración del Estado o, en su caso, excluir aquellos aspectos del mismo que pudieran afectar a dichas peculiaridades. Pues bien, a la luz del diseño de la estructura negociada realizado por el art. 31.1 de la LORAP y del sistema retributivo que se contiene en los arts. 23 y siguientes de la LMRFP, debe significarse que a la Mesa General de Negociación le corresponde negociar el incremento retributivo global, la cuantía de los conceptos retributivos vinculados al grupo (sueldo, trienios y pagas extraordinarias) y de los complementos de destino asignados a cada puesto de trabajo, y la cuantía global destinada a la asignación de las retribuciones complementarias (complementos específicos y de productividad), y a las Mesas Sectoriales de Negociación “aplicar” esta cuantía global, esto es, proceder a su distribución individualizada. Por consiguiente, no existía ninguna razón o, al menos, ninguna que únicamente afectase a estos sectores funcionariales, para no proceder a la aplicación del pretendido incremento retributivo. Y, de hecho, ni el Capítulo II del ACT ni la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, dispusieron salvedad alguna respecto de la aplicación del incremento de retribuciones para 1995.

(40) Cfr. arts. 9.4 y 5, 24 y 25 de la LOPJ; 1 y 2 de la LJCA de 1956; 1 y 3 de la LJCA de 1998; y 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

En el mismo sentido, GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., pág. 57.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

Por último, y como quiera que el ACT ceñía su ámbito aplicativo al personal al servicio de la Administración del Estado, la Audiencia Nacional reconoció el derecho al incremento retributivo únicamente a dicho personal. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, por el contrario, debían ajustarse a lo dispuesto en el art. 17.Dos de la Ley 12/1996, en que se preceptuaba que durante el año 1997, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podían experimentar variación con respecto a las del año 1996, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación tanto por lo que se refería a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo⁴¹. De este modo, la aplicación de una norma estatal dirigida a garantizar los principios constitucionales de igualdad y solidaridad entre el personal de las distintas Administraciones Públicas (SSTC 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre, y 385/1993, de 23 de diciembre), producía el efecto contrario, ya que los funcionarios públicos autonómicos y locales quedaban privados del pretendido incremento retributivo. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales no podían incrementar las retribuciones de sus funcionarios porque no existía ninguna norma que les prestase cobertura para ello. Y ello era así, aun cuando el apartado I del Capítulo VI del “Acuerdo FEMP-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la función pública local para el período 1995-1997” estableciera que las retribuciones de los empleados públicos locales para 1996-1997, experimentarían un incremento según lo previsto en el Acuerdo Administración-Sindicatos, de 15 de septiembre de 1994⁴². En efecto, este Acuerdo no establecía normas jurídicas directamente aplicables a los funcionarios públicos locales, sino en la medida en que las Administraciones Locales y sus respectivas representaciones sindicales lo incorporasen como Acuerdo propio a través del correspondiente acuerdo local. Pues bien, las Mesas de negociación de las Administraciones Locales no pueden concluir acuerdos negociales que impliquen un incremento de la masa retributiva global superior al autorizado para cada ejercicio económico por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tal y como prescriben los arts. 93.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y 154.1 del TRRL, y reiteran las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado⁴³.

(41) En el mismo sentido, GÓMEZ CABALLERO, P., “La vinculación de los acuerdos...”, cit., págs. 57 y 58, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 71 y 72.

Por lo demás, debe subrayarse que el límite al incremento de los gastos del personal afecta también a los trabajadores al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Sobre esta cuestión ver más ampliamente FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “Política de rentas en el sector público”, T.S., núm. 78, 1997, págs. 56 y ss.

(42) En este sentido, SERRANO PASCUAL, A., *El personal de las Entidades Locales, Análisis de su régimen jurídico*, Madrid, 1997, pág. 274, afirma que “conociendo la jurisprudencia constitucional sobre incrementos retributivos, y encontrándonos en un Estado social y democrático de derecho, en el que la ley es la expresión de la voluntad popular, no es admisible que se plantee ‘puentear’ la decisión que el legislativo pueda tomar en un momento determinado sobre congelación o sobre un determinado incremento salarial, al margen de que pueda disentirse de esas medidas y utilizar las armas que prevé, al efecto, nuestro ordenamiento” y que “el indicado Acuerdo FEMP-Sindicatos, en muchos de sus aspectos, es un mero documento de intenciones, condicionado a que se produzcan las oportunas medidas legislativas, sin lo cual carece de la necesaria operatividad”.

(43) En este sentido, la jurisprudencia anula los Acuerdos locales que suponen un incremento retributivo superior al permitido por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Por todas, las SSTs de 23 de julio de 1996, Ar. 5743, 30 de junio de 1997, Ar. 6138 y 19 de abril de 1999, Ar. 961. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LORAP, el Tribunal Supremo negaba la posibilidad de que las Entidades Locales pudieran sobrepasar el incremento retributivo global fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así lo señalaban, entre otras, las SSTs de 22 de octubre de 1986, Ar. 8048, 27 de enero y 25 de mayo de 1987, Ar. 2002 y 3478, 27 de abril de 1988, Ar. 3239, 13 de abril y 17 de mayo de 1991, Ar. 2760 y 4114.

– En segundo lugar, la sentencia de la Audiencia Nacional afirmaba que el incremento retributivo debía “comprender los incrementos del IPC correspondientes al año de 1997 más las cantidades dejadas de percibir en los años sucesivos por la inaplicación del incremento”. Con estas palabras, la Audiencia Nacional parecía dar a entender que el incremento del IPC correspondiente al año de 1997 debía aplicarse a las retribuciones que cada empleado público viniera percibiendo en 1996 y que a la cantidad resultante se debían aplicar los incrementos retributivos de los siguientes años, de modo que cada empleado público tendría derecho a cobrar la diferencia entre lo percibido desde el primero de enero de 1997 y lo que debería haber recibido con arreglo a la operación anterior. Sin embargo, hay que notar que, aun admitiendo que al apartado 1 del Capítulo VI del ACT establecía un incremento retributivo global igual al incremento del IPC correspondiente al año de 1997, mientras la Administración y los sindicatos no negociasen su “aplicación”, tal y como disponía el apartado 2 del reseñado Capítulo, no se podía determinar cómo repercutía dicho incremento en las retribuciones de cada empleado público. De este modo, la Audiencia Nacional, al determinar, en sustitución de la autonomía colectiva, la forma en que debía aplicarse el incremento retributivo global, rebasaba ampliamente los límites de las potestades de los Tribunales⁴⁴. La Audiencia Nacional a lo sumo podría haber reconocido el derecho de los empleados públicos a que sus retribuciones experimentasen un incremento global igual al incremento del IPC en el año 1997, remitiendo la “aplicación” de dicho incremento a la negociación entre Administración y sindicatos.

21. En suma, y a modo de conclusión, el ACT no establecía ningún incremento retributivo y, mucho menos, un incremento retributivo que fuera directamente aplicable. Y, en cualquier caso, dicho incremento habría quedado anulado por los arts. 17, 18 y 19 de la Ley 12/1996. Por ello, y por entender que la Administración del Estado no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el deber de negociar de buena fe, el Tribunal Supremo admite el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 y desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por las organizaciones sindicales FSAP-CCOO, FSP-UGT y FETE-UGT, contra el acto manifestado por el Ministro para las Administraciones Públicas, como representante del Gobierno ante la Mesa General de Negociación celebrada el día 19 de septiembre de 1996 en materia de congelación de retribuciones de los empleados públicos. Además, y como corolario de todo lo anterior, desestima la solicitud de la indemnización por daños morales reclamados por la representación procesal de UGT, pues, a su juicio, “en esta materia no existe un derecho de resarcimiento en el que, por norma con rango legal, resulte de aplicación lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando no se ha producido el reconocimiento del derecho y se trataría de la imposición por la Ley de Presupuestos de límites a expectativas no reconocidas legalmente, faltando además los presupuestos determinantes del reconocimiento indemnizatorio previstos en los artículos 106.2 de la Constitución, 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y 121 de la Ley de

(44) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “Érase una vez...”, cit., págs. 38 y ss.

Expropiación Forzosa, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala (por todas, las sentencias de 12 de mayo de 1997, 20 de octubre de 1997 y 12 de julio de 2001), que pueden concretarse en que no se perjudican derechos legítimos sino meras expectativas, que no son derechos adquiridos” (FJ 14º).

VI. EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22. A nuestro juicio, la Administración del Estado desatendió las exigencias del deber de negociar y de la buena fe negociada⁴⁵, por lo que cabe plantearse la posibilidad de que, al actuar de este modo, hubiera vulnerado un derecho fundamental, lo que permitiría el planteamiento de un recurso de amparo contra las sentencias del Tribunal Supremo⁴⁶. En principio, éste niega tal posibilidad al afirmar en la sentencia que resuelve el recurso contencioso-administrativo planteado por las organizaciones sindicales FSAP-CCOO, FSP-UGT y FETE-UGT, que “no se ha vulnerado el bloque de constitucionalidad que pudiera derivar del artículo 28.1 de la CE sobre el contenido constitucional de la Libertad Sindical, dado que el artículo 6.3.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical configura a la negociación colectiva en la función pública como una alternativa junto a la posibilidad de consulta y, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, la posición de los Sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en las mesas de negociación, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en un plano de actuación del órgano de creación legal y no propiamente inciden en el contenido esencial de la libertad sindical (SSTS de 30 de junio y 1 de febrero de 1995, 3 de noviembre y 4 de octubre de 1994)” (FJ 8º).

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 57/1982, de 27 de julio, declaró que no existe en sede constitucional un derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva y, mucho menos, un derecho fundamental. Por ello, y salvo que

(45) En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de negociar por parte de la Administración en los supuestos en que la materia está reservada material o formalmente a la ley, véanse ALFONSO MELLADO, C., “La negociación colectiva...”, cit., págs. 27 y 28; MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial...”, cit., págs. 68-69; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., pág. 77, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 47 y ss.

(46) Cfr. MARÍN ALONSO, I., “La congelación salarial...”, cit., págs. 67 y 68; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La sentencia de la Audiencia...”, cit., págs. 78 y 79; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “Erase una vez...”, cit., pág. 38, y ROQUETA BUJ, R., “La negociación del incremento...”, cit., págs. 48 y 49.

**DE ESTIMARSE POR EL TC
LA VULNERACIÓN DEL
DERECHO DE LIBERTAD
SINDICAL, HABRÍA DE
CONDENAR A LA
ADMINISTRACIÓN DEL
ESTADO AL CESE INMEDIATO
DEL COMPORTAMIENTO
ANTISINDICAL Y A LA
REPARACIÓN CONSIGUIENTE
DE SUS CONSECUENCIAS
ILÍCITAS**

se excluya de la negociación colectiva a un sindicato con derecho a formar parte de la mesa negociadora, en cuyo caso se aprecia la vulneración del derecho de libertad sindical de éste, en su concreto contenido del derecho a la negociación colectiva [STC 80/2000, de 27 de marzo; SSTs de 6 de junio y 18 de octubre de 1995, Ar. 4874 y 7566 y 9 de febrero de 1998, Ar. 2110, y SAN (Sala de lo Social) de 14 de julio de 1998, Ar. 3000], el Tribunal Supremo tiene dicho que todos los avatares concernientes a la dinámica del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, o a las vulneraciones del mismo, resultan cuestiones de mera legalidad ordinaria. En este sentido, la STS de 14 de julio de 1994, Ar. 6017, a propósito de la impugnación por los sindicatos de una norma reglamentaria dictada en materia funcional sin la existencia previa de negociación, afirma lo siguiente: “El que no exista en sede constitucional, ni en el bloque de constitucionalidad, un derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración pública, no impide que en un plano de mera legalidad pueda existir, y eso es precisamente lo que ocurre con las dos últimas leyes citadas, la 9/1987, de 12 de junio, reformada por la 7/1990, de 19 de julio. Ello conduce a la consecuencia, correctamente expresada en la sentencia recurrida, de que lo concerniente a la dinámica del ejercicio de ese derecho, o a las vulneraciones del mismo, no es problema afectante al derecho fundamental de libertad sindical, sino materia de pura legalidad ordinaria, de donde no puede existir vulneración de ese derecho fundamental por las hipotéticas infracciones de la normativa rectora del de negociación colectiva en la Administración Pública. Es fundamental observar que el derecho de negociación colectiva regulado en la ley de última cita se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de negociación, sin que por tanto se atribuya de modo directo a los sindicatos. Éstos carecen de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite. La posición de los sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en ese órgano, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de la actuación de ese órgano de creación legal, y no propiamente en el contenido esencial de la libertad sindical”⁴⁷. Planteamiento que reiteran las SSTs de 4 de octubre y 3 de noviembre de 1994, Ar. 7845 y 10190, 20 de enero, 1 de febrero, 19 de mayo, 30 de junio y 4 de julio de 1995, Ar. 609, 1210, 4277, 5107 y 6155 y 8 de mayo de 2000, Ar. 4579, dictadas todas ellas en recursos contencioso-administrativos promovidos por las organizaciones sindicales para que se declarase bien la nulidad de disposiciones reglamentarias aprobadas en materia funcional sin previa sujeción al procedimiento de negociación colectiva previsto en

(47) No obstante, hay que advertir que la STS (Sala Tercera) de 27 de mayo de 1994, Ar. 4455 mantuvo un criterio diferente, al afirmar lo siguiente: “si como tiene declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 30/1992, resumiendo lo establecido en las 39/1986, 104/1987, 184/1987, 8/1988 y 127/1989, el artículo 28.1 de la CE, integra derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos, para defensa y protección de los intereses de los trabajadores (aquí empleados unidos por relación estatutaria o funcional a la Administración), y entre ellos está el de negociación colectiva, y la concreción de este derecho a la negociación se efectúa por el artículo 2.1.d) y 2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, que a su vez completa su regulación, en cuanto al ámbito de la negociación y modo de realizarse, a través de los artículos 30 a 34 de la Ley Ordinaria 9/1987, la lógica jurídica conduce a la conclusión, de que los problemas afectantes a la aplicabilidad del artículo 32 de esta Ley 9/1987, que marca el ámbito de la materia posible objeto de negociación por los órganos de representación de funcionarios y empleados estatutarios, están lo suficientemente relacionados con el artículo 28.1 de la CE, para que puedan ser objeto de conocimiento por el cauce especial de protección de derechos fundamentales de la Ley 62/1978, elegido por el demandante. Puesto que, en definitiva, el precepto cuestionado —artículo 32 de la Ley 9/1987—, a los efectos ahora contemplados, ha de considerarse integrado en el bloque de legalidad que define los contornos de la libertad sindical de negociación, que forma parte del artículo 28.1 de la Constitución”.

Las sentencias del TS sobre retribución de los funcionarios

la LORAP o bien el deber de la Administración de negociar colectivamente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

La tesis preconizada por el Tribunal Supremo conduce a un absurdo: la negación del derecho a negociar de un sindicato con legitimación negocial constituye una lesión del derecho fundamental de libertad sindical, y la negación del derecho a negociar de todos los sindicatos con legitimación negocial, no. Además, ignora que el derecho a la negociación colectiva, al venir explícitamente reconocido en la LOLIS, pasa a formar parte del contenido total del derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios. En consecuencia, cualquiera que sea la posición adoptada respecto de la cuestión relativa al fundamento constitucional del derecho a negociar de los funcionarios, al venir éste reconocido en dicha disposición legal, su desconocimiento o negación por parte de la Administración constituirá una lesión del derecho fundamental de la libertad sindical, y, por lo tanto, su restauración podrá recabarse ante los tribunales a través de las vías previstas para la tutela de este último⁴⁸.

Y así lo ha tenido que reconocer el propio Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo interpuestos contra resoluciones judiciales que seguían la argumentación contenida en la STS de 14 de julio de 1994, Ar. 6017. En efecto, este Tribunal ha declarado que “aunque en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 9º) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3.b) y c) LOLS], siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical” (SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 85/2001, de 26 de marzo)⁴⁹.

(48) ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 80 y ss.

(49) Y, por ello, subraya la “incorrección constitucional de la argumentación contenida en la Sentencia impugnada, según la cual ‘el Sindicato carece de legitimación propia para la negociación colectiva’ porque ‘la ley ha depositado el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en las Mesas de negociación’” (STC 85/2001, de 26 de marzo).

La STC 101/1996, de 11 de junio, ya había admitido la legitimación de un sindicato para impugnar el acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad sobre dotación de plazas de profesorado por haberse separado del Acuerdo de la Mesa de Negociación. A este respecto, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: “no es procedente atribuir la legitimación, de modo exclusivo, a la Mesa de Negociación por varias razones: A) Por las dificultades técnicas inherentes a la atribución de legitimación para impugnar los actos resolutorios al órgano (no personificado y compuesto con la representación de las partes interesadas, esto es, empleador y empleados, en terminología laboral) que formuló la pertinente propuesta vinculante o no, cuestión que sobre ser indiferente en este momento, es precisamente el objeto de la pretensión procesal hecha valer). B) Porque la tesis preconizada por la sentencia recurrida conduciría a hacer de peor condición al Sindicato interviniente en la Mesa de Negociación, que a aquél otro que, eventualmente, no se hallara representado en la citada Mesa, cuya legitimación no cabría excluir a *radice* por la única razón de no haber formado parte del órgano encargado de canalizar las oportunas propuestas de determinación de condiciones de trabajo. C) Porque es una tesis no admitida por la doctrina sentada en la STC 70/1982, si bien su doctrina, vertida a propósito del alcance del derecho a la negociación colectiva en el ámbito estrictamente laboral, sea aquí traída a colación para defender la viabilidad de que por el Sindicato recurrente fuera impugnado el acto administrativo que se entendía lesivo de la negociación desarrollada”.

Cfr. STS de 16 de noviembre de 2001, Ar. 9752.

Por consiguiente, cabría entender que la falta de negociación del incremento retributivo global supuso una vulneración del derecho de libertad sindical, pues dicha exclusión privó a los sindicatos de su función de participar en la negociación de condiciones de trabajo y, en consecuencia, de una de sus funciones esenciales. Y ello al margen de la voluntad o intencionalidad del sujeto que la llevó a cabo, ya que “la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control” (STC 225/2001, de 26 de noviembre). De estimarse por el Tribunal Constitucional tal vulneración, habría de condenar a la Administración del Estado al cese inmediato del comportamiento antisindical y a la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas. Por consiguiente, aquélla vendría obligada a convocar la Mesa General de Negociación y a intentar la negociación del incremento retributivo para 1997, aunque no a llegar a un acuerdo sobre tal extremo. De lograrse dicho Acuerdo, el Gobierno tendría que remitir a las Cortes Generales el correspondiente Proyecto de Ley, para que éstas aprobasen el incremento de las retribuciones de los funcionarios que se hubiera pactado, pues, como señala la STS de 18 de noviembre de 1997, Ar. 8613, “el Acuerdo (...) es una manifestación de la negociación colectiva en la función pública, que está sometido al principio de legalidad, de manera que tienen que versar sobre materias de competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Corporaciones Locales (artículo 35.3 de la Ley 9/1987) y no está en la competencia del Consejo de Ministros modificar una disposición con rango de ley, para lo que tendría que ejercitar las facultades de iniciativa legislativa o recurrir, en su caso, a la legislación de urgencia”⁵⁰. Si la Administración del Estado no cumpliera voluntariamente aquello a que hubiera sido condenada por la sentencia, procedería la ejecución forzosa. Sin embargo, en este caso surgirán dificultades en la ejecución, ya que la obligación de negociar al ser una obligación de hacer es incoercible. De este modo, la ejecución forzosa se traduciría, ante la negativa de la Administración a negociar, en una indemnización de daños y perjuicios.

(50) En el mismo sentido, las SSTS de 3 de diciembre de 1997, Ar. 8927, 10 de diciembre de 1997, Ar. 9043, 19 de noviembre de 1997, Ar. 9156, 2 de diciembre de 1997, Ar. 9158, 5 de diciembre de 1997, Ar. 9159, 10 de diciembre de 1997, Ar. 9310 y 22 de diciembre de 1997, Ar. 9532.

ITALIA: UN DERECHO EN EVOLUCIÓN (El Libro Blanco del Gobierno sobre el mercado de trabajo. El Proyecto de Ley de Delegación para la reforma del mercado de trabajo)

MARCO BIAGI †

Prof. Ordinario, Dipartimento di
Economia Aziendale
Università di Modena e Reggio Emilia

CARMEN AGUT GARCÍA

Prof. Titular, Dpto. Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaime I de Castellón

MICHELE TIRABOSCHI

Direttore del Centro Studi
Internazionali e Comparati
"Marco Biagi"
Università di Modena e Reggio Emilia

Sumario:

I. El Libro Blanco: una novedad metodológica y de contenido. II. El punto de partida: las características del mercado de trabajo italiano. III. La respuesta a las directrices comunitarias: el proyecto de modernización del mercado de trabajo italiano contenido en el Libro Blanco. 1. Instrumentos de la reforma. 2. Objetivos de la reforma: la promoción de una sociedad activa y de un trabajo de calidad. **IV. Del proyecto a la acción: la delegación al Gobierno para la reforma del mercado de trabajo italiano.** **V. Valoración crítica: sugerencias para el caso español. VI. Marco Biagi: el hombre y el maestro.** 1. Marco BIAGI y Federico Mancini: juristas "proyectistas". 2. Marco BIAGI comparatista. 3. Marco BIAGI "Maestro". 4. Marco BIAGI innovador. 5. Marco BIAGI Moderno. 6. Marco BIAGI protagonista.

Este trabajo fue realizado con ocasión de la estancia de 30 días de duración que disfruté los meses de enero-febrero 2002, en el Centro Studi Internazionali e Comparato de la Universidad de Modena (Italia), bajo la dirección del prof. MARCO BIAGI, pocas semanas antes de su brutal asesinato. Respecto de la versión original, se ha considerado oportuno reforzar el discurso del prof. BIAGI y así se han destacado en otro cuerpo y sangrado expresiones literales suyas expuestas en diversos foros.

El Libro Blanco de reforma del mercado de trabajo italiano es el reflejo del proyecto de modernización del Derecho del Trabajo italiano diseñado por el Prof. BIAGI. Un proyecto innovador que responde a su pensamiento abierto, su talante europeísta y aun más allá y su modo de hacer resolutivo y sencillo, y nos permite al menos una idea aproximada de su valía como jurista teórico al tiempo que plenamente preocupado por la efectividad práctica de las normas.

La fragilidad humana no resiste la fuerza de la sin razón. Pero la persona sólo muere realmente cuando nada suyo permanece y eso, desde luego, no puede sucederle a MARCO BIAGI. El prof. BIAGI no se consideraba un “maestro” en el más puro sentido académico pues no contaba con un nutrido grupo de discípulos al uso. Su Centro Studi Internazionali e Comparati en la Facultad de Economía de la Universidad de Modena hasta hace escasos meses estaba integrado únicamente por él mismo y su estrecho colaborador desde el año 1991, el prof. MICHELE TIRABOSCHI¹. Sin embargo, nadie que de un modo u otro haya tenido ocasión de colaborar con él puede desconocer el magisterio que ejercía. Un magisterio que no nacía de la jerarquía académica, sino de la valía del pensamiento del hombre y del profesor.

El magisterio ejercido por el prof. MARCO BIAGI, su pensamiento, su talante y su modo de hacer permanecerán siempre en aquellos que tuvimos el inmenso privilegio de trabajar junto a él.

C. Agut García

I. EL LIBRO BLANCO: UNA NOVEDAD METODOLÓGICA Y DE CONTENIDO

En octubre de 2001 el Ministro de Trabajo italiano, ROBERTO MARONI, presentaba en Roma el Libro Blanco Sobre el Mercado de Trabajo en Italia-Propuestas para una sociedad activa y un trabajo de calidad². Elaborado por un grupo de expertos, se trata de un documento que puede calificarse como el programa de política del trabajo de inicio de legislatura del Gobierno presidido por SILVIO BERLUSCONI, a medio y largo plazo. En efecto, en él se adopta una determinada posición en el debate parlamentario y extraparlamentario sobre la política

(1) Para recordar la figura del profesor MARCO BIAGI nada mejor que las palabras de su directo discípulo, el profesor MICHELE TIRABOSCHI, que se recogen al final de este trabajo.

(2) El texto del Libro Blanco puede encontrarse en www.minwelfare.it

Italia: El libro Blanco sobre el mercado de trabajo

del trabajo, dibujando las líneas maestras de la estrategia gubernativa de promoción de la ocupación para los próximos cinco años.

Pero no es propiamente una propuesta legislativa, es sólo un documento político que plantea una experiencia innovativa en Italia respecto de lo que ha sido habitual en la actuación de los distintos Gobiernos anteriores. En suma, un proyecto ambicioso de reforma integral del mercado de trabajo, tanto en su forma como en su contenido.

Por lo que hace a la forma,

“(…) ante todo existe una cuestión de método que es muy importante, porque el Libro Blanco no es un proyecto de Ley ni una intervención destinada a desequilibrar lo existente *inaudita parte*. Es un documento político (sobre este aspecto es ciertamente interesante hacer notar que el Gobierno ha contado con expertos de diversas extracciones, no sólo científica, sino también político-cultural)”.

“Podría decirse que el Libro Blanco es sólo un primer paso en una intervención de largo espectro sobre nuestro Derecho del Trabajo y nuestras relaciones industriales, que deberá contar con la participación activa de todos los sujetos implicados en el plano institucional del mundo del trabajo en general. Por lo tanto, es un instrumento incluso de cultura política, más allá del tema central del mercado de trabajo.”

“Es absolutamente excepcional que al inicio de una legislatura el Gobierno no se refiera únicamente a su programa electoral, sino que encargue a un grupo de expertos la determinación de los temas más críticos en el funcionamiento del mercado de trabajo. Todavía más inusual es que Gobierno recurra a expertos de diversa extracción, no sólo científica, sino también político-cultural, comprometiéndose a reconocer su autonomía e independencia de pensamiento. Ciertamente es que una vez recibido el estudio encargado, el Gobierno ha realizado su propia valoración y el documento final contiene orientaciones que implican su propia responsabilidad política. Con todo, es evidente que el recurso a expertos externos ha permitido una aproximación diferente, tendente a crear las bases adecuadas para un contraste de opiniones abierto y libre sobre los temas de interés estratégico para el futuro del país.

EL LIBRO BLANCO NO ES UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SINO UN DOCUMENTO POLÍTICO QUE PLANTEA UNA EXPERIENCIA INNOVADORA EN ITALIA Y QUE SE PRESENTA COMO UN PROYECTO AMBICIOSO DE REFORMA INTEGRAL DEL MERCADO DE TRABAJO

El mismo género literario del Libro Blanco es una novedad en Italia. En el Reino Unido y en otros países de tradición anglosajona y en general en el Norte de Europa se trata de una metodología ya consolidada. La propia Unión Europea desde siempre ha recurrido a este sistema en aquellas ocasiones en que por la complejidad de la materia tratada o por la relevancia del tema objeto de posibles actuaciones, es aconsejable no proceder inmediatamente a la redacción de nuevas propuestas legislativas. Así, el denso documento que el Gobierno presenta en particular a las partes sociales está destinado a alimentar un debate del cual puedan extraerse la opciones políticas definitivas que se profundizarán en la sede natural, esto es, el Parlamento.

El Libro Blanco sobre el Mercado de Trabajo no constituye la agenda para un ejercicio de concertación social tendente a la firma de uno de tantos acuerdos destinados a regular el futuro próximo y remoto de la política económica y social del Gobierno. La metodología es diversa incluso desde este punto de vista. El Gobierno propone a sus interlocutores, hoy las partes sociales, mañana muy probablemente las Regiones (en virtud de las competencias actuales y previstas si la reforma sobre el federalismo se confirma con el voto popular), un escenario de hipótesis para afrontar los principales puntos críticos del mercado de trabajo. En algunos casos se presentan varias opciones sobre las que se pide opinión o comentarios; en otros el Gobierno expresa ya su orientación, aunque igualmente pide a todos su toma de posición, reservándose la valoración de las respuestas obtenidas. Sí, porque el Libro Blanco no es un documento al cual se pueda simplemente adherirse o no: demasiadas son las materias tratadas para responder sólo con un sí o un no (...).

El Libro Blanco es pues, un experimento válido para hacer crecer nuestra cultura política por encima del tema central del mercado de trabajo. Nada impide que de una valoración rigurosa y no partidista de las propuestas contenidas en él pueda derivar un debate político útil para alcanzar puntos de consenso más allá de los límites marcados por la actual mayoría parlamentaria”³.

En cuanto a su contenido, “(...) no se trata, es superfluo decirlo, de un simple ejercicio de reflexión científica. Ante todo, los que contribuyen al Libro Blanco se reconocen en el empeño común de modernizar las reglas que gobiernan el mercado de trabajo italiano según las autoridades comunitarias recomendaban (en vano) desde hace muchos años”. En este sentido, la referencia a la Unión Europea es una constante. Se trata de una manifestación que pone de relieve el respeto del Gobierno italiano por la política europea, pero no como una actitud retórica, sino considerando que la pertenencia a Europa obliga a algo más que a la mera transposición de directivas, en concreto, al seguimiento de las líneas maestras en materia laboral que periódicamente han venido siendo señaladas en las cumbres de Luxemburgo (1997), Lisboa (2000) y Estocolmo (2001).

(3) Se ha dicho, haciendo referencia a la práctica europea, que debía de haberse calificado de Libro Verde, teniendo en cuenta que este tipo de documento tiene por objeto abrir un debate, mientras el Libro Blanco es precisamente el que se elabora con las conclusiones alcanzadas a partir de tal debate (vid. LUIGI MARIUCCI, “La forza di un pensiero debole. Una critica del ‘Libro Bianco del Lavoro’”, ponencia presentada al I Seminario di studi “Massimo D’Antona” organizado por la Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (AIDLASS), sobre *Il Libro Bianco sul Mercato di Lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, Florencia 18 de enero de 2002, ejemplar multicopiado, pág. 1).

Italia: El libro Blanco sobre el mercado de trabajo

“Por ello se discuten temas de gran repercusión social como la misma revisión de los tipos contractuales utilizados actualmente en el ámbito de una organización del trabajo en transición hacia una economía del conocimiento. Se habla de un nuevo sistema público de empleo (junto a un papel más activo de los operadores privados implicados en la aproximación de la oferta y la demanda). Se habla también de lograr una mayor utilización del contrato de trabajo por tiempo indeterminado a fin de evitar la precarización. Se habla, en fin, de nuevas tipologías contractuales (el trabajo ‘a proyecto’, el trabajo a través de las Empresas de Trabajo Temporal –EETT– y otros), de manera que las partes de la relación de trabajo puedan acudir a las soluciones más adecuadas a sus necesidades y expectativas. Se busca, en definitiva, la identificación de nuevos instrumentos útiles para regular las relaciones de trabajo que se mueven demasiado frecuentemente en los márgenes de la clandestinidad cuando no totalmente en el mercado ‘negro’.”

Debe, pues, destacarse la propuesta de elaboración de un “Estatuto de los Trabajos” recogido en un texto único. Dicho texto se caracterizará por sustituir los mecanismos tradicionales de regulación de la relación de trabajo italianos por técnicas diversas todavía no ensayadas en este país. Al tiempo, como ya su misma denominación anticipa, incluirá algunas de las más modernas líneas de tendencia del debate doctrinal de los últimos años según se verá.

No obstante, los planteamientos que recoge el Libro Blanco no suponen en todo caso una novedad. Por el contrario, algunos de los aspectos que ahora se proponen, en particular el texto único de Estatuto y la tutela ofrecida a las distintas tipologías de trabajadores, fueron ya anticipados en el precedente Gobierno de centro-izquierda encabezado por ROMANO PRODI, dándose la paradoja de que propuestas del centro-izquierda son ahora asumidas como propias por el centro-derecha.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE TRABAJO ITALIANO

El Libro Blanco se divide en dos grandes partes, una primera destinada al análisis de la actual situación del mercado de trabajo italiano y una segunda en la que se contienen las propuestas de reforma. A su vez, la primera parte, el análisis, la que ahora abordamos, se centra en tres apartados: las recomendaciones de la Unión Europea para Italia, los elementos característicos del mercado de trabajo italiano y una referencia a las políticas activas y las políticas pasivas puestas en práctica hasta el momento.

Las recomendaciones que la Unión Europea ha hecho a Italia en el marco de la estrategia europea sobre la ocupación ponen de relieve la difícil situación en la que se encuentra el mercado de trabajo del país y la insuficiencia de las políticas actuadas.

Así, según datos de la Comisión, no obstante la tasa de desocupación se ha situado en enero de 2001, por debajo del 10 por ciento, la tasa de ocupación sigue inmóvil en el 53,55 por ciento, esto es, 10 puntos por debajo de la media europea, siendo la más baja de todos los Estados de la Unión. A lo anterior hay que añadir otra lacra estructural: el

bajo nivel de ocupación de los jóvenes y de las personas de mayor edad, las profundas diferencias de género y los desequilibrios muy marcados entre las Regiones.

En cuanto a las políticas, la Comisión considera que Italia no ha puesto en práctica la Estrategia Europea para la Ocupación, limitándose a actuar sobre aspectos concretos, pero sin llevar a cabo una coordinación de los cuatro pilares previstos en Luxemburgo. Concretamente le achaca: el retraso de la actuación en el sistema de pensiones, en las acciones preventivas de la desocupación juvenil de larga duración, en particular y en las medidas preventivas de la desocupación, en general, así como en los servicios públicos de empleo. También se indica que la utilización de formas de trabajo no estándar sigue siendo muy baja (16,1 por ciento), y que las medidas para potenciar la igualdad de oportunidades han conseguido sólo mejoras marginales.

En consecuencia, Italia, este año como los anteriores, ha sido invitada por la Comisión a llevar a cabo una serie de actuaciones: la reforma de las políticas sobre el trabajo destinadas a aumentar la tasa de ocupación, en especial de las mujeres; continuar la flexibilización del mercado de trabajo de forma que se permita combinar la seguridad con la adaptación para facilitar el acceso al trabajo; proseguir la reforma del régimen de pensiones; seguir con los esfuerzos destinados a reducir la presión fiscal sobre el trabajo, en particular para los trabajos menos retribuidos y aquellos de baja cualificación; en el contexto de las políticas para la ocupación, adoptar acciones preventivas del desempleo de larga duración de jóvenes y trabajadores de mayor edad; mejorar la eficacia de las políticas activas y llevar a cabo medidas específicas para reducir la importante diferencia entre los géneros en términos de ocupación; y, en fin, reforzar las acciones para desarrollar una estrategia coherente para la formación continua.

En cuanto a los elementos definidores del mercado de trabajo italiano, cabe recordar que este mercado en los últimos años se ha caracterizado por la presencia de importantes dificultades estructurales, especialmente tras la crisis sufrida en los inicios de los años 90. Tales dificultades, según la clasificación que efectúa el propio Libro Blanco, vienen determinadas por algunos aspectos de carácter cuantitativo junto a otros de carácter cualitativo.

Por lo que hace a los elementos cuantitativos, la principal causa de la distancia existente entre los niveles de ocupación media de Italia respecto de los objetivos europeos debe atribuirse al *Mezzogiorno*, cuya tasa de ocupación se sitúa en 20 puntos por debajo de la media europea. En esta zona se hallan profundamente arraigadas formas de trabajo irregular, que además de representar un factor negativo para el desarrollo económico, son también una fuente de precariedad y escasa protección al trabajador.

La tasa de desocupación de los más jóvenes sigue siendo una de las más elevadas de los estados de la Unión (31,1 por ciento). Las perspectivas de acceso al trabajo de los jóvenes, si bien han mejorado en los últimos años gracias a la mayor flexibilidad de ingreso

existente, todavía son complejas debido a un difícil tránsito desde el mundo del estudio al mundo del trabajo.

En el lado opuesto, el envejecimiento de la población italiana no se ha visto acompañado de incentivos a la continuación de la actividad, como tampoco de la aplicación del nuevo sistema de pensiones contributivas que lleva ya en sí mecanismos de incentivación de tal continuidad.

La situación de la mujer en el mercado laboral requiere una atención especial, toda vez que la diferencia en la tasa de ocupación respecto del hombre es muy elevada y, por supuesto, muy alejada de la media europea, al tiempo que la desigualdad en las retribuciones se mantiene alrededor del 20 por ciento.

Otro elemento de desequilibrio que caracteriza el modelo italiano es la tasa preocupantemente alta de desocupados de larga duración, que se sitúa en torno al 8,3 por ciento, casi el doble de la media europea del 4,9 por ciento. En este grupo se incluyen aquellos que no poseen experiencia laboral, esto es, los segmentos más jóvenes de la población, junto a los que han perdido un anterior puesto de trabajo.

Por lo que respecta a los indicadores cualitativos, puede señalarse, en primer término, el problema en la calidad del trabajo, que, lamentablemente debe unirse a los aspectos antes señalados: concentraciones geográficas del trabajo, diferencias de género y escasa ocupación de los jóvenes y de los trabajadores de mayor edad.

En segundo lugar, la política de rentas derivada de los acuerdos interconfederales alcanzados entre sindicatos y patronal con la mediación del Gobierno en 1992 y 1993, ha permitido a Italia alcanzar los objetivos macroeconómicos previstos (entrada en la Unión Económica y Monetaria y saneamiento de las finanzas públicas), así como garantizar la coherencia de las diversas variables económicas vinculadas al trabajo, en particular el salario. No obstante, el sistema de negociación colectiva derivado de los mismos acuerdos, basado en el convenio colectivo nacional de categoría (CCN) y caracterizado por la centralización, se muestra inadecuado para asegurar una flexibilidad en la estructura salarial que le permita adaptarse a las diferencias en la productividad y responder a los desequilibrios del mercado. Debe, añadirse que en este sistema en el que no existe un salario mínimo legal, tal función viene cubierta por la negociación colectiva, que no ha sido capaz de

EL LIBRO SE DIVIDE EN DOS PARTES, UNA DESTINADA AL ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE TRABAJO ITALIANO PARTIENDO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y, OTRA, DESTINADA A LAS PROPUESTAS DE REFORMA

prevenir abusos al alza, pudiendo observarse que la media de los salarios pactados es ciertamente elevada.

El último núcleo de atención en este primer apartado del Libro Blanco lo constituyen las políticas activas (incentivos y servicios para favorecer el primer empleo de los más jóvenes y la ocupación de los desempleados) y pasivas (amortizadores sociales) adoptadas, y, más en general, las políticas sociales y fiscales de apoyo a los que presentan un menor poder adquisitivo.

En el año 2000, el gasto efectuado por Italia en políticas activas para el empleo se situó en torno al 0,6 por ciento del PIB, cifra sensiblemente inferior a la media de los países de la OCDE. Los destinatarios de tales ayudas fueron mayoritariamente los jóvenes, los desocupados de larga duración y los residentes en zonas geográficas deprimidas. Con todo, son escasas las experiencias de políticas activas que combinan acciones integradas dirigidas a la inserción, siendo ejemplo de ello la ausencia de políticas para la emigración, para la movilidad territorial, de creación de una red informática y, en general, de una oferta de servicios para desempleados de larga duración.

En cuanto a las políticas pasivas, un 0,7 por ciento del gasto público frente a la media europea del 1,9 por ciento, hace que sea también Italia el país de la Unión Europea que menor cantidad destina a la protección del desempleo. El gasto en protección social se orienta mayoritariamente a las pensiones de jubilación, siendo mucho más escasa la atención prestada al desempleo y a la protección de los sujetos en edad activa (incapacidad para el trabajo, protección a la familia,... y asistencia social en general). Es cierto que la rigidez de salida en la regulación de la relación laboral (sobre la que más adelante volveremos), permite una menor atención a la protección del desempleo, sin embargo, hace que la fractura entre la diferente protección entre ocupados y desocupados sea mayor.

Hoy los incentivos a la ocupación consisten en su mayor parte en bonificaciones a la contratación por tiempo indeterminado de sujetos beneficiarios de prestaciones o de desocupados de larga duración, y a la estabilización de los contratos de trabajo por tiempo determinado; debiendo también incluirse aquí la incentivación prevista para el *Mezzogiorno*, que permite la contratación de los trabajadores que prestaban servicios de forma irregular el 1 de diciembre de 1997. Esquema en el que no se contempla la posibilidad de intervenciones destinadas a los sujetos con rentas más bajas.

En este orden de cosas el Libro Blanco considera que el funcionamiento del mercado se ve limitado por importantes deficiencias en las formas de encuentro entre la oferta y la demanda, todavía más agudizadas por las diferencias regionales existentes. No hay una adecuada presencia de sujetos intermediarios, debiendo tenerse en cuenta que la intermediación resulta especialmente obstaculizada por la actual normativa, toda vez que se sigue manteniendo un régimen de exclusividad en favor de los centros públicos para el empleo.

Italia: El libro Blanco sobre el mercado de trabajo

Del mismo modo se considera que falta poner en marcha un adecuado sistema informático que contenga todos los datos necesarios para la aproximación oferta-demanda⁴.

Por último, se alude a la formación, entendiéndose que la formación profesional en Italia se halla claramente desequilibrada en favor de la formación inicial, la destinada a favorecer el primer acceso al trabajo de los jóvenes, frente a la formación continua o permanente a lo largo de la vida laborativa del trabajador. Y si bien es cierto que en legislaturas anteriores (años 1996-1997), se adoptaron medidas tendentes a solucionar esta situación implicando a las empresas y a los poderes públicos en mayores inversiones en formación continua, se trata de un proceso que está todavía en sus inicios y en el que es necesario profundizar.

III. LA RESPUESTA A LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS: EL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO ITALIANO CONTENIDO EN EL LIBRO BLANCO

Las intervenciones comunitarias regulan el nuevo mercado de trabajo doméstico y el sistema italiano no puede conservar instituciones o reglas que no estén presentes en otros Ordenamientos: la competencia resultaría distorsionada. Por tanto, es necesario replantear nuestro sistema a la luz de las disposiciones normativas y pactadas existentes en otros Estados. Para frenar la tendencia al desmantelamiento sólo existe un modo: competir con reglas si no idénticas al menos comparables. El Derecho del Trabajo italiano se ha desarrollado para regular un mercado nacional. En consecuencia, resulta claramente inadecuado para llevar a cabo su función en un contexto en el que el mercado se ha convertido en continental y global. El Libro Blanco pretende ser la respuesta a las deficiencias que presenta el mercado de trabajo italiano que se acaban de anotar. Su objetivo es la creación de una sociedad activa y un trabajo de calidad. El camino, la introducción de nuevas técnicas normativas y la modificación de determinadas instituciones.

1. Instrumentos de la reforma

El principal objetivo del Gobierno italiano es la promoción de acciones destinadas a la rápida elevación de la tasa de ocupación a fin de conseguir los objetivos cuantitativos y cualitativos indicados por la Unión Europea en los Consejos de Lisboa de 2000 y de Estocolmo de 2001. Italia pretende hacer suyo el objetivo europeo de pleno empleo y plena ocupabilidad. Para ello se va a prestar especial atención a las técnicas a seguir.

“Se ha escrito que el Libro Blanco ha decretado el fin de la normativa inderogable, de la concertación social y del sistema de negociación colectiva centralizado. Esto no es cierto, porque el Libro Blanco, por el contrario, sólo responde a las nuevas exigencias, que son las exigencias del mercado sí, pero son también las exigencias de los trabajadores y las exigencias del Derecho. Es sólo que los actores sociales y las instituciones aumentan cada día y el sistema de negociación colectiva y la concertación asumen formas nuevas, del mismo modo que aumenta también la complejidad de las técnicas de regulación adoptadas por el Derecho, y el empleo de técnicas de fomento además de o en sustitución de las tradicionales de desincentivación (las del Derecho del Trabajo clásico), está cada vez más difundido en todos los ámbitos del Derecho.”

(4) El Decreto Legislativo 469/1997 introdujo el Sistema de Información sobre el Trabajo para activar una red informática con todos los datos necesarios para garantizar a nivel nacional el acercamiento entre oferta y demanda, sistema que está todavía en fase de construcción.

“El Libro Blanco recoge el hecho de que la negociación colectiva no puede ya ser entendida como en 1993, el hecho de que la concertación social se haya convertido en un instrumento capaz de adaptarse a situaciones muy lejanas una de la otra, el hecho de que el federalismo no pueda verse simplemente como un desmoronamiento de las normas de protección fundamentales, el hecho de que la comparación a la que deberemos habituarnos, queramos o no, consecuencia de la adhesión a la Unión Europea, nos muestra que existen técnicas de regulación social innovadoras que sustituyen o quizá más sencillamente, se añaden a aquellas a las que estamos habituados. El Libro Blanco refleja únicamente esta complejidad y trata de dar a todo ello una coherencia sistemática.”

Por lo que hace a las propuestas concretas contenidas en el Libro, se considera que del mismo modo que en Europa se ha manifestado especialmente adecuada la práctica de “coordinación abierta” iniciada tras el Consejo de Luxemburgo (1997) y seguida por los diversos Estados primero en materia de ocupación, luego de protección social y más recientemente en inmigración, también en Italia este sistema puede ser utilizado para la consecución de los objetivos propuestos. Pero este proceso de “coordinación abierta” no implica sólo al Gobierno, sino también a otros entes institucionales (Regiones y Entes Locales), y a las mismas partes sociales (sindicatos y patronal), quienes deben contribuir de manera eficaz a la realización de las líneas maestras sobre la ocupación que cada año se señalan en sede comunitaria y, por tanto, resultan plenamente vinculantes.

Siempre teniendo en cuenta los objetivos comunitarios, Italia considera que debe adecuar su mercado de trabajo dotándose de un sistema institucional similar al que presentan los restantes Estados miembros, de ahí la necesidad de atender a las experiencias comparadas y no sólo de países comunitarios, sino incluso de otros como Japón o Estados Unidos. Se trata, en suma, de identificar lo que se denomina “buenas prácticas” seguidas en los distintos contextos nacionales e incluso regionales, por si fuera posible su transposición a ámbitos propios.

La reciente modificación del art. 117 de la Constitución italiana⁵ ha alterado el tradicional sistema de competencias en materia laboral entre el Estado y las Regiones, de ahí que también en el Libro Blanco se plantee la necesidad de fijar los principios que deben seguirse en la materia. Y sin perjuicio de ser todavía una cuestión sometida a permanente debate por su trascendencia y complejidad, en el Libro se adopta una clara posición en favor del federalismo. Así se dice que la determinación de los principios fundamentales vienen reservados al Estado, mientras las restantes competencias legislativas sobre el trabajo corresponden íntegramente a las Regiones.

El diálogo social es otro de los instrumentos para la modernización del mercado de trabajo al que el Gobierno italiano dedica una especial atención. En el Libro se indica que la concertación social seguida en los años 90, ha permitido la consecución de los dos

(5) El actual apartado del art. 117 de la Constitución sobre el que gravita la polémica reza lo siguiente: “Son materias de legislación compartida [Estado-Región] las relativas a: (...) la tutela y seguridad del trabajo”. Vid. BLAGI, “Il lavoro nella riforma costituzionale”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 2/2002.

grandes objetivos de la política económica: el saneamiento de las finanzas públicas y el ingreso de Italia en la Europa del Euro. Sin embargo, se critica el uso excesivo de la concertación habida en dicho período, así como la limitación que tal práctica ha supuesto para la mayor parte de los proyectos gubernamentales dado el enorme poder de los sindicatos italianos. En consecuencia, se pretende la superación del modelo de concertación social y su sustitución por la práctica, tomada siempre del modelo europeo, del diálogo social. Así, se dice que las instituciones públicas deben convocar a las partes sociales cuando pretendan actuar sobre determinada materia. Si las partes sociales están dispuestas a negociar entre ellas, se les concederá un plazo al efecto. Sólo en el caso de que los interlocutores sociales rechazasen la negociación o no llegasen a ningún acuerdo al final de la misma, la iniciativa volverá a ser asumida por las instituciones públicas, estatales o regionales. “Parece que el Libro Blanco contribuye a salir de la lógica de un enfrentamiento de corta duración: se invita a las partes sociales a encontrar la convergencia para cultivar una nueva forma de diseñar la gestión de los recursos humanos y de las relaciones colectivas de trabajo, modernizando el sistema de reglas que deberá ser cada vez más concordado y menos impuesto por el actor público”.

El último de los apartados del Libro Blanco destinado a los instrumentos de la reforma recoge una serie de técnicas regulatorias que se consideran adecuadas para la reforma que se pretende llevar a cabo, y que vienen a ser como sigue:

Teniendo en cuenta la novedad que supone el modelo federal, respecto de la transposición de las directivas comunitarias se piensa que el papel de la legislación nacional deberá estar limitado a la definición de los derechos fundamentales de la persona en el marco de la relación laboral, mientras que serán las Regiones las encargadas de adaptar la directiva a la realidad de los mercados de trabajo regionales. “Es indudable que el nuevo art. 117 de la Constitución, según resulta de la reciente reforma, constituye una auténtica revolución en el esquema de los niveles institucionales. Caminamos hacia la posibilidad de que Italia se caracterice por un sistema de federalismo avanzado, más próximo al estadounidense que al germano, que tendrá necesariamente fuertes repercusiones en el plano de la negociación colectiva y sobre los propios agentes negociadores. Resulta insensato seguir ignorando que este proceso devolutivo está ya hoy en fase avanzada y que probablemente no puede ser detenido. Esto no significa que el modelo federal en el que inspirarse no deba ser un federalismo cooperativo, sino únicamente que el Derecho del Trabajo deberá adaptarse al nuevo equilibrio de poderes entre el centro y la periferia”.

Siguiendo con las indicaciones ya señaladas sobre el papel del diálogo social, se dice que el “principio de subsidiariedad”

EL DIÁLOGO SOCIAL ES UNO DE LOS INSTRUMENTOS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO AL QUE SE DEDICA ESPECIAL ATENCIÓN PUESTO QUE EL GOBIERNO PRETENDE SUPERAR EL MODELO DE CONCERTACIÓN SOCIAL Y SUSTITUIRLE POR AQUÉL

debe ser aplicado también en la relación entre la intervención pública y la actividad de las partes sociales, de manera que el Legislador nacional o regional deberá actuar sólo cuando aquéllas no hayan logrado un acuerdo para la regulación de determinada materia.

Se alude también al papel de la negociación colectiva en relación al contrato individual. El actual sistema de negociación colectiva italiano, caracterizado por la existencia de dos niveles únicos de negociación (el nivel estatal que se concreta en el CCN y otro inferior descentralizado: regional, local, empresarial,...) y, en consecuencia, fuertemente centralizado, no se manifiesta adecuado para dar respuesta a las demandas de las concretas empresas. Como contrapartida, se habla de otorgar un mayor valor al papel del contrato individual allí donde se den situaciones de paridad entre las partes o por reenvío desde la negociación colectiva.

Más aun, *“el Derecho del Trabajo italiano se ha construido sobre el presupuesto de que las relaciones entre los empresarios y los trabajadores deben estar presididas por normas vinculantes, dictadas por el legislador o pactadas en sede de negociación colectiva. Preceptos vinculantes y en la mayor parte de los casos inderogables, esto es, excluyen el libre pacto individual e impiden cualquier tipo de flexibilidad a las partes. A menudo se trata de preceptos rígidos, inaplicables, favorecedores de la evasión y los incumplimientos, fomentando así la judicialización de las cuestiones”*. A fin de evitar estas perversiones, en las relaciones Ley-convenio colectivo se propone la utilización de una técnica de remisión similar a la que sigue la Directiva comunitaria sobre los Comités de Empresa Europeos, en el sentido de permitir a negociación colectiva la fijación de los criterios que tenga por conveniente, y sólo en el caso de que esto no sea posible se pondrá en marcha la regulación prevista por la Ley. Junto a lo anterior, también se alude a la posibilidad de nuevas técnicas legislativas inspiradas en el modelo anglosajón, y se propone la adopción de *soft laws* (leyes ligeras), tendentes a orientar la actividad de los sujetos destinatarios indicando los objetivos a conseguir, pero sin obligar a un concreto comportamiento. En definitiva se trata de la misma práctica que utiliza la Unión Europea cuando anualmente define las “orientaciones” en materia de ocupación que luego son seguidas por los distintos Estados miembros. *“Estas técnicas han entrado ya a formar parte del Ordenamiento Jurídico comunitario. Ignorarlas no tiene sentido y es sólo miopía jurídica”*.

Se piensa que este mecanismo puede ser adecuado también en sede de negociación colectiva, ya que permitiría articular los dos niveles de negociación: la negociación de primer nivel o de ámbito estatal podría reenviar a la de segundo nivel o descentralizada mediante cláusulas de este tipo, en las que simplemente se indicaran los objetivos a conseguir.

Desde otro punto de vista, es evidente que el Ordenamiento laboral italiano presenta una enorme complejidad fruto de las distintas intervenciones normativas que se han sucedido abundantemente a lo largo del tiempo. Se trata en la mayor parte de las ocasiones de normas en aluvión que no se muestran adecuadas para la regulación de una materia en constante evolución como es el Derecho del Trabajo. Por contra, se considera que (...) *“las relaciones entre empresarios y trabajadores deben estar reguladas en un corpus normativo muy simplificado y de fácil acceso a los sujetos implicados sin necesidad de la mediación de sofisticadas asesores”*.

rías legales, a menudo inaccesibles para los costes de los operadores más pequeños. ‘Modernizar el sistema regulador de las relaciones de trabajo significa fijarse el objetivo de una reorganización y de una reordenación de las normas vigentes’, recurriendo al instrumento del texto único”. En consecuencia, el Gobierno italiano entiende necesario llevar a cabo una modernización del ordenamiento laboral en el ámbito de un “Estatuto de los Trabajos”, para lo cual va a tener en cuenta algunas de las ideas ya indicadas en la precedente legislatura. Éstos son los aspectos de mayor relevancia que se plantean:

Punto de partida es el respeto a los derechos fundamentales del trabajo recogidos en diversos textos internacionales y la Constitución. A partir de ahí (...) es necesaria una completa revisión del Derecho del Trabajo para reconocer los niveles mínimos de tutela siempre que se esté en presencia de una prestación de servicios, con diversa intensidad según las efectivas características o los particulares contextos en los que el trabajo se desenvuelva. Así pues, partiendo de las normas fundamentales aplicables a todas las formas de actividad prestada a favor de un tercero, cualquiera que sea la calificación jurídica de la relación, será posible definir, siguiendo un modelo de círculos concéntricos, otros niveles de protección según se vayan requiriendo, con una tutela que se intensifica en favor de un número cada vez más restringido de sujetos. Identificado un núcleo esencial (y bastante limitado) de normas y de principios inderogables (sobre todo tomados de los dictados constitucionales), comunes a todas las relaciones que tienen como contenido el trabajo, será necesario proceder a una remodelación a la baja de algunas intervenciones en favor del trabajo dependiente, delineando de este modo un sistema de tutela de geometría variable. Por encima de este núcleo mínimo de normas inderogables parece oportuno dejar un amplio espacio a la autonomía colectiva e individual, definiendo una gama de derechos de inderogabilidad relativa, disponibles a nivel colectivo o individual según el tipo de derecho de que se trate. Este mecanismo dotará de una inicial protección a todo aquel sujeto que desarrolle una actividad en el marco de una empresa, renunciando a una definición general y abstracta de trabajo subordinado y eliminando las tensiones derivadas de la calificación jurídica de las distintas situaciones ubicadas en la frontera de la relación laboral. Y para permitir a las empresas una gestión de las relaciones laborales simple y ágil sería necesario introducir un “procedimiento de certificación”, esto es, de manifestación anticipada de las partes de utilizar una cierta tipología contractual. La función de certificación sería útil para prevenir controversias judiciales sobre la calificación jurídica, y podría ser ejercida por estructuras públicas (en sede administrativa) e incluso sindicales. Se trata de “regular la complejidad”: es el paso “del ‘Estatuto de los Trabajadores’ al ‘Estatuto de los Trabajos’”.

Se alude también a la necesaria colaboración de los interlocutores sociales, solicitándoles el desarrollo de una nueva cultura de “responsabilidad social”. Se trata de la adopción de planteamientos que vayan más allá de la mera literalidad de la norma escrita y de los niveles mínimos que en ella se recogen, en particular se busca una actitud que tenga en cuenta las necesidades de los recursos humanos invirtiendo en ellos a fin de conseguir “recursos humanos de calidad”, lo que puede traducirse a la larga en un mayor rendimiento para la empresa.

El último aspecto al que se presta atención en esta sede es la jurisdicción laboral. La composición de las controversias debe inspirarse en criterios de equidad y eficiencia, a lo que, desde luego, no responde la actual situación de la justicia laboral italiana, caracterizada por su lentitud y en muchos casos por la ausencia de profesionalidad de quienes resuelven. Como alternativa se alude a la posibilidad de experimentar la solución arbitral de los conflictos individuales de trabajo, en particular en materia de despido, donde el propio

colegio arbitral pudiera acordar sobre la opción entre la readmisión o el abono de la indemnización. Se trataría de un arbitraje de equidad, con inmediata ejecución del laudo, e impugnabile en sede judicial sólo por vicios de procedimiento.

2. Objetivos de la reforma: la promoción de una sociedad activa y de un trabajo de calidad

La segunda parte del Libro Blanco se destina a los objetivos a conseguir con referencia a las distintas políticas que deben ser actuadas en cada caso. El primero de los objetivos resulta evidente: lograr una mayor ocupación (más trabajo). Así, se entiende que es necesario aumentar la tasa de ocupación, en particular de las mujeres, reduciendo los desequilibrios regionales y prevenir la desocupación de larga duración de jóvenes y adultos.

Al efecto se hace necesaria una nueva regulación de los incentivos y de los amortizadores sociales, capaz de lograr un equilibrio entre flexibilidad y seguridad, teniendo como objetivo último mayor ocupación y menos precarización. Y se insta a las partes sociales para que elaboren un sistema de políticas de la ocupación en el que la estabilidad y la seguridad se refieran no tanto al concreto puesto de trabajo como a la ocupación y al entero mercado laboral.

También se considera prioritario actuar sobre el sistema de aproximación entre la oferta y la demanda. Según ya se indicó, la actividad y medios de difusión e intercambio de la información relativa al mercado de trabajo: puestos vacantes, necesidades de personal, movilidad, características de los trabajadores,... son deficitarios en Italia. Más aun, se dice que la actual normativa protege al trabajador en la medida en que ha tenido acceso al trabajo, mientras el desocupado es abandonado a su suerte por las estructuras públicas de colocación, claramente inadecuadas. Por ello se considera imprescindible acelerar el establecimiento de medidas que permitan un encuentro eficiente entre oferta y demanda. Y se propone una urgente reforma de las normas que regulan el mercado de trabajo para conseguir un modelo que contemple la cooperación y la competencia entre estructuras públicas y estructuras privadas. En dicho modelo se deja a la actividad privada, en régimen de competencia, la mayor parte de los servicios, reservándose para las estructuras públicas funciones residuales y de control. Y teniendo en cuenta el éxito de experiencias habidas en algunas Regiones (Lombardia), en las que gracias al acuerdo entre los interlocutores y las instituciones regionales se han establecido servicios públicos para el empleo de sujetos especialmente desfavorecidos, se insta a las Regiones y Provincias a actuar en esta misma línea.

Todavía en este marco, se entiende necesario otorgar un papel de mayor relevancia a los entes privados, superando la actual limitación que supone el “objeto exclusivo” de actuación, y permitiendo la actividad de sujetos privados polifuncionales (caso de las EETT), sin perjuicio de su constante control y vigilancia. Al respecto, será prioritario eliminar el complejo régimen de autorizaciones hoy vigente y establecer un sistema de autorización único para todas las entidades privadas que pretendan actuar en el servicio de intermediación en el mercado de trabajo.

La preocupación por la rápida ocupación de los jóvenes una vez finalizados sus estudios se manifiesta en la propuesta de modificación de las tipologías contractuales con finalidades formativas. Se plantea una mayor separación entre el contrato para la formación y el contrato en prácticas, pues mientras el primero debería convertirse en un instrumento formativo de cara al mercado de trabajo en general, el contrato en prácticas debe entenderse como un instrumento que permite la inserción del trabajador en la empresa, en el sentido de adecuar su profesionalidad a las exigencias de la empresa que le asume. Y más allá de los objetivos generales, se pretende una modificación del régimen jurídico del contrato en prácticas a fin de uniformar los beneficios de seguridad social en todos los sectores, establecer una edad única como límite, ampliar su duración y tratar de eliminar los obstáculos administrativos para conseguir una mayor rapidez en el iter procedimental de la contratación. Igualmente están previstas formas de reembolso de los costes formativos para aquellos trabajadores que por exceder de los límites de edad no puedan tener acceso al referido contrato.

También el sistema de prácticas en empresas que se facilita a los estudiantes desde la misma Universidad, y que no constituye, ciertamente, una relación laboral, debe en cualquier caso simplificarse y favorecerse, pues supone un primer encuentro entre el joven y el mundo laboral y puede dar lugar a una futura asunción por la empresa en la que realizó sus prácticas. Se alude a la posibilidad de entregar al estudiante una suerte de asignación, similar a la que se recibe en una beca, y de favorecer al empresario con ventajas fiscales y de Seguridad Social.

La formación continua debe ser financiada con recursos públicos. Ya están previstas normas que permiten a las empresas deducir los gastos efectuados en formación de sus trabajadores, y lo que ahora se sugiere es la posibilidad de primar al trabajador con un sistema de *bonus* de formación, que se le entregan para comprar servicios de formación en estructuras privadas que ofrecen una mayor garantía a las empresas. En cualquier caso, serán necesarias acciones especiales en favor de los sujetos más débiles del mercado de trabajo, que difícilmente pueden encontrar de forma autónoma las ofertas.

Finalmente, en tema de formación, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar los “estándar mínimos de calidad”, se entiende que el sector público debe intervenir a fin de garantizar de un lado la calidad de los que ofrecen la formación y, de otro, acreditar a los que la reciben con los correspondientes títulos.

**SE HACE PRIORITARIO
ELIMINAR EL COMPLEJO
RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES
VIGENTE Y ESTABLECER UN
SISTEMA DE AUTORIZACIÓN
ÚNICO PARA TODAS LAS
ENTIDADES PRIVADAS
QUE PRETENDAN ACTUAR
EN EL SERVICIO DE
INTERMEDIACIÓN EN
EL MERCADO DE TRABAJO
COMO LAS ETT**

El último punto sobre el que se pretende actuar en esta sede se refiere a los incentivos y amortizadores sociales, racionalizando y simplificando un cuadro normativo que no sólo es ineficaz, sino que exige un elevado gasto público. Se trata de una reforma no propuesta por Gobiernos anteriores, que parte de la necesidad de un nuevo modelo más flexible de relaciones laborales. Actualmente se identifican en Italia tres distintos mecanismos de amortización social: la indemnización ordinaria asignada a los trabajadores no agrarios, la *mobilità* y la *Cassa Integrazione Guadagni* (CIG) para el sector industrial en supuestos de suspensión del contrato de trabajo (sobre ellos volveremos más adelante), y el tratamiento de desocupación del sector agrícola. En definitiva, es un sistema en el que no existe una protección del desempleo según el modelo español, seguramente compensado por una mayor rigidez en la regulación del despido, donde un elevado porcentaje se acoge a la denominada tutela real, que obliga al empresario a readmitir al trabajador caso de despido realizado ilícitamente.

La actuación en esta vertiente pasa por la adopción de diversas medidas: una ampliación del gasto público que acerque a Italia a la media comunitaria; la supresión de los diferentes sistemas de protección que existen en la actualidad y su sustitución por un sistema de protección del riesgo de desempleo de carácter unitario para todos los trabajadores; lo que no obsta a la existencia de otra protección paralela y de carácter privado, acordada por los sujetos implicados. Como líneas básicas de actuación en la materia se dice que las cuantías de las prestaciones no pueden servir para desincentivar la búsqueda de trabajo, debiendo fijarse límites al uso continuado en el tiempo de las prestaciones. Para prevenir abusos en el recurso a los fondos públicos cualquier tipo de prestación concedida al trabajador pasa por un previo compromiso de búsqueda activa de una nueva ocupación, que puede incluir la realización de actividades formativas.

Otro mecanismo que se propone es la reducción de la fiscalidad de aquellos trabajadores con rentas más bajas o con menor cualificación.

Con todo, se advierte de la necesidad de tener en cuenta que los incentivos asignados al trabajador individual y a la familia pueden producir el efecto no buscado de desincentivar el trabajo de la mujer en los supuestos de mujeres casadas cuyo cónyuge trabaja.

Finalmente, por lo que respecta a los incentivos a la ocupación en sentido propio, hay dos cuestiones básicas que el Libro entiende deben ser respetadas: aumento de los incentivos en favor de los sujetos más débiles (identificados por su ubicación territorial o por sus características personales) y la previsión de un sistema de régimen contributivo que favorezca la transformación y el recurso al contrato a tiempo indeterminado.

Junto a la ocupación, el otro de los objetivos prioritarios del Gobierno italiano es el relativo a la calidad del trabajo (mejores trabajos), ampliamente requerida desde los Consejos Europeos de Lisboa (2000) y Estocolmo (2001). Todos los interlocutores sociales deben poner en práctica políticas de empleo orientadas a la protección de los trabajadores ocupados en empleos de baja calidad, y facilitar su acceso a mejores empleos, evi-

Italia: El libro Blanco sobre el mercado de trabajo

tando su desplazamiento hacia la exclusión social y la desocupación de larga duración. Se pretende la consecución de un mercado sin divisiones internas entre puestos de trabajo precarios y puestos de trabajo “hipergarantizados”, en el que el trabajo sea un efectivo medio de inclusión social y no al contrario.

El objetivo de mejora de la calidad del trabajo se persigue sobre todo con la disminución de los actuales niveles de ocupación clandestina (que en Italia se sitúa en porcentajes dos o tres veces superiores a los de la media europea). En esta línea, el contrato denominado de “relineamiento retributivo”, tendente a la afloración del trabajo sumergido en el *Mezzogiorno*, experimentado desde hace algunos años, no ha sido del éxito que se esperaba. Ello porque (...) *“si bien es cierto que representa una innovación en la estrategia de emersión de lo sumergido, en cuanto que conjuga la lógica represivo-sancionadora con una lógica promocional e incentivadora, no es suficiente para dar respuestas reales al problema del trabajo ‘negro’”*. En consecuencia, se insta a los interlocutores sociales a la búsqueda de nuevas alternativas, entendiendo que la modernización del mercado de trabajo puede ayudar a la regularización del trabajo no declarado.

El otro importante punto de actuación es la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador, esto es, el trabajo estable. Sin embargo, se observa la presencia de contratos a tiempo indeterminado con un alto nivel de protección, junto a las nuevas modalidades introducidas en diversas reformas (trabajo temporal, EETT,...), que, por el contrario se caracterizan por su flexibilidad, lo que genera nuevas segmentaciones del mercado de trabajo, que contrastan con los efectos beneficiosos de la liberalización del acceso al trabajo. Se propone, en consecuencia, una actuación “simétrica” sobre el contrato a tiempo determinado y sobre el contrato a tiempo indeterminado para garantizar, de un lado, que el trabajador temporal pueda ser contratado indefinidamente y, de otro, que la contratación por tiempo indefinido impida nuevas contrataciones.

Con especial referencia al trabajo a tiempo determinado y a su finalización por voluntad del empresario, el Gobierno reconoce hacer suyo el principio tradicional en el ordenamiento italiano de la necesidad de causa de despido, si bien apunta la posibilidad de que no en todos los casos la consecuencia para el despido ilegítimo sea la readmisión del trabajador, experiencia, por otro lado, no desconocida en numerosos países europeos, entre ellos España.

Un apartado específico es destinado a las políticas para la flexibilidad y la seguridad. El Gobierno italiano considera, siempre siguiendo los dictados de la Unión Europea, que es necesario proceder a una modificación en profundidad de las relaciones de trabajo. Concretamente el pilar comunitario de la “adaptación” impone a los Estados miembros obligaciones muy precisas en ese sentido. En Italia la modernización del ordenamiento laboral es todavía más necesaria si cabe, habida cuenta el fenómeno ampliamente difundido del trabajo sumergido o clandestino. A fin de lograr esa modernización, se hace necesario el recurso a distintas tipologías contractuales: trabajo a tiempo parcial, trabajo de carácter fijo discontinuo, trabajo por tiempo determinado, trabajo “a proyecto” o trabajo coordinado y continuado, el trabajo de las cooperativas,...

Otras dos cuestiones de relieve que se incluyen en este mismo apartado son, de un lado, la reforma de la normativa sobre la jornada de trabajo para adecuarla a la Directiva

93/104, en particular en lo relativo al descanso diario y semanal y a los festivos anuales, de otro, la elaboración de un texto único en materia de salud laboral tendente a reordenar la actual normativa caracterizada por su complejidad y dispersión. Este texto único deberá servir para simplificar las disposiciones que hasta la fecha resultan inaplicables dada su oscuridad, para individuar criterios de prevención específicos de las pequeñas y medianas empresas y el sector agrícola, para la delegación de aquellas normas que revisitan naturaleza eminentemente técnica, y, en fin, para llevar a cabo la revisión del sistema sancionador.

El último de los apartados incluidos en los objetivos y políticas de actuación es el de la igualdad de oportunidades y la inclusión social. En él se trata del trabajo de la mujer y de los menores y del problema de la inmigración.

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo en los últimos tiempos es fruto de diversos factores: cambios culturales y tecnológicos, mayor flexibilidad de los instrumentos contractuales de acceso al trabajo,... No obstante, el incremento de la actividad femenina no ha sido homogéneo en todas las Regiones de Italia y no se ha visto acompañado de una equiparación salarial, apreciándose una divergencia cercana al 20 por ciento respecto de las retribuciones de los hombres. Una política orientada a la igualdad de oportunidades debe, ante todo, tratar de abolir las diferencias retributivas por trabajo de igual valor y, en segundo lugar, debe promover la presencia de la mujer en todos los estamentos de trabajo. Los instrumentos a utilizar en la política para la igualdad son: incentivos fiscales, políticas activas, la flexibilidad de los contratos atípicos, y las políticas de apoyo a las mujeres casadas para permitirles una mejor conciliación de la vida laboral y personal (políticas de interrupción de la carrera profesional, de permisos por maternidad, de trabajo a tiempo parcial,...). El Gobierno prestará especial atención a la mejora de la eficacia de las políticas activas de trabajo para reducir la amplia diferencia de géneros en términos de ocupación-desocupación, estimulando la oferta de guarderías y de otros servicios similares. Al tiempo, se obliga a la recepción de la Directiva comunitaria 2000/78/CE y a la remoción de los factores externos al trabajo que influyen negativamente en la decisión de la mujer de incorporarse al mundo laboral (por ejemplo, las cargas fiscales, de forma que una tributación que tenga en cuenta el total de la unidad familiar no sirva para desincentivar la ocupación de la mujer, sino al contrario).

El trabajo de los menores en Italia presenta actualmente caracteres preocupantes, tanto por su dimensión como por la concentración en específicos sectores y ámbitos sociales y territoriales. A fin de determinar el alcance del fenómeno el Ministerio del Trabajo ha encargado al Instituto Nacional de Estadística la realización de una investigación en la materia. Este instrumento constituirá el punto de partida inevitable para orientar las acciones de prevención y para verificar periódicamente su eficacia. Evitar cualquier forma de explotación del menor constituye una prioridad en la actuación del Gobierno por constituir una indicación de los organismos internacionales y por formar parte del proceso de saneamiento de la economía sumergida.

El tercer aspecto incluido en este apartado es el relativo a la inmigración, aspecto para el que se considera adecuado acudir a la metodología comunitaria de la “cooperación abierta”. Italia ha sufrido en los años 90 importantes flujos migratorios directamente destinados a cubrir los trabajos de más baja cualificación y a alimentar el fenómeno de la economía sumergida. El Gobierno tiene por objeto acercar la oferta y la demanda. Este objetivo puede conseguirse trabajando conjuntamente con los países de origen, en particular con aquellos con los que existen acuerdos de cooperación, a fin de crear mercados de trabajo interregionales, transparentes y gobernables. En este marco será oportuno favorecer acciones de formación y la actuación de operadores privados. Al mismo tiempo, será necesario planificar de forma más eficiente y tempestiva los flujos migratorios de forma que se permita prevenir y orientar los movimientos de personal. Todo esto lleva a un proyecto de reforma de la actual normativa en materia de emigración, que expresamente prevé modalidades contractuales de específica utilización en este marco: el “contrato de estancia”, que podrá ser estipulado para desarrollar un trabajo temporal de duración no superior a 9 meses, o un trabajo a tiempo determinado de duración igual a la del contrato y no superior a un año, o un trabajo a tiempo indeterminado con duración no superior a dos años. La pérdida del trabajo no es motivo suficiente para privar al trabajador extracomunitario y a sus familiares del permiso de residencia.

El tercer apartado incluido entre los objetivos y las políticas de reforma del mercado de trabajo italiano es el relativo a las relaciones industriales. Éste a su vez se divide en otros cuatro bloques referidos, respectivamente, al sistema de negociación colectiva, a la participación de los trabajadores en la empresa, a la democracia económica y a la conflictualidad y los servicios públicos esenciales.

Según ya de algún modo se ha anticipado, el Gobierno italiano considera que el actual sistema de negociación colectiva, derivado de los acuerdos interconfederales de 1992 y 1993, responde a un modelo eminentemente centralizado. Y si bien se muestra adecuado de cara a la consecución de objetivos macroeconómicos, resulta un obstáculo para llevar a cabo ajustes salariales necesarios en ámbitos inferiores que favorecerían la reducción de la desocupación. En consecuencia, se apuesta por una descentralización de la estructura negocial, y por una transformación del nivel nacional en una suerte de protección mínima general que exige de una nueva actuación en ámbitos inferiores.

EL OBJETIVO DE MEJORA DE LA CALIDAD DEL TRABAJO SE PERSIGUE SOBRE TODO CON LA DISMINUCIÓN DE LOS ACTUALES NIVELES DE OCUPACIÓN CLANDESTINA (QUE EN ITALIA SE SITÚA EN PORCENTAJES DOS O TRES VECES SUPERIORES A LOS DE LA MEDIA EUROPEA)

Los trabajos de la Unión Europea sobre las relaciones industriales ponen de manifiesto que las relaciones entre trabajadores y empresarios son hoy más participativas que hace 10 años y, en cualquier caso, menos conflictivas respecto del pasado. Por otra parte, la experiencia comparada enseña que los sistemas de relaciones industriales más participativos son también los que confieren una mayor competitividad a las empresas. La participación es, pues, un elemento constitutivo de un sistema de relaciones industriales basado en la calidad. La Unión Europea no impone un determinado sistema de participación, si bien crea las condiciones para que las partes sociales puedan ejercer derechos de información y consulta. En consecuencia, el Gobierno insta a los interlocutores sociales a una reflexión que permita mejorar la calidad de las relaciones industriales italianas, haciéndolas más participativas.

Otra cuestión de gran actualidad de la que el Gobierno se hace eco, es la participación financiera de los trabajadores en la empresa. El legislador italiano introdujo en 1997 una disciplina fiscal esencialmente favorable para la empresa que promocionaba la adquisición de acciones por sus trabajadores, y en 1998 se confirmaba esta opción favoreciendo la posibilidad de suscripción de opciones de compra sobre acciones de la compañía. No obstante, se aprecia la inexistencia de una disciplina que regule orgánicamente la materia, en la que se individualicen las modalidades de participación tendentes a la fidelización de trabajadores clave.

El libro finaliza con el apartado relativo a la conflictos colectivos y el respecto a los servicios públicos esenciales. Las reformas legislativas llevadas a cabo con la Ley 83/2000, tendentes a la ordenación de los servicios esenciales en caso de huelga, no parecen haber sido adecuadamente valoradas por las partes sociales implicadas. Dicha norma prevé la adopción de medidas previas al ejercicio del derecho de huelga, tendentes a “enfriar” los ánimos y evitar tal manifestación del conflicto. En este marco parece oportuno experimentar el instituto del referéndum, como forma de expresión de la voluntad de todos los implicados en el conflicto, pero sin que ello suponga prejuzgar sobre quién posee la legitimación para efectuar la convocatoria de la huelga.

Por último, se está estudiando la posibilidad de sustituir la actual Comisión de Garantía⁶, por un organismo especializado en materia de prevención y composición del conflicto colectivo, con competencias en la gestión de los conflictos en materia de servicios esenciales.

(6) La adopción de medidas de tutela de los servicios esenciales debe hacerse en los convenios colectivos o en los códigos de autorregulación. En los supuestos en los que falten el convenio o el código o aun existiendo no sean bastante para garantizar las exigencias de tutela de los usuarios de los servicios, la Ley atribuye a la Comisión de Garantía, tras el fracaso de un intento de conciliación entre las partes, la facultad de decidir de forma provisional, el contenido los servicios indispensables y los mecanismos para lograr el “enfriamiento” del conflicto y la conciliación de las partes.

IV. DEL PROYECTO A LA ACCIÓN: LA DELEGACIÓN AL GOBIERNO PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO ITALIANO

Apenas transcurrido un mes desde la publicación del Libro Blanco, el 15 de noviembre de 2001, el Gobierno aprobaba un Proyecto de Ley de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2002, solicitando al Parlamento la delegación legislativa para poder llevar a cabo una amplia reforma del mercado de trabajo según los objetivos e instrumentos contenidos en el Libro Blanco.

“(…) La solicitud de delegación al Parlamento aprobada por el Consejo de Ministros confirma la determinación de que el Libro Blanco no se convierta en un libro de sueños. Seguramente habría sido mejor esperar al desarrollo de un debate más amplio antes de tomar iniciativas, en particular porque la respuesta al Libro Blanco ha sido muy interesante y fructífera. Pero los tiempos de la política no son los de la reflexión científica y cultural. Mejor, pues, que comiencen a cobrar vida las primeras actuaciones. El contraste de opiniones puede continuar, teniendo en cuenta que de acordarse la delegación habrá un mayor control del Parlamento y de las mismas partes sociales”.

Esta solicitud de delegación legislativa no efectúa meras referencias genéricas de los aspectos a reformar, sino que presenta ya indicaciones concretas y detalladas sobre las instituciones afectadas que permite anticipar en gran medida cuál será el contenido del correspondiente Decreto/s Legislativo aprobado por el Gobierno, caso de que el Parlamento accediese a la delegación, sobre lo que no parece haber dudas.

En cuanto al mecanismo elegido por el Gobierno, se trata de un procedimiento no desconocido en Italia, antes al contrario, como recuerdan las delegaciones de los años 1992, 1993, 1995 o 1997⁷, que, sin embargo, presenta un significado especial, seguramente motivado por la amplitud de la reforma que se plantea en cuanto que afecta a apartados esenciales del Derecho del Trabajo. Con todo, no parece la opción más adecuada, de un lado, por cuanto supone un claro aumento del papel del Ejecutivo en detrimento de las facultades tradicionalmente atribuidas al Parlamento, de otro, porque el instrumento formal resultante, el Decreto Legislativo, pese a ser una norma con rango de Ley, a diferencia de lo que sucede en España, necesita de una periódica convalidación efectuada por el Parlamento (cada dos años), de ahí que no resulte especialmente apropiado cuando se trata de una regulación tan extensa como la que se pretende llevar a cabo.

El Proyecto de Ley de Delegación, según se apuntaba, es extremadamente ambicioso por lo que hace a su contenido, ya que pretende la reforma de importantes instituciones del Derecho del Trabajo italiano, siempre desde la lógica de la flexibilidad. Si bien, del mismo modo que sucedía con el Libro Blanco, algunas de las propuestas fueron ya anticipadas en Gobiernos precedentes (caso de la reforma de los amortizadores sociales y de las formas contractuales atípicas), mientras otras suponen auténticas innovaciones respecto de

(7) La delegación de 1992 afectaba a materias como: sanidad, empleo público, Seguridad Social y financiación territorial; la de 1993 a la contractualización en el sector público; la de 1995 a la reforma del sistema de pensiones, y la de 1997 a la descentralización de numerosas competencias en materia económica y social en favor de las Regiones.

las políticas seguidas hasta hoy. Pese a todo, dicho contenido no se corresponde exactamente con las propuestas contenidas en el Libro Blanco, dejando sin actuar algunas de las que en éste se efectuaban.

El Proyecto consta de 13 artículos destinados cada uno de ellos a la reordenación de una determinada materia, salvo el 11, que expresamente dispone la no aplicación de los artículos 1 a 10 a la Administración Pública y el 13 relativo a las disposiciones finales. Ello supone que el Gobierno, caso de aprobarse la Ley de Delegación tal como se presenta, debería en el término de un año, emanar al menos un Decreto Legislativo por cada uno de los 11 artículos de la Ley, regulando la correspondiente materia, lógicamente con sujeción a las indicaciones de la delegación.

Siguiendo el mismo orden que presenta el Proyecto de Ley de Delegación, éstas son las reformas que se plantean:

Artículo 1: Revisión de la normativa sobre servicios públicos y privados para el empleo, así como de intermediación en el suministro de mano de obra. (...) “En materia de empleo, intermediación e interposición en las relaciones de trabajo, la superación de las Leyes 264/1949 y 1369/1960 son novedades verdaderamente revolucionarias si se piensa que una idea del género nunca antes había sido siquiera tomada en consideración”. Se trata de superar la ineficacia de los actuales instrumentos que facilitan el encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo, liberalizando la regulación de forma que se permita la intervención del mayor número posible de operadores privados, en particular, de las EETT. Para ello se instaura un sistema de autorización única para todos los agentes, aunque diferenciando los requisitos exigidos (incluso de capitalización, llegado el caso), según el tipo de actividad que desarrollen (de mera aproximación o de intermediación en el mercado). Se elimina también la necesidad de un objeto social único y exclusivo, lo que permitiría a las EETT desarrollar otras actividades. Se autoriza el denominado “leasing de mano de obra”, según el cual, la correspondiente ETT puede suministrar a la empresa que lo demande trabajadores asumidos por tiempo indeterminado; un elemento ciertamente de importancia y que, sin embargo, ha pasado prácticamente desapercibido en la opinión pública. En otro orden de cosas, se clarifican los criterios para diferenciar los supuestos de contrata y subcontrata de la interposición de empresas, redefiniendo los supuestos de ilicitud.

Artículo 2: Regulación de los incentivos a la ocupación. Se busca la articulación de un sistema de incentivos a la ocupación que al tiempo no suponga cargas adicionales en los presupuestos del Estado, destinado a favorecer la inserción de sujetos sin trabajo, parados de larga duración, sujetos con riesgo de exclusión social o trabajadores ocupados en trabajos precarios o de baja cualificación. Para ello el Gobierno se basará en los siguientes principios: racionalización de los esquemas de incentivación en caso de nuevas asunciones, previendo un régimen general con graduaciones según las características de los sujetos afectados; medidas de incentivación fiscal para la transformación de los contratos precarios en contratos a tiempo indeterminado, con el objeto de favorecer la estabilidad; incentivos para la promoción del trabajo a tiempo parcial; vinculación de las políticas de

incentivación fiscal con las de desarrollo territorial; y la incentivación fiscal para las empresas y trabajadores que inviertan en acciones de formación continua.

Artículo 3: *Regulación de los amortizadores sociales.* La actual normativa sobre amortizadores sociales comprende la CIG⁸, los convenios de solidaridad⁹, la indemnización por movilidad¹⁰ y la indemnización por desocupación¹¹. La propuesta de reforma pasa por realizar una reordenación de tales instrumentos según unos principios básicos: la revisión del sistema de tutelas en caso de desocupación o en caso de mantenimiento de la relación laboral; definición de las condiciones que debe reunir el sujeto para continuar en el disfrute de las prestaciones, vinculándolas a la búsqueda de trabajo, a su disponibilidad para aceptar ofertas de trabajo, para participar en acciones formativas o en proyectos públicos para el empleo; racionalización del sistema en orden a las aportaciones empresariales, con posibilidad de elegir entre diversas bases imponibles y de introducir penalizaciones; simplificación de los procedimientos de concesión; adopción en favor de los trabajadores implicados en procesos de reorganización o reestructuración de empresas de actuaciones formativas en el marco de planes de reinserción; control de la oferta formativa de las Regiones destinada a sujetos temporalmente desocupados.

Artículo 4: *Regulación de las agencias técnicas instrumentales para la ocupación.* En este marco el Gobierno debe proceder a la nueva ordenación de los sujetos e instrumentos de análisis y control de

EL ASPECTO MÁS CONTROLADO ES INTRODUCIR DE MODO EXPERIMENTAL DISPOSICIONES RELATIVAS AL DESPIDO ILEGÍTIMO CON LA POSIBILIDAD DE QUE EL EMPRESARIO OPTÉ ENTRE LA READMISIÓN O UNA INDEMNIZACIÓN

(8) La CIG, que puede ser Ordinaria o Extraordinaria, permite compensar al trabajador que ve reducido su salario como consecuencia de la suspensión por causa objetiva de su contrato de trabajo. El trabajador recibe del Instituto Nacional de Protección Social (INPS) el 80 por ciento de lo que hubiera percibido por las horas no trabajadas, sin rebasar el límite mensual que se fija anualmente. La duración oscila entre los 12 y los 24 meses.

(9) Los “convenios de solidaridad” son convenios colectivos que acuerdan la reducción de la jornada de trabajo de los trabajadores de una empresa a fin de evitar las reducciones de personal (solidaridad interna o defensiva) o para favorecer nuevas contrataciones (solidaridad externa o expansiva). Para los trabajadores afectados se prevé una compensación por el salario dejado de percibir a cargo de la CIG Extraordinaria, y para los empresarios, una reducción de los costes de Seguridad Social.

(10) La indemnización por movilidad se reconoce en favor de los trabajadores que se han colocado en “movilidad” por sus empresas por alguna de estas circunstancias: finalización del período correspondiente a la CIG Extraordinaria, despido por reducción de personal o transformaciones de la actividad o del trabajo y despido por cesación de la actividad en parte de la empresa. El trabajador debe estar inscrito en las listas de movilidad y acreditar una antigüedad de 12 meses de los cuales 6 deben ser de trabajo efectivo. El importe de la indemnización es del 100 por ciento de la cuantía correspondiente a la CIG Extraordinaria, percibido o que hubiera debido percibir el trabajador en el período inmediatamente precedente al despido, durante los primeros 12 meses y del 80 por ciento de tal cantidad en los sucesivos, siempre dentro del límite mensual que se fija anualmente.

(11) La indemnización por desocupación. En los supuestos de extinción de la relación laboral se prevén diversas prestaciones temporales para compensar los salarios dejados de percibir, según requisitos y ámbito de aplicación. La financiación de tales indemnizaciones corre a cargo de la *Cassa di assicurazione* contra la desocupación que se financia con aportaciones del empresario.

los fenómenos de exclusión social y de funcionamiento del mercado de trabajo, y de verificación de la eficacia de las políticas de protección e inclusión social. Igualmente debe reformar las funciones del Instituto di *Formazione e Orientamento al Lavoro* y de *Italia Lavoro Spa*, en cuanto agencias técnicas instrumentales del Ministerio de Trabajo y de Política Social, que pueden ser utilizados por el Gobierno, las Regiones o los Entes Locales para la consecución de las finalidades perseguidas por las políticas activas de empleo.

Artículo 5: *Regulación de los contratos de contenido formativo* (contratos de trabajo en prácticas y para la formación y prácticas integradas en empresas). El Gobierno entiende que debe valorarse adecuadamente la actividad formativa desarrollada en la empresa, de ahí que el contrato para la formación esté llamado a convertirse en un importante instrumento formativo de cara al mercado de trabajo. Por el contrario, el contrato en prácticas tiene una función distinta, debiendo permitir la inserción del trabajador en la empresa, de ahí que deban diferenciarse claramente. Por otra parte, se alude a la necesaria adopción de medidas adecuadas para favorecer los sistemas de prácticas en empresas que no suponen relación laboral entre las partes. Por último, se estima necesario el establecimiento de incentivos a la contratación y la simplificación de los mecanismos de reconocimiento y abono de tales incentivos, así como mecanismos de control y de valoración de los resultados. Especial atención debe prestarse también en este marco al trabajo de la mujer.

Artículo 6: *Transposición de la Directiva del Consejo 93/104 /CE sobre jornada de trabajo*¹². En este punto se mantienen los acuerdos alcanzados por las partes sociales el 12 de noviembre de 1997 que no fueron llevados a la práctica. Se reconocen los efectos de los convenios colectivos en vigor a la fecha de entrada en vigor de la norma de transposición de la Directiva. Y oídos los sindicatos y las asociaciones empresariales, podrán reformarse las normas relativas al trabajo nocturno, horas extraordinarias, así como determinadas jornadas especiales: comercio, turismo, agricultura,...

Artículo 7: *Regulación del trabajo a tiempo parcial*¹³. La actuación del Gobierno italiano sobre el contrato a tiempo parcial está orientada esencialmente a la promoción del recurso a este tipo de contrato, ello dentro del respeto a los principios siguientes: favorecimiento del recurso a prestaciones de trabajo suplementario en la hipótesis de trabajo a tiempo parcial horizontal, de acuerdo con los convenios colectivos estipulados o por acuerdo con el propio trabajador en ausencia de convenio; favorecimiento de formas flexibles y elásticas en el contrato a tiempo parcial vertical y mixto, con reconocimiento, en su caso, de

(12) Esta parte de la delegación posteriormente se ha dejado sin efecto, ya que se ha incorporado a la Ley Comunitaria de 2001 (norma que establece las Directivas comunitarias que deben ser traspuestas en el año y el modo de hacerlo), si bien el contenido se ha mantenido íntegramente.

(13) La regulación actual del contrato a tiempo parcial en Italia se contiene en el Decreto Legislativo 61/2000 y sucesivas modificaciones. Es aquel contrato que contempla una jornada de trabajo reducida respecto de la que indica la Ley 196/1997 (40 horas semanales), o el convenio colectivo. La distribución de la jornada de trabajo puede hacerse según dos modelos: a) trabajo diario, pero con jornada reducida respecto de la habitual (tiempo parcial horizontal); b) trabajo a jornada completa, pero limitada a diversos periodos predeterminados en la semana, el mes o el año (tiempo parcial vertical). La combinación de las modalidades a) y b) da lugar al tiempo parcial mixto.

una mejor retribución al trabajador; extensión de formas flexibles a los contratos a tiempo parcial por tiempo determinado; supresión de cualquier limitación que impida el recurso a este tipo de contrato; aplicación del principio *pro rata temporis*, incluso para el cálculo del número de trabajadores empleados en la empresa; extensión de la modalidad al sector agrícola.

Artículo 8: *Regulación de los trabajadores fijos discontinuos, el trabajo temporal, el trabajo coordinado y continuado, el trabajo ocasional, el trabajo accesorio y el trabajo compartido*. Se trata de actuar sobre determinados aspectos de las tipologías contractuales indicadas. Así, por lo que respecta a los trabajadores fijos discontinuos (*lavoro a chiamata*), se prevé el establecimiento de una indemnización en favor del trabajador que garantice a la empresa su disponibilidad para ser llamado para la realización de actividades discontinuas o intermitentes, identificadas en los convenios colectivos o por Decreto del Ministerio de Trabajo y de la Política Social. Se permitirá el recurso al contrato de trabajo por tiempo determinado para trabajadores minusválidos y pertenecientes a categorías asimilables. Se permitirá el recurso a las EETT a las empresas del sector agrícola. Se admitirán formas de trabajo ocasional para determinadas actividades de asistencia social, en favor de la familia o de entes sin fin de lucro para ser desarrollados por determinados sujetos: desempleados de larga duración, otros sujetos con riesgo de exclusión social, los que todavía no han entrado en el mercado de trabajo o los que están a punto de salir de él. Y se admitirán formas de prestación de compartidas por varios trabajadores, que se obligan solidariamente frente al empresario al cumplimiento del contenido de una única prestación laborativa (son las fórmulas denominadas *work-sharing* o trabajo compartido).

Quizá el aspecto más relevante de este artículo sea la referencia al “contrato de colaboración coordinada y continuada”. Con ello se refleja la preocupación del Gobierno italiano por la protección de las actividades desarrolladas en la difusa frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. La reforma pretendida sólo puede entenderse partiendo de la actual normativa sobre los “contratos de colaboración coordinada y continuada”, relaciones de colaboración de un sujeto con una empresa, de carácter no ocasional, coordinadas con la actividad del contratante, pero desarrolladas sin vínculo de subordinación, de forma personal y sin empleo de medios ajenos, a cambio de una contraprestación. Es una forma de trabajo no regulada expresamente, pero a la que se ha prestado especial atención desde diferentes ámbitos. Así, el INPS, a partir de 1995¹⁴, lleva a cabo una gestión especial para los sujetos contratados de este modo; el Código de Procedimiento Civil somete esta relación a la competencia del juez de lo Social, reconociéndole, y ésta es la gran novedad respecto de la situación en España, un carácter “parasubordinado”; y en fin, la Ley de acompañamiento a la de presupuestos Generales para el año 2000¹⁵, equiparaba las rentas del trabajo parasubordinado a las del trabajo dependiente.

Se busca la identificación de criterios temporales de duración de la prestación y de retribución, a fin de diferenciar esta figura de las colaboraciones de carácter meramente oca-

(14) Ley 335/1995, de reforma del sistema de Seguridad Social.

(15) Ley 342/2000.

sional, y lo que, sin duda, es una gran innovación: el establecimiento de mecanismos de tutela de la dignidad y de la seguridad del colaborador, en la línea de lo que el Libro Blanco apuntaba cuando aludía al establecimiento de círculos concéntricos de protección que comprendieran, progresivamente, desde los más elementales derechos a los más complejos, siempre que un sujeto desempeñara algún tipo de actividad para una empresa, incluso en los casos en que existieran dudas en la calificación jurídica sobre el tipo de relación que vinculaba a las partes.

Artículo 9: *Regulación de la materia relativa a la certificación de la relación laboral.* Admitido el contrato de colaboración coordinada y continuada, con este artículo se pretende instaurar un sistema de certificaciones del trabajo desempeñado según las notas antes indicadas, a fin de evitar en lo posible la conflictividad judicial. Dicho sistema, de carácter experimental, parte del carácter voluntario de la certificación. El sujeto encargado debe ser un ente bilateral constituido por iniciativa de las asociaciones empresariales y sindicatos o en el ámbito de la Administración laboral. En caso de controversia sobre la calificación de la relación siempre queda abierta la posibilidad de recurso a la autoridad judicial.

Artículo 10: *Regulación de otras medidas de carácter temporal y experimentales para la promoción de la ocupación regular y la contratación a tiempo indeterminado.* A fin de promover la ocupación regular y la contratación de trabajadores por tiempo determinado, el Gobierno pretende introducir de modo experimental disposiciones relativas al despido ilegítimo, con derogación en la parte que corresponda del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores (SL). Es éste, sin duda, el aspecto de la reforma propuesta que mayores críticas y controversias ha suscitado.

Debe recordarse que el art. 18 SL establece el denominado “sistema de garantía real” para el trabajador en caso de despido ilegítimo o injustificado. Dicho sistema consiste en la necesaria reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo (sin solución de continuidad en su contrato), sin posibilidad de sustitución por una indemnización y con abono de los salarios dejados de percibir desde el día del despido¹⁶.

El Proyecto, siempre para el despido injustificado, introduce en favor del empresario la posibilidad de opción entre la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización. Esta modificación no tiene un alcance general, sino que únicamente será de aplicación a los despidos basados en razones objetivas ligadas a medidas de emersión de los contratos ilegales, de estabilización por transformación de contratos temporales en contratos a tiempo indeterminado, y para supuestos de incremento de la contratación en las PYMES. Por otro lado, se trata de una reforma que asume el límite temporal de cuatro años, sin perjuicio de sucesivas prórrogas.

(16) Esta garantía se aplica a todos los trabajadores ocupados en empresas de más de 15 trabajadores (5 si son agrarias), situados en una misma unidad productiva, o de más de 15 trabajadores en más de una unidad productiva del mismo término municipal, o de más de 60 trabajadores con independencia de donde se hallen radicados.

“Es inevitable hablar del art. 18, esto es, de la norma-símbolo del Estatuto de los Trabajadores que el Gobierno pretende reformar. Debe hacerse una aclaración, importante en el plano técnico y absolutamente necesaria en el plano político. No consta que se trate de poner en discusión el principio del despido injustificado. Se equivocan los representantes de la mayoría y los de la oposición que, por razones contrarias, hablan de despidos más fáciles. ¿Cómo puede sostenerse que sustituyendo la indemnización por la readmisión, el despido se liberalizaría? Seguramente puede disminuir el efecto disuasorio sobre el empleador, que podría ser inducido a aprovechar el disminuido rigor del aparato sancionador. Pero incluso ésta es una consecuencia más aparente que real, teniendo en cuenta el limitado número de casos en los que el trabajador injustificadamente despedido se acoge a la readmisión.

Sin embargo, el efecto mediático ya se ha consumado. La mayor parte de los italianos seguramente están convencidos de que se está discutiendo un proyecto de liberalización de los despidos (...). Más aun, después de haber presentado un Proyecto de delegación que abarca tantísimas materias sólo se discute sobre el art. 18. Admitamos que de un modo u otro esta atormentada reforma del art. 18 se apruebe por el Parlamento. Seguramente la oposición propondrá un referéndum abrogativo. Y teniendo en cuenta como están yendo las cosas hasta ahora, las probabilidades de que tenga éxito son muy altas. ¿Quién votará contra la reducción de la tutela frente al despido? (...) Sería mejor, mucho mejor, que se alcanzara un acuerdo para retrasar la intervención reformadora del Gobierno al momento en el que el Gobierno presente la propuesta de Estatuto de los Trabajos, posiblemente con el acuerdo de los interlocutores sociales, al menos de aquellos que razonablemente acuden a la huelga, pero no demonizan al adversario (...).”

Artículo 12: *Regulación del arbitraje para la solución de los conflictos individuales de trabajo.* Con el objetivo prioritario de reducir las controversias individuales de trabajo en sede judicial, el Gobierno deberá suprimir y modificar parte del art. 412 del Código de Procedimiento Civil a fin de dar entrada al arbitraje laboral de acuerdo con los siguientes principios: naturaleza voluntaria del compromiso arbitral; forma escrita de la cláusula de sumisión; arbitraje de equidad, aunque dentro del respeto al ordenamiento laboral; posibilidad de que el árbitro decida sobre la opción por la indemnización o por la readmisión en los

**EL GOBIERNO SOLICITÓ
DEL PARLAMENTO LA
DELEGACIÓN LEGISLATIVA
PARA LLEVAR A CABO LA
REFORMA A TRAVÉS DEL
PROYECTO DE LEY DE
DELEGACIÓN QUE CONSTA
DE TRECE ARTÍCULOS
DEDICADOS CADA UNO DE
ELLOS A LA REORDENACIÓN
DE UNA DETERMINADA
MATERIA**

supuestos de despido previsto en el art. 18 SL; impugnación del laudo arbitral en sede judicial y en una única instancia sólo por violación de las normas procedimentales; laudo inmediatamente ejecutivo, incluso en el caso de ser impugnado, y, en fin, creación de colegios o cámaras arbitrales estables distribuidos por todo el país.

V. VALORACIÓN CRÍTICA: SUGERENCIAS PARA EL CASO ESPAÑOL

Con la comparación no se trata de adoptar las soluciones alcanzadas por otro Estado, sino únicamente de extraer de ellas información útil para los problemas propios. La proximidad geográfica, cultural y jurídica de Italia hace que en particular el Libro Blanco sobre el Mercado de Trabajo sea un elemento a tener en cuenta por el laboralista español por las perspectivas que adopta y los retos que plantea.

El Libro Blanco, ya se indicó, es una importante novedad en la misma Italia tanto en su forma como en su contenido. Por lo que hace a los aspectos formales, es de destacar en principio su propia elaboración: no es un programa presentado por el Gobierno correspondiente, sino un documento resultado del trabajo de expertos procedentes de diversos campos, en el que se reflejan los principales puntos sobre los que se entiende necesaria una actuación política. A ello hay que añadir que el Libro no finaliza en sí mismo, sino que, antes al contrario, propone la apertura del diálogo con todos los sujetos implicados en la materia. Pero no sólo de los que podrían considerarse sus destinatarios inmediatos: patronal y sindicatos, sino también de cualesquiera otros que de un modo u otro están vinculados: Administración, Entes Regionales, Locales, representantes de la Universidad, de la Jurisdicción (...) Se trata de recabar el mayor número posible de opiniones y propuestas para enriquecer y determinar el marco de actuación.

En cuanto a su contenido, es importante el recurso a nuevas técnicas en la regulación de las relaciones laborales tomadas en gran medida de la práctica comunitaria, pero también del modelo anglosajón: la aplicación subsidiaria de la Ley en la relación Ley-convenio, las *soft laws*, (...) Especialmente significativo es el papel asignado al diálogo social, superando el período precedente de Concertación Social, reconsiderando el papel asignado a los interlocutores sociales, de quienes se pide colaboración para actuaciones globales a corto, medio y largo plazo, pero no únicamente para situaciones y aspectos concretos.

De gran interés es también la propuesta de simplificación del cuadro normativo del trabajo con la emanación de un texto único. Y a ello hay que añadir que no se trata ya de un "Estatuto de los Trabajadores", sino de un "Estatuto de los Trabajos", lo que supondría la superación de la tradicional distinción entre trabajo subordinado y trabajo autónomo y la clarificación de las actuales "zonas grises". Con este planteamiento se pretende dar protección a todo trabajo desarrollado para un tercero. A partir de ahí, la tutela otorgada por el Ordenamiento variaría gradualmente, incrementándose según fuera la relación de dependencia. Mecanismo que permitiría, de un lado, una protección inicial de cualquier sujeto que prestase su trabajo para un tercero, con independencia de cual

fuera el resultado de un posterior proceso judicial en el que, llegado el caso, se determinara la existencia de una auténtica relación laboral. De otro, la existencia de algún tipo de tutela seguramente limitaría en gran medida la judicialización de muchas cuestiones.

Según se ha visto, son muchas y variadas las instituciones que pretenden afectarse a fin de dar cumplimiento a los mandatos europeos que permitan a Italia más y mejores trabajos. En aquel país la reforma de las garantías para el despido injustificado contenidas en el art. 18 SL han centralizado las críticas y la atención pública. Sin embargo desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta que la nueva regulación se aproxima bastante a la nuestra, más interesantes resultan otras propuestas. Así, la reforma en los sujetos públicos y privados encargados de aproximar la oferta y la demanda, en particular de las EETT. La modificación de los amortizadores sociales de forma que se limite al máximo la fractura y las graves diferencias existentes actualmente entre los distintos tipos de “trabajos”: precarios vs “hipergarantizados”. La atención prestada a la inmigración. La reordenación de las diversas tipologías contractuales para dotar al mercado de trabajo de diversas modalidades y tipos de contratos que den respuesta a las necesidades que suponen situaciones personales y profesionales muy diferentes, evitando de esa forma rigideces que pueden afectar tanto a trabajadores como a empresarios y que, en definitiva, redundan en perjuicio del propio mercado de trabajo.

No cabe duda de que cada Ordenamiento jurídico da respuesta a las necesidades propias del Estado al que pertenece, ello no obstante, el Libro Blanco sobre el mercado de trabajo italiano y el sucesivo Proyecto de Ley de Delegación nos muestran claramente que no todo está ya dicho y actuado, y cómo las prácticas políticas de un lado y el Derecho del Trabajo de otro, pueden renovarse periódicamente para dar respuesta a la constante evolución del trabajo y de la sociedad en la que se desarrolla.

VI. MARCO BIAGI: EL HOMBRE Y EL MAESTRO

En los días inmediatamente siguientes a la trágica tarde del 19 de marzo he abandonado repetidas veces la idea de escribir un recuerdo de Marco. No se trataba, simplemente, de renunciar a un auténtico homenaje, el cual, por otro lado, Marco, al igual que su Maestro¹⁷, seguramente no habría agradecido. Tampoco era, al menos eso creo, una inútil tentativa de retrasar el mayor tiempo posible las penosas emociones de quien hubiera querido que se tratase sólo de una espantosa pesadilla, y que, todavía hoy, cada vez que suena el teléfono piensa que sea él,..., piensa en él.

Se ha tratado más bien de un sentimiento de pudor hacia un dolor íntimo y privado y que así quería continuar, casi como si hablar de Marco significase no sólo romper definitivamente

(17) En el momento de la preparación de su escrito en recuerdo de Federico MANCINI, presentado en marzo de 2001 en la Johns Hopkins (cfr. M. BIAGI, *Federico Mancini: un giurista “progettuale”*, The Johns Hopkins University Bologna Center, núm. 8/2001, pág. 3), tuve ocasión de intercambiar con Marco algunas bromas –que entonces me parecían graciosas–. Según decía, cualquier forma de conmemoración por mi parte habría resultado imposible por razones de edad, teniendo en cuenta su firme intención, como entonces me decía para desmentirse inmediatamente, de ocuparse en primera persona de nuestro Centro Studio modenés en los próximos 20 años y seguramente todavía más.

aquel cordón que nos ha unido fuertemente durante más de un decenio, disfrutando uno de los éxitos de otro y viceversa, sino incluso malvender parte de los recuerdos, de los sentimientos más profundos y de los sacrificios que, día a día, han dado cuerpo a una relación humana antes que profesional, para mí única y ciertamente irrepetible. Marco Biagi ha marcado profundamente mi vida, así como creo haber marcado yo una parte de la suya.

El deseo de escribir no ha llegado tampoco de aquello que en circunstancias normales hubiera podido impulsarme. Instrumentalizaciones políticas, conmemoraciones retóricas, expresiones de palabras en libertad no me han afectado mínimamente: la rabia del momento se ha transformado rápidamente en dolor y, ahora, en un sentimiento de profunda melancolía y soledad. Sólo con los hechos, volviendo a poner en marcha fatigosamente y en silencio el Centro Studi Internazionali e Comparati de Módena fundado y dirigido por él a partir de 1991, los otros muchachos de Marco (Riccardo Salomone, Alberto Russo, Olga Rymkevitch y Carlotta Serra) y yo mismo podremos responder a tanta injusticia e imposición; sólo de este modo Marco podrá continuar viviendo y dando que hablar de sí mismo y de ese pequeño milagro surgido en pocos años de la nada —la Meca del comparatista, como escribe Roger Blanpain en el núm. 2 del *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*—.

De niño pensaba haber pagado ya un alto precio a la muerte, pero me equivocaba. En la madurez de hoy me queda no sólo el vacío de entonces, sino también un dolor nuevo: el de un discurso abandonado en la mitad, el de un último saludo en la estación de trenes de Bolonia, ciertamente no de los mejores, el de un sueño y tantos proyectos destrozados de un solo golpe y sin ninguna justificación, el de la certeza, que no tuve de niño, de aquello que ha sucedido. Y me queda también una nueva vida, la de una niña que está por nacer: una niña que me enseña que no obstante, incluso esta vez es necesario mirar hacia delante y dar un nuevo sentido a la existencia para llenar aquel vacío del período de la adolescencia que el propio Marco me había ayudado a colmar y que ahora, inexorablemente, ha vuelto a emerger.

Espero, es más, estoy seguro de que, junto a los sentimientos de rabia, melancolía y soledad pronto Marina, Francesco y Lorenzo aprenderán a cultivar un nuevo y extraordinario amor: el amor que se alimenta y se fecunda en el recuerdo de Marco y de todos aquellos pequeños episodios cotidianos que parecen banales y rutinarios, pero que, en realidad, dibujan día a día nuestra vida.

No, no es cierto que ahora ya nada tiene sentido, y esto me lo digo a mi mismo, pero, sobretodo, a Lorenzo. Si nosotros no hubiéramos existido hubiera sido mucho peor, porque nunca hubiéramos tenido la fortuna de encontrar y conocer a Marco; nunca hubiéramos tenido el privilegio de reír, bromear, disfrutar e incluso discutir con él. Y esto, estoy seguro, lo comprenderemos todos mejor sólo con el transcurso de los años.

A pesar de la notable diferencia de caracteres, me unía a Marco una profunda, instintiva fe en Dios. La explicación de lo que ha sucedido es ciertamente un misterio, como un

misterio es nuestra vida, la grandeza y la miseria de nuestra cotidianidad, la precariedad de la existencia, tantos sacrificios que ahora parecen inútiles y sin sentido. Estoy seguro de que volveremos a encontrarnos y que mientras tanto, de lejos y quién sabe con qué clase de bicicleta (porque estoy seguro de que ya has conseguido una bicicleta)¹⁸, nos acompañarás a todos: a tu familia, a tus muchachos del Centro Studi modenese y a todos aquellos que te han querido realmente.

Dos han sido, creo, los sucesos que me han, por así decir, “desbloqueado” e inducido a confiar a la pluma una semblanza de Marco como hombre y como Maestro.

El primero, la lectura de un apasionado editorial de Gianpaolo Pansa aparecido en *L'Espresso*. Un puñetazo en el estómago ya con el título: “¿Biagi?, ¿quién era ése?”¹⁹ Pansa escribe una amarga verdad cuando dice: “Taliercio, Rossa, Casalegno, Tobagi: nombres e historias que no tienen ya resonancias. Pronto sucederá lo mismo con el prof. Marco Biagi y se dirá: ¿Biagi?, ¿quién era ése?”. Lo acaecido a Massimo D'Antona —el indeleble recuerdo que tienen de él los familiares, los amigos más íntimos y los extraordinarios alumnos, de un lado, y la evidente indiferencia no digo ya del gran público, sino de muchos laboristas, no necesariamente los más jóvenes, de otro— es una clara demostración²⁰.

Todavía más decisiva ha sido la lectura en las diversas versiones que me han sido presentadas de la bellísima conmemoración escrita por Marcello Pedrazzoli para la *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*²¹. No tanto porque Pedrazzoli me ha suavemente (y paternalmente) invitado, más allá de cada “cuestión” o “lectura” académica, a asumir mis responsabilidades de alumno y amigo de Marco, sino porque sobre todo, finalmente se ha llevado a cabo por un observador cercano a él, pero en

**BIAGI ERA UN
COMPARATISTA PUESTO
QUE PARA ÉL
LA COMPARACIÓN ERA
EL ÚNICO MODO POSIBLE
PARA VERIFICAR
ANTICIPADAMENTE EL
ÉXITO EN LA APLICACIÓN
DE LAS TÉCNICAS
REGULATORIAS EN
PROYECCIÓN**

(18) La bicicleta: otra añoranza. Ha sido la de la bicicleta una pasión que compartíamos, pero nunca pedaleamos juntos.

(19) Vid. núm. 14/2002 de *L'Espresso*.

(20) Precisamente a Massimo D'Antona está ligado otro de los más bellos recuerdos que conservo de Marco. Todavía está impresa en mi memoria la simplicidad y la discreción con la que Marco —durante una de las sesiones del VI Congreso Europeo de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Varsovia 13-17 septiembre 1999), al margen de todo protocolo y conmemoración oficial (que no estaba prevista en aquella ocasión)— sentado en el centro de la mesa de ponentes, con Paul Davies a su izquierda y Alan Supiot a la derecha, de improviso pidió a los participantes un minuto de silencio para recordar a Massimo D'Antona. Un gesto espontáneo y gratuito, delante de una platea integrada exclusivamente por extranjeros (con la única excepción de Mateo Dell'Olio y de un joven colaborador suyo), para los cuales ya hacía tiempo que se había apagado el nombre y la historia de D'Antona.

(21) M. PEDRAZZOLI, “Marco Biagi e le riforme possibili: l'ostinazione del progetto”, en *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 2/2002.

cualquier caso “externo”, la labor de recuerdo y homenaje al prof. Marco Biagi, que, ciertamente, a mi no me corresponde.

Llegados a este punto creo que no sólo puedo, sino que debo dejar en un texto escrito la semblanza “del interior” de Marco, como hombre y como Maestro, completando cuanto Marcello Pedrazzoli tan acertadamente ha escrito y cuanto otros (igualmente acertados) seguramente escribirán, contribuyendo a extender los puntos de vista a través de los cuales valorar y apreciar la obra científica y la personalidad de Marco. Me he convencido de que también esto es un modo de rendir homenaje a un nombre y a una historia, que para quien, como yo, estaba a su lado (codo a codo, como me ha dicho Gigi Montuschi, conmoviéndome y sanando con un toque maravilloso una herida desde hace bastante tiempo abierta), van más allá de los numerosos e importantes éxitos académicos y profesionales; y es éste, creo, un imprescindible punto de partida para dar un nuevo sentido a la vida de Marco y a las personas que “desde el interior”, han vivido con él y cotidianamente han compartido las alegrías y los sacrificios sobre los que se fundaba un extraordinario método de trabajo o, lo que es lo mismo²², la obstinación del proyecto.

Bolonia, 14 de abril de 2002

1. Marco BIAGI y Federico MANCINI: juristas “proyectistas”

A Marco, el discípulo que más de cerca ha seguido mis enseñanzas, un libro en el que el liberal encuentra explicadas las razones de su liberalismo: esto es, su respeto por las sociedades que ambicionan sólo ser decentes.

El “cabeza de estirpe”

En esta dedicatoria del “cabeza de estirpe”, escrita sobre la primera página de “Una teoría de la justicia” de John Rawls²³, hay mucho de Marco. Su relación con el Maestro sobretodo. Pero también un pragmatismo reformador propio de quien armado sólo de tenacidad, obstinación y tanta paciencia ambiciona a incidir directamente sobre las instituciones y sobre los mecanismos reguladores de una sociedad compleja, de tradición democrática y pluralista. Como Federico Mancini, también Marco Biagi era un jurista “proyectista” y su trayectoria humana y en sentido amplio, “profesional” puede justamente ser leída, desde este punto de vista, como la culminación de lo iniciado por el “cabeza de estirpe” de la Escuela de Derecho del Trabajo de Bolonia.

(22) Como ha intuido perfectamente Marcello PEDRAZZOLI, *op. cit.*

(23) J. RAWLS, *Una teoría della giustizia*, Feltrinelli, 1984.

Cada componente de la Escuela de Bolonia representa indudablemente, según las diversas inclinaciones y metodologías, la continuación del modelo de trabajo iniciado por Federico Mancini. Respecto de los restantes alumnos, Marco lo había seguido no sólo en la elección del método —el de la comparación jurídica—, sino, sobretodo, en la pasión política (tan fuerte como su común pasión por el Bolonia Fútbol) y, más recientemente, gracias a la fundamental aportación de Tiziano Treu, incluso sobre el plano de la proyección. También Marco —como a él mismo gustaba definirse en los últimos tiempos— era un jurista “de proyecto”.

De Marco Biagi y de las “reformas posibles” ya ha escrito brillantemente Marcello Pedrazzoli y algo añadiré yo seguidamente. Sin embargo, antes debo poner de relieve el paralelismo entre Federico Mancini y Marco Biagi. No sólo porque Marco me hablaba siempre de su Maestro y de aquello que él habría hecho de estar en su lugar en circunstancias análogas. Basta leer *Federico Mancini: un giurista “progettuale”*²⁴ para entender que Marco se sentía (sin perjuicio de reconocer su inimitable personalidad y de aquella que él definía “genialidad inalcanzable” del Maestro), una proyección viva de Federico Mancini.

En este recuerdo de Mancini, Marco, como es natural que así fuera, se veía a sí mismo y a su itinerario humano y académico en particular: el comparatista en primer lugar, pero también el Maestro (de una incipiente Escuela modenese), después, el innovador, el moderno, el protagonista²⁵. Como Federico Mancini, Marco Biagi era todas estas expresiones que hacen de un jurista un “jurista proyectista”. Y es así como yo quiero recordarlo.

2. Marco BIAGI comparatista

No soy yo quien debe decir si Marco ha sido un gran comparatista. Mi respuesta sería no sólo evidente sino también partidista y todavía está fresca en mi memoria la polémica, recentísima y cada vez menos velada, sobre el uso que Marco hacía del método comparado. Me limito a decir a este fin que Marco no sólo conocía bien el clásico trabajo de Otto Kahn-Freund sobre “El uso y el abuso del Derecho Comparado”, sino que había asumido humildemente, cosa que creo única en el panorama iuslaboralístico italiano, la fundamental indicación de método que en él se contiene: hacer del sistema nacional uno más de los diversos Ordenamientos de la comparación para analizarlo sólo en relación a sus características intrínsecas²⁶.

Para Marco había llegado a ser natural prescindir de la centralidad de nuestro sistema jurídico nacional, no por soberbia intelectual, sino, simplemente, por una innata capacidad —que le era reconocida por el mismo Federico Mancini— de ver en la distancia y de prever con muchísima antelación acontecimientos y escenarios futuros. Y esto, que puede haber contribuido a alimentar en determinadas circunstancias alguna incompreensión en quienes se resisten, más o menos conscientemente, a abandonar la limitada perspectiva

(24) M. BIAGI, *Federico Mancini: un giurista ‘progettuale’*, cit.

(25) Es ésta la división de los párrafos en el recuerdo a Mancini. Cfr. M. BIAGI, *Federico Mancini: un giurista “progettuale”*.

(26) Cfr., en particular, M. BIAGI, *Rappresentanza e democrazia in azienda. Profili di diritto sindacale comparato*, Maggioli, 1990, pág. 3.

que ofrece el Derecho nacional, representa claramente la gran herencia de Marco BIAGI comparatista.

La cada vez más importante dimensión europea y comunitaria del Derecho del Trabajo, la internacionalización de los mercados y los complejos procesos que recientemente han conducido a la sustancial pérdida de soberanía estatal sobre las normas que regulan los mecanismos de producción y de intercambio de la riqueza, no podían sorprender a alguien que, como Marco, había abandonado hacía tiempo los limitados hábitos del jurista nacional. Más aun, precisamente el tratamiento equilibrado de los diversos sistemas nacionales hacía particularmente posible el ejercicio de comparación que tanto ha caracterizado la evolución del pensamiento y de la habilidad proyectiva de Marco.

Marco no estaba interesado, simplemente, en la propagación de los modelos. La comparación, al menos a partir del último decenio, era para él el único modo posible para verificar anticipadamente el éxito en la aplicación de las técnicas regulatorias en sede de proyección²⁷, contribuyendo al mismo tiempo a disolver falsos problemas y resistencias ideológicas respecto del proyecto de modernización del mercado de trabajo. El último trabajo colectivo dirigido por él, dedicado a la nueva regulación del trabajo por tiempo determinado²⁸, representa un claro ejemplo de cómo la comparación debería de haber servido para conocer y resolver en la práctica los problemas del mercado de trabajo. La comparación –ha escrito Rodolfo Sacco en un libro que nos es especialmente querido–, es historia, “y esta historia que destruye falsos conceptos, conduce al conocimiento”²⁹.

También fundamental desde esta perspectiva ha sido la contribución de Tiziano Treu. Si Gigi Montuschi, su segundo Maestro, lo había apoyado y secundado en la elección del método comparado, Tiziano Treu ha representado, a partir del memorable Congreso de Kioto de 1983, la guía ideal desde el punto de vista de la aplicación concreta y práctica de dicho método³⁰. Creo que Marco me describió al menos una docena de veces la intensa emoción que sintió, durante aquel Convenio al ayudar a Tiziano Treu a elaborar su intervención: una emoción no inferior a la que quince años después, en calidad de presidente de la AISRI (Asociación Italiana de Estudiosos de las Relaciones Industriales) lo acompañó en la organización, siempre al lado de Tiziano Treu, del XI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones Industriales³¹.

(27) M. BIAGI, Federico Mancini: un giurista “progettuale”, cit., pág. 5.

(28) M. BIAGI, *Il nuovo lavoro a termine*. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, núm. 368, Giuffrè, 2002.

(29) R. SACCO, *Introduzione al metodo comparato*, Giappichelli, 1990, pág. 18.

(30) Cfr., T. TREU, *L'internazionalizzazione dei mercati: problemi di diritto del lavoro e metodo comparato*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Giuffrè, 1994, vol. I, pág. 1.117, que ha representado una suerte de manifiesto cultural para quienes están implicados en las actividades de Centro Studi modenese de Marco.

(31) “Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni fra istituzioni e parti sociali”, *Actas del XI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones Industriales*, Bolonia 22-26 de septiembre de 1998 (Sinnea, Bolonia, 1998).

En Kioto tuvo lugar el encuentro con Roger Blanpain: un jurista y un hombre en muchos aspectos muy distinto de Marco, que indudablemente durante muchos años ha sido el depositario de un modelo organizativo que ha influido notablemente en nuestro método de trabajo en el Centro Studi de Módena. Desde este punto de vista Marco se consideraba un discípulo también de Roger Blanpain y seguramente habría llevado a cabo en los próximos años, algo comparable a la monumental *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* dirigida para la editorial Kluwer Law International por el mismo Blanpain.

Es cierto que el dibujo que he esbozado puede parecer menos emblemático y significativo que el legendario viaje de Federico Mancini y Gino Giugni en la nave que les llevaba a los Estados Unidos a estudiar el modelo estadounidense y desde allí, en muy pocos años, a cambiar profundamente el desarrollo de nuestro Derecho del Trabajo. No obstante, el de Marco ha sido un itinerario cultural no menos fascinante y extraordinario, propio del comparatista de carácter y de todos aquellos que no se limitan al estudio en el propio despacho de la experiencia de otros Ordenamientos, sino que reconocen que un verdadero estudio comparado no puede nunca significar una actividad individual. Para la investigación comparada Marco escribía “por descontado que una gran parte del trabajo (la recopilación de bibliografía y sobretodo el conocimiento del funcionamiento efectivo de un sistema) se realiza gracias a la colaboración de otros colegas”³².

Basta repasar rápidamente el programa científico de uno de los tradicionales Convenios modenenses, o uno cualquiera de los prólogos a las numerosas obras comparadas³³ para darse cuenta de la extraordinaria habilidad de Marco para unir, gracias a su proverbial fiabilidad y seriedad, un variado grupo de insignes iuslaboralistas, entre los cuales debo necesariamente recordar, además de a su “hermano” Yasuo Suwa, al menos a Lammy Betten y a Alan Neal, al que había sustituido recientemente en la gestión del *International Journal of Labour Law and Industrial Relations*, editado por Kluwer Law International.

Otra figura importante ha sido la de Manfred Weis, un gran Maestro particularmente afín a Marco por rigor de método y

**COMO MAESTRO
SORPRENDÍA POR
LA EXTREMA LUCIDEZ CON
LA QUE PROPONÍA UNA
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN,
PREVIENDO CON
ANTELACIÓN TEMAS QUE
SÓLO AÑOS MÁS TARDE
SERÍAN DE EXTREMA
ACTUALIDAD EN EL DEBATE
ITALIANO**

(32) Cfr. la Prefazione a M. BIAGI, *Rappresentanza e democrazia in azienda ecc.*, cit.

(33) Una relación puede encontrarse en la página web del Centro Studi modenese: http://www.economia.unimo.it/Centro_Studi_Intern/home.html.

por confianza, con el cual había iniciado hacía poco uno de tantos proyectos internacionales: la realización, con la ayuda de una extraordinaria red de corresponsales nacionales, de una publicación periódica titulada *Employee Involvement in Europe*. Bajo la presidencia de Manfred Weis de la Asociación Internacional de Relaciones Industriales, Marco ha tenido apenas tiempo de saborear el honor y la inmensa satisfacción de ser elegido uno de los cinco conferenciantes del próximo Congreso mundial de la Asociación (Berlín, septiembre 2003). Un congreso que para él resultaba diferente a otros, habida cuenta que estaba prevista la presencia de Marina, reacia a los aviones, y de todo su equipo modenés al completo.

Pero haría un flaco favor a Marco si no recordara otra de sus grandes virtudes, propia del auténtico comparatista. Así como la comparación no tiene miedo de las diferencias entre sistemas y modelos no obstante lo grandes que éstas sean³⁴, así tampoco Marco ponía (y se ponía) límites o barreras de *status* académico o de procedencia geográfica o cultural. Sus Summer Schools, las clases a los estudiantes de la John Hopkins o del Dickinson, los frecuentes congresos internacionales organizados primero en el Sinnea International y después, a partir de 1994, en la nueva sede del Centro Sudi modenense, eran un formidable laboratorio humano antes incluso que científico. Era allí donde los recién licenciados y estudiantes de cualquier procedencia se podían acercar, en un clima de estupefaciente informalidad que nunca he respirado en otros ambientes académicos italianos, a los estudiosos de prestigio internacional, al ministro, al comisario europeo, (...) haciendo aquello que Marco, todavía recientemente, había definido como “comparación en vivo”³⁵.

Aún está impresa en mi memoria una cálida tarde del mes de julio de 1997, cuando en la ceremonia de entrega de los certificados de asistencia a la Summer School en Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales, junto a la imprescindible presencia de Tiziano Treu se materializó improvisamente —e inesperadamente— el entonces presidente del Gobierno, Romano Prodi, que no dudo un momento en andar al encuentro de nuestros estudiantes y jóvenes huéspedes extranjeros, antes incluso de haber saludado a las autoridades presentes (una fotografía de Marco rodeado de Tiziano Treu, Romano Prodi, un joven investigador japonés, nuestra primera alumna modenese, Giulia Moretti y la colega canadiense, Veronique Marleau, destaca todavía hoy a la entrada de su estudio de Vía Valdonica, cercana a aquella cama que durante largo tiempo albergó al “hermano” Yasuo Suwa y a continuación, durante casi un año y medio, al que escribe estas líneas, en aquel período en el que intentaba encontrar acomodo definitivo en Bolonia). La guitarra y la voz de Enrico Traversa, que habían convertido en mágica aquella velada, llenan de sonidos y sugerencias la melancolía de estos días.

(34) En este sentido, R. SACCO, *Introduzione al metodo comparato*, cit., pág. 23.

(35) M. BIAGI, *Federico Mancini: un giurista “progettuale”*, cit., pág. 4.

3. Marco BIAGI “Maestro”

Si la extrema informalidad de las relaciones era común a Marco y Federico Mancini, no se puede decir lo mismo del papel de “Maestro”. Marco Biagi nunca ha tenido una Escuela propia, y sólo ahora se estaban verificando en Módena algunas condiciones particulares que habrían permitido dar cuerpo dentro de algunos años a un proyecto tan ambicioso como pleno de responsabilidades. En efecto, sólo entre 2000 y 2001 empieza a estabilizarse un grupo de jóvenes estudiosos, entre los cuales destacan los nombres de Riccardo Salomone, Alberto Russo, Olga Rymkevitch y Carlotta Serra.

Hasta ese momento la dimensión de Marco ha sido siempre la del “negocio artesano”. Esta expresión le gustaba muchísimo y la repetía continuamente, orgulloso del hecho que, junto a un rudo e inexperto aprendiz bergamasco, hubiera igualmente sido capaz de llevar a cabo una serie impresionante de trabajos de relevancia nacional e internacional, hasta el extremo de haber dado la impresión de haber contado durante mucho tiempo con una floreciente Escuela modenese. No era así. Junto a nosotros estaban tan sólo nuestros estudiantes del cuarto curso de Economía Política y Economía de la Empresa, atraídos por las cualidades humanas y la fascinación que ejercía Marco.

Pronto nuestro despacho es conocido en toda la Facultad. Diversos factores —entre ellos la informalidad de las relaciones, la extrema disponibilidad del profesor, la atención en el seguimiento de las tesis de licenciatura, el acceso a los medios informáticos y a un valiosísimo técnico informático, Vincenzo Salerno, siempre dispuesto a ayudar, la capacidad de Marco para alcanzar acuerdos con las empresas, siendo pioneros en experimentar las prácticas de estudiantes en las empresas como un primer puente hacia la inserción en el mercado de trabajo de tantos jóvenes—, nos permitieron crear un grupo extraordinario de personas dispuestas a dedicar, gratuitamente, tiempo y preciosas energías al funcionamiento de nuestro proyecto. Recuerdo en particular a Serena Vaccari, Emanuela Salsi, Giulia Moretti e Ylenia Franciosi, y también a Giorgia Verri, Silvia Spattini, Elisa Pau, Barbara Maiani, Gianluca Nieddu, Anna Simonini, Francesca Crotali, Paolo Fontana, Federica Rossi, Federica Gambini, Alessandra Lopez, Federico Bacchiega, Cinzia de Luca, Lucia Mangiarelli, Luana Ferraro, Sabrina Guerzoni, Giuseppe Bertoni e Massimo Morselli.

Seis meses, un año, a veces incluso algo más, para aquellos estudiantes que al finalizar el curso empezaban a frecuentar nuestro despacho. Eso duraban las colaboraciones. Pero las relaciones que se establecían a menudo han ido mucho más allá de la colaboración informal y algunas de ellas todavía hoy continúan en la dimensión más genuina y gratuita de la amistad. En esto Marco fue un verdadero Maestro: no un “director de Escuela” en el sentido propio del término, sino un guía que siempre quiso en torno a él un grupo de personas jóvenes unidas por un gran sentido de estima colectiva y de participación en un proyecto. Una gran cualidad de Marco desde este punto de vista era su innata capacidad para disfrutar en lo más profundo de su corazón de los primeros éxitos de estos muchachos y de su grupo en general.

Haría un flaco favor a Marco y a aquellas personas que de vez en cuando han trabajado con nosotros si escondiese el hecho que tal forma de trabajar a veces ha podido degenerar, alimentando desilusiones y tensiones, e incluso cualquier leyenda. Seguramente en algunas ocasiones la obstinación del proyecto se ha convertido en insensibilidad hacia los innegables méritos de algunos de nuestros muchachos. Pero en esto asumo yo, en primera persona, toda la responsabilidad porque siempre era yo quien caía en la tentación de hacer de cada uno de nuestros estudiantes un pequeño investigador, alimentando inconscientemente expectativas académicas que bien por la particular situación de Marco en la Escuela boloñesa bien por la frágil preparación jurídica de nuestros estudiantes de la Facultad de Economía, no podían ser secundadas. De esta toma de conciencia nacieron las primeras colaboraciones estables con jóvenes juristas, en una primera fase con Nicola Benedetto y Giuseppe Martinucci, y después con algunos de mis últimos estudiantes milaneses, entre ellos Giuseppe Mautone y Marina Mobilia. A partir de aquí surgió la idea del grupo una vez obtenida la plaza de *ricamatore* para Riccardo Salomone y de *assegnista di ricerca* para Alberto Russo. A Olga Rymkevitch, llegada a nosotros desde San Petersburgo llena de esperanza y entusiasmo, y a Carlotta Serra, que rápidamente se granjeó la simpatía del Maestro por su destacada personalidad, se había unido desde hace poco Flavia Pasquini. Era fácil prever que en breve habría podido germinar una verdadera y propia Escuela modenense. Era sólo cuestión de tiempo.

Marco ha sido un verdadero Maestro en el auténtico sentido de la palabra, al menos para mí. Le debo muchísimo y no sólo en el terreno académico. Fue el quien creyó en mí y me trasladó, ya en el lejano 1992, por indicación de Stefano Liebman y de Luciano Spagnuolo Vigorita, de la Universidad Estatal de Milán a Módena después de un período de investigación en el Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica de Leuven bajo la dirección de Roger Blanpain. Fue el quien me enseñó la profesión en su negocio artesano y me gratificó día a día, gracias a la progresiva asignación de trabajos cada vez más delicados y estimulantes. La colaboración se transformó rápidamente en un ligamen intenso. En una relación simbiótica que no preveía interrupciones ni indecisiones. Creo que nos compenetrábamos perfectamente, al menos eso pensábamos. Nos sentíamos amigos, pero sé bien que esta vinculación, al igual que todas las relaciones fundamentales de la vida, no podía ser definida simplemente en esos términos.

Como Maestro me sorprendía no tanto por la atención que ponía en la lectura de mis trabajos como por la extrema lucidez con la que me proponía una línea de investigación, previendo con gran antelación temas que sólo años más tarde serían de extrema actualidad en el debate italiano. Las empresas de trabajo temporal en el año 1991, cuando esta figura no sólo estaba prohibida en nuestro país, sino que además era prácticamente desconocida por los que trabajaban en estas cuestiones³⁶. Lo mismo en 1998, cuando antes incluso de haber terminado mi primera auténtica monografía, me indicó el tema de los

(36) Sin embargo, no le había gustado mi primer estudio monográfico *Problemi e prospettive in tema di risoluzione e recesso nel contratto collettivo di lavoro* (publicado en la Colección del Departamento de Economía de la Empresa de la Universidad de Módena, núm. 22/1992), iniciado en los años 1990 y 1991, bajo la dirección de Giorgio De Nova. Un tema especialmente querido por mí, pero que Marco consideraba demasiado tradicional y limitado para una primera verdadera monografía.

incentivos a la ocupación y el Derecho Comunitario de la competencia. Un trabajo que después de las últimas revisiones he terminado hace sólo dos meses y que, tras la atenta lectura de Tiziano Treu y de Mario Rusciano, remití a la imprenta el pasado 18 de marzo. El día anterior, el domingo 17, con el habitual correo electrónico que anticipaba la habitual llamada telefónica con la que se comentaba el resultado del Bolonia y se indicaba el trabajo a realizar durante la semana, Marco me había enviado el prólogo que inicia este trabajo.

En uno de los detalladísimos y meticulosos “informes” diarios que caracterizaban nuestro método de trabajo, Marco, el 19 de marzo a las 10.50 horas, un poco antes de salir de casa para reunirse con nosotros en la Universidad de Módena, a mi indicación de haber enviado a la imprenta los originales de la monografía me había respondido *ottimo*. Éste es el último recuerdo que yo tengo de Marco como Maestro. No obstante, tengo también un legado. Como siempre, ya desde hacía tiempo me había indicado el tema para una tercera monografía: “El Estatuto de los Trabajos”, en el que me había implicado con él desde 1997, en el marco de nuestra colaboración con Tiziano Treu³⁷ y que, de forma totalmente empírica, habíamos ya empezado a experimentar en Bolonia (gracias al generoso apoyo de la Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna), con quien habíamos ya puesto a punto un mecanismo pionero destinado a la “certificación” de la relación de trabajo en el ámbito de la prestación de asistencia domiciliaria a los ancianos. Ésta será mi principal ocupación en los próximos meses.

4. Marco BIAGI innovador

Si Federico Mancini ha sido uno de los grandes iuslaboralistas modernos, Marco Biagi representa la continuación ideal en un contexto socioeconómico e institucional muy diferente. También él estaba profundamente determinado a pasar página en la evolución de nuestra materia, aportando una contribución fundamental en el proceso de comunitarización del Derecho del Trabajo.

El reto representado por la reciente reforma del Título V de la Constitución seguramente habría constituido un ulterior y

**ESTABA CONVENCIDO DE
QUE LAS SOCIEDADES MÁS
JUSTAS, O AL MENOS
“DECENTES”, SÓLO PODRÍAN
LOGRARSE EN UN CONTEXTO
MÁS AMPLIO, EL EUROPEO,
Y EN UNA PERSPECTIVA
JURÍDICO-INSTITUCIONAL
DE TIPO FEDERAL**

(37) Cfr. M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, in T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, il Mulino, 2001, 269-280; y M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, “Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un *tertium genus* o codificazione di uno Statuto dei lavori?”, in *Lav. Dir.*, 1999, núm. 4.

decisivo giro en su actividad de revisión y modernización del Derecho del Trabajo, como demuestra un escrito suyo inédito —y todavía no terminado—, que será publicado en uno de los próximos números de su revista *Diritto delle Relazioni Industriali*³⁸. Un escrito que debe destacarse no sólo por el esfuerzo en rectificar alguna de las inevitables “afirmaciones políticas” contenidas en el Libro Blanco sobre el mercado de trabajo de octubre de 2001, del que Marco era el principal artífice y difusor, sino también porque atestigua su talento de europeísta y federalista convencido. Al igual que Mancini, Marco estaba convencido de que sociedades más justas —o al menos “decentes”— sólo podrían lograrse en un contexto más amplio, el europeo, y en una perspectiva jurídico-institucional de tipo federal. Y el tiempo, como siempre, le dará la razón también en esta cuestión.

Desde este punto de vista, el empeño de Marco, sobre todo en los últimos años, consistía en demostrar que, contrariamente a lo que se piensa habitualmente, para dar cuerpo a una reforma de todo el Derecho del Trabajo no pueden faltar las ideas y el proyecto. “Lo que, por el contrario, todavía no se ha producido —escribía recientemente³⁹— es la superación de vetos y prejuicios ideológicos que ralentizan inútilmente en el proceso de evolución en el que nos movemos las reformas necesarias para evitar flagrantes fenómenos de desestructuración y de desregulación: fenómenos que, a su vez, son causa y efecto de una floreciente economía sumergida de dimensiones dos o tres veces superior a la que presentan los restantes países”.

Y precisamente por el deseo de demostrar que no faltan ideas simples y eficaces para promover las necesarias reformas del Derecho del Trabajo, Marco, plenamente vinculado con el Gobierno de centro-derecha, había aceptado colaborar con Tiziano Treu recogiendo y ordenando los principales proyectos de modernización del mercado de trabajo, que habían supuesto en los últimos siete años una intensa proyección y que les habían convertido, a pesar de sus distintos papeles y actitudes, en auténticos protagonistas de la política del trabajo de nuestro país. “Una experiencia verdaderamente fascinante e irrepetible” —escribe Marco⁴⁰— “salpicada de importantes éxitos (como la Ley núm. 196, de 24 de junio de 1997, de incentivos a la ocupación)”⁴¹, “aunque también de inevitables compromisos (como la regulación del trabajo del socio de cooperativa), y a veces de amargas desilusiones (caso de la propuesta de Ley sobre las 35 horas, que ha conducido a la prematura conclusión de la experiencia de gobierno de la coalición liderada por Romano Prodi)”.

(38) M. BIAGI, “Il lavoro nella riforma costituzionale”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 2/2002.

(39) Cfr., para una síntesis, M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, cit., pág. 270.

(40) Cfr. M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, cit., pág. 271.

(41) Un amplio testimonio de este “éxito” se encuentra en el “comentario desde dentro” de la Ley núm. 196/1997, *Mercati e rapporti di lavoro*, dirigido por M. BIAGI y editado por Giuffrè (Milán, 1997). También ésta es una verdadera innovación de método en el panorama científico italiano, pero, además debe tenerse en cuenta que —como se lee en el prólogo firmado por el mismo Marco Biagi— “por primera vez una Ley es examinada y discutida por los autores, que pertenecen a la Administración que ha llevado a cabo los trabajos preparatorios de la misma. Y no sólo, porque los autores son al mismo tiempo los operadores del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social implicados en la elaboración y gestión de dicha Ley”.

Se ha escrito mucho de Marco innovador y reformista, y no siempre acertadamente. Al respecto bastan sus numerosos trabajos para hablar por él⁴², y cada palabra añadida sería en verdad redundante. Apenas cesen el clamor y la retórica de estos primeros meses, estoy convencido de que se hará plena justicia a su pensamiento y a su proyecto. La resistencia al cambio y a la modernización —así como el falso problema de la revisión del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores—, no podrán impedir la emersión de todo lo bueno e inteligente que había en las propuestas de Marco.

Como observador interno quisiera contribuir a poner de relieve un aspecto del carácter innovador de Marco: su gran capacidad de diálogo, que lo llevaba a entrar rápidamente en sintonía con las personas más dispares, desde el príncipe de turno hasta el más joven de nuestros estudiantes modenese. Marco era innovador a partir de un estilo elegante. Elegante, sí, pero también simple, directo, inmediato, sin barreras o cerrazones mentales o culturales. Lo recuerdo todavía en las pausas de sus clases de verano durante los ciclos de la Summer School del Sinnea International, sentado en un peldaño o una mesa, comiendo un bocadillo con sus estudiantes alrededor. Ésta sí fue para mí una auténtica innovación. El terreno ideal para crear una primera relación, antes humana que profesional, y después un grupo, en el verdadero sentido de la palabra, más allá e incluso antes de cualquier lógica académica o de Escuela.

Con el tiempo he aprendido también a apreciar la simplicidad de lenguaje y su natural capacidad de síntesis. Dos habilidades fundamentales para dirigir los procesos de innovación de las técnicas reguladoras de los mercados de trabajo del siglo XXI, que en las primeras fases de nuestra colaboración había infravalorado. Creía firmemente —y así se observa en la abundancia de argumentación que todavía hoy dejan traslucir mis escritos—, que el jurista debía caracterizarse por un estilo complejo, capaz de mostrar con detalle al lector en cada frase o en cada idea, mediante el recurso a abundantes notas bibliográficas, las múltiples posibilidades de lectura y las fatigosas reflexiones que esconde cada frase, cada idea. Me equivocaba. El estilo básico y limpio de Marco era expresión de una concepción iluminada del intelectual como técnico al servicio de la sociedad. Marco era innovador al dirigirse directamente a la resolución de los problemas. El aparato jurídico-conceptual no era para él un freno, un obstáculo al diálogo, sólo un punto de partida obligado en su obra de jurista empleado en un proyecto.

Como innovador Marco ha sido sobretodo, incluso antes que un reformista proyectista, un gran comunicador y un gran mediador. Su facilidad para el diálogo con los protagonistas políticos y de las relaciones industriales nacía de su misma inmediatez y facilidad de palabra, de la humildad con la que, pese a ser un jurista y un asesor consumado, todavía hoy se acercaba al interlocutor de turno o al lector, lo mismo cuando se trataba de escribir un editorial o un artículo doctrinal que cuando se trataba de intervenir en el diseño de una Ley o de un convenio colectivo. Complejos proyectos de reforma y sofisticada-

(42) En el momento en el que estoy escribiendo estas páginas, la idea sobre la que estamos trabajando con la familia de Marco y el generoso apoyo de "su" editor, Gaetano Giuffrè, es la de asignar a una futura Fundación "Marco Biagi" la tarea de recoger con el apoyo de AISRI, AIDLASS, Istituto Cicu de Bologna y del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi" de la Universidad de Módena e Reggio Emilia, todos los escritos de Marco para que sean ellos los que hablen por él.

das propuestas legislativas se hacían rápidamente comprensibles incluso para los profanos. Por esto Marco se hace en poco tiempo habitual en una columna de *Il Sole 24 Ore*. A la proverbial fiabilidad y capacidad para prever los temas que en breve iban a estar en el centro del debate político y sindical, Marco sabía unir un estilo sobrio y directo, que ayudaba a comprender los problemas y a dialogar. Las artificiosas disquisiciones conceptuales y analíticas construcciones histórico-jurídicas no iban con él y con su modo de ser práctico y sustancial.

Por todo ello Marco, en 1999, es llamado a Milán para poner en marcha un arriesgado experimento reformador, más tarde concretado en el pacto “Milano Lavoro”. Había sido llamado porque se hacía entender y porque nunca retrocedía, siempre dispuesto a experimentar y a innovar. Y también por esto Marco ha sido uno de los pocos iuslaboralistas italianos capaz de contactar sin dificultad no sólo con los colegas extranjeros, sino también con las más prestigiosas instituciones europeas e internacionales: desde la OIT, la Comisión Europea, la Fundación Europea de Dublín, al Aspen Institute.

Innovador era también en la gestión de sus revistas (*Diritto delle Relazioni Industriali* y, más recientemente, *The International Journal of Labour Law and Industrial Relations*) y de sus asociaciones (desde 1994 la Asociación Italiana de Estudio de las Relaciones Industriales, y desde 2000, ADAPT, una asociación nacida de la nada y que en poco tiempo ha recibido la adhesión de numerosas empresas y de las principales asociaciones de empresarios y de sindicatos de trabajadores, con la sola excepción de la CGIL). E incluso más todavía que en la gestión del grupo, en su extraordinaria capacidad para dar un objetivo preciso a todos y hacer sentir importantes a muchachos jovencísimos que sólo necesitaban un sueño y un ideal para el que vivir. Marco no era sólo un mentor, sino que como mayeuta excepcional conseguía que aflorara lo mejor de cada uno de nosotros.

No obstante algunas impresiones que vienen del exterior⁴³, y que en parte pueden estar justificadas, Marco no era el artífice de un proyecto de revisión del Derecho del Trabajo italiano a realizar “en el interior de un ministerio sin abrir un debate con los implicados en el tema”. Trabajando codo a codo con él puedo dar testimonio de una auténtica pasión o vocación que desde su Bolonia lo llevaba incansablemente a viajar en la dirección Roma-Milán-Bruselas para tejer con gran paciencia una red de acuerdos en torno al proyecto de modernización del Derecho del Trabajo, y esto sin olvidar nunca una obligación de carácter académico. Además de estar presente en la Facultad, Marco era uno de esos juristas dispuesto a acudir a congresos y que nunca ha faltado a una cita nacional o internacional de relevancia. Su proyecto reformador nacía pues, de un intenso –aunque no siempre fecundo– diálogo con todos los implicados en el tema. La composición de la AISRI y de ADAPT son una clara demostración de todo ello.

Ningún consenso tácito entre el “consejero del príncipe” y el “príncipe” destinado a mantener en alto el tono y el objetivo de las reformas, aunque fuese sólo por el gusto de

(43) Cfr., por ejemplo, F. CARINCI, “Dal Libro Bianco alla Legge delega”, in *Dir. Prati. Lav.*, núm. 11/2002, pág. 732.

la provocación intelectual, por la embriaguez del poder. Porque Marco, como escribiera de Federico Mancini pensando también en sí mismo, no era “el jurista del príncipe”, sino, como he dicho, “un jurista de proyecto”⁴⁴. Basta comparar el Libro Blanco con la gran proyección elaborada en el marco de la colaboración con el Gobierno Prodi⁴⁵ para darse cuenta de la extremada coherencia de Marco. Como Federico Mancini también Marco Biagi ha puesto su espada al servicio de proyectos en los que creía, por justos o equivocados que fueran, y no tanto al servicio de personas y mucho menos de un partido político o de un Gobierno.

Aunque Marco siempre ha trabajado “a proyecto” –facilitado en este caso de la extrema fragilidad de los interlocutores institucionales y políticos que de vez en cuando se dirigían a él–, nunca ha caído en la tentación de ceder al dirigente de turno. Nunca en la obra de elaboración proyectiva hemos sido condicionados. Y si una elaboración no funcionaba se preparaba rápidamente otra, con la paciencia de siempre, animados por una pasión y por una alegría que no he encontrado en ningún otro lugar de trabajo.

Incluso en la Universidad Marco mostraba una especial predilección por las cosas concretas e innovadoras: la responsabilidad del Servicio de Orientación al Trabajo del Ateneo era su lugar natural. El pasado 8 de abril, la Universidad de Módena y Reggio Emilia y todas las partes sociales suscribieron formalmente un acuerdo para la plena ocupación, que Marco había puesto a punto con el Director Administrativo y el Rector la tarde del 19 de marzo, un poco antes de regresar a la Facultad para mantener con nosotros una de las periódicas reuniones organizativas en las que se debatía el programa para la semana, y desde allí desplazarnos juntos hasta la estación de trenes para regresar a nuestros domicilios en Bolonia.

5. Marco BIAGI moderno

Proyectar para modernizar, éste era el objetivo de Marco⁴⁶. Aun sin abdicar del rigor científico, Marco no ha estado nunca obsesionado por la búsqueda de la perfección expositiva. Lo

AUN SIN ABDICAR DEL RIGOR CIENTÍFICO, NO HA ESTADO NUNCA OBSESIONADO POR LA BÚSQUEDA DE LA PERFECCIÓN EXPOSITIVA. LO QUE LE OBSESIONABA, A VECES DE FORMA MANIÁTICA, ERA LA PUNTUALIDAD, EL CUIDADO DEL DETALLE Y LA CONCRECIÓN

(44) M. BIAGI, *Federico Mancini: un giurista “progettuale”*, cit., pág. 9.

(45) Vid. T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, cit., págs. 269 a 395.

(46) M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, cit.

que, por el contrario, le obsesionaba, a veces de forma maniática, era la puntualidad, el cuidado del detalle y la concreción. Marco no amaba la atención sobre sí mismo y tampoco se complacía con todo aquello que se había hecho hasta el momento, que, por otro lado, era bastante. Nunca una pausa, nunca una fiesta, nunca un merecido descanso. Su permanente insatisfacción a menudo nos irritaba. Pero era ésta su forma de ser moderno: había acogido hasta el final el reto que cada día nos lanza la irracionalidad y el frenesí de los tiempos modernos.

Marco no dominaba plenamente la tecnología y la red, pero muy pronto había intuido su enorme potencial. Era él quien indicaba el uso más eficaz y dirigía el ritmo de trabajo de mi grupo. La intensa relación con los jóvenes, el contacto cotidiano con los estudiantes americanos del Dickinson, el amor por sus dos hijos, lo convertían en un hombre especialmente atento a los cambios sociales y en un magistral intérprete de las innovaciones reguladoras de los procesos socio-económicos. Su predilección por las *soft laws* y su entusiasmo por Europa y el federalismo son clara muestra de una renovada concepción del Derecho como técnica de regulación social y de gestión del conflicto en las sociedades posmodernas y complejas.

Como Mancini, Marco era precursor en las actuales tendencias iuslaborales y buscaba con extraordinaria humildad poner su visión de futuro al servicio de un proyecto. Pero seamos claros: Marco era, como todos nosotros, un concentrado de pasiones y de impulsos buenos y malos, y seguramente era ambicioso, pero es cierto que aplicaba con verdadera humildad el método que había elaborado y que nos había transmitido. La meticulosidad con la cual todavía hoy acumulaba los materiales de estudio y diseñaba cada proyecto, incluso el más pequeño e insignificante, muestran, a mi modo de ver, un planteamiento típico del joven estudioso que advierte plenamente los límites de su empeño científico y trata de poner remedio. No sabría decir si era cierto, pero a menudo me confiaba su intención de aislarse en su casa de verano en Pianoro y de volver, como en los viejos tiempos, a estudiar a jornada completa.

También su modernidad se explica por la dificultad de diálogo con parte de la doctrina y, sobre todo, con la CGIL. Marco se lamentaba del contenido, más que del tono, a menudo violentamente injustificado, como demuestra la elección de la CGIL de no participar en ninguno de los convenios organizados por él y, todavía antes, el apartamiento de la misma CGIL de una sede de debate científico como es la Asociación Italiana de Estudio de las Relaciones Industriales. No soy yo el que debe decir quién tenía razón, si Marco o sus detractores; y valoro incluso muchas de las razones históricas y de argumentación política que obligan a la CGIL a oponerse al cambio (aunque no era cierto, Marco me definía a menudo como “su colaborador de izquierdas”). Sé, no obstante, que el rechazo de la confrontación, el antagonismo a ultranza, la ausencia de respeto por el adversario son la antítesis no sólo de la modernidad, sino también de aquellos valores “naturales” que fundan una sociedad democrática y pluralista y que nos ayudan a hacer un poco más “decentes” las diversas formas de convivencia posible entre los hombres.

Las actuales fronteras de la modernidad eran para él el Estatuto de los Trabajadores, la reforma hacia el federalismo del Estado, las técnicas de fidelización de los trabajadores en la empresa. El testigo de los que desde hace tiempo nos había señalado como nuestros próximos trabajos de reflexión científica al servicio del proyecto, pasa ahora a mí mismo y a Riccardo Salomone y Alberto Russo. Carlotta Serra era la encargada de algunos estudios preliminares sobre la nueva regulación del empleo, especialmente del trabajo agrícola, mientras Olga Rymkevitch, junto a un intento de reconstrucción de la reciente codificación rusa en materia de trabajo, estaba encargada del estudio de las políticas para la inmigración en Europa, otro tema de particular relieve para el desarrollo de una sociedad multirracial.

6. Marco BIAGI protagonista

También Marco ha sido un protagonista de nuestro tiempo, no sólo un espectador. En un arco de tiempo relativamente breve ha elaborado obras de un impresionante valor e importancia. Lo comprenderemos mejor en los próximos años cuando su proyección será adecuadamente valorada, aunque ya muchos, en algunos casos dando marcha atrás, han subrayado su intenso y fecundo diálogo con las instituciones y las autoridades políticas a todos los niveles: comunitario, nacional y local.

Lo que yo creo necesario subrayar es que Marco Biagi ha sido protagonista de nuestra vida. El encuentro con él nos ha cambiado profundamente y ha sembrado una semilla que pronto germinará. Seguramente continuar con esta obra como “protagonistas”, cada uno con las propias inclinaciones, es la respuesta que debemos dar a su desaparición, y esto con mayor motivo por la brutalidad y lo absurdo del modo en que una vida joven ha sido arrancada del afecto de sus seres queridos y sus discípulos. Como escribí en recuerdo de Federico Mancini⁴⁷, “ciertamente esto es lo que el Maestro habría esperado de todos nosotros”.

Pero no sólo. Creo que el “cometa” Marco Biagi debe ayudarnos a entender mas allá del Derecho, y la modernización del Derecho del Trabajo en particular. En verdad espero que su sacrificio no haya sido inútil para nosotros, como personas, como hombres demasiado frecuentemente condicionados por las miserias y egoísmos que no nos ayudan a apreciar hasta el fondo la belleza de la vida y de las personas que nos rodean y nos quieren. En verdad quisiera que la melancolía que hoy impregna todas nuestras expresiones se renovase y transformase en un objetivo concreto, humilde, hacer un poco más decente nuestra vida y la de todos aquellos que nos acompañan en este misterioso, a menudo demasiado cruel, camino.

(47) M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, cit. pág. 11.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Derecho internacional y comunitario. A) Articulación entre las normas comunitarias y las internacionales. B) Efecto directo y alcance imperativo de las Directivas. C) Convenio Colectivo aplicable a una relación de trabajo con elemento extranjero. **2. La Constitución como fuente del Derecho del trabajo.** A) Valor normativo de la Constitución: alcance. B) La Constitución y el Reglamento. C) La Constitución y el Convenio Colectivo. **3. Relaciones entre la ley y el reglamento.** A) Interpretación del reglamento conforme a la ley. B) Utilidad del reglamento en la hermenéutica de la ley. C) Especialidad del reglamento frente a la ley. **4. Relaciones entre la ley y el Convenio Colectivo.** A) Supremacía de la ley sobre el Convenio Colectivo: matices. B) Penetración de la ley en el Convenio Colectivo. **5. Convenio colectivo aplicable.** A) Concurrencia convencional afectante autorizada. B) Falta de alcance retroactivo del Convenio Colectivo. **6. Sucesión de Convenios Colectivos.** A) Regla general: posibilidad de sucesión convencional “regresiva”. B) Convenio ultraactivo y Convenio posterior retroactivo. C) Disponibilidad convencional de las condiciones y términos de la sucesión. **7. Convenio aplicable en casos de sucesión de empresas.** A) Aplicabilidad del Convenio ultraactivo de la empresa de origen. B) El Convenio de la empresa de origen sólo afecta a los trabajadores cedidos. C) Transmisión del Convenio de la empresa de origen en “subrogaciones contractuales”. **8. La autonomía de la voluntad en derecho del trabajo.** A) Aspectos generales sobre la negociación individual de condiciones de trabajo. B) Extinción del contrato por mutuo acuerdo: el finiquito. C) Principio de condición más beneficiosa. **9. La jurisprudencia como fuente del Derecho del trabajo.** A) La afiliación al RETA de los subagentes de seguros como origen de la cuestión de si la jurisprudencia tiene carácter de fuente. B) Solución: negación del carácter normativo de la jurisprudencia y consiguiente admisibilidad del alcance retroactivo de ésta. **10. Relaciones de supletoriedad normativa.** A) Supletoriedad del Código Civil (prescripción de acciones). B) Supletoriedad de la LEC (plazos proce-

sales). C) Supletoriedad de la legislación administrativa (personal estatutario).

11. Dinámica de las fuentes del derecho del trabajo. A) Remisión a una norma derogada: valor y alcance. B) Aplicación analógica de los Convenios Colectivos.

C) Retroactividad de las normas. D) Sucesión de normas sobre prescripción. **12. Otras cuestiones reseñables en materia de fuentes.** A) Las circulares e instrucciones no son reglamentos. B) Convenio Colectivo extraestatutario: impugnación. C) Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 814 a 1618).

1. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

A) Articulación entre las normas comunitarias y las internacionales

La STS de 16 de mayo de 2002, I.L. J 1118, en relación a un caso en que se planteaba la cuestión de cómo hacer el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador con cotizaciones acreditadas en la Seguridad Social española y también en la Seguridad Social alemana, y más concretamente cómo determinar las cotizaciones teóricas que deben considerarse durante el período en el que el trabajador se encontraba dentro del campo de la Seguridad Social alemana, si conforme a las bases de cotización “reales”, como ordena el Reglamento comunitario 1408/1971, de 14 de junio, o bien de acuerdo con las bases de cotización españolas “medias”, como dispone el Convenio hispano-alemán de Seguridad Social, resuelve que es este último el criterio que debe utilizarse, pues, y esto es lo decisivo, “la jurisprudencia comunitaria establecida, entre otras en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de febrero de 1991 (caso Röntfeldt)” ha aclarado que “en caso de concurrencia normativa entre el Reglamento comunitario 1408/1971 y un Convenio Internacional de Seguridad Social ha de escogerse la regla más favorable para el trabajador migrante”, lo que, en el supuesto concreto, lleva a aplicar el citado Convenio, quedando desplazado el Reglamento comunitario 1408/1971.

B) Efecto directo y alcance imperativo de las Directivas

La STS de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1144, en un litigio que versaba sobre la jornada de trabajo en el ámbito de la Administración Sanitaria —no se trataba por tanto de relaciones laborales—, y en el que se invocaba la aplicación de la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (traspuesta al ordenamiento laboral interno, como se sabe, por RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo), nos recuerda la jurisprudencia del TJCE sobre el llamado “efecto directo vertical” de las Directivas (“sólo son invocables ante los tribunales aquéllas de sus disposiciones que no están sujetas a condición alguna y son suficientemente precisas”), denegando la aplicación de aquélla.

La STJCE de 24 de enero de 2002, I.L. J 1333, dictada a propósito del planteamiento de una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de ciertos artículos de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en transmisiones de empresas, pone de manifiesto que el art. 3.1 de la norma citada, relativo a la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del empresario cedente, es imperativo en cuanto prescribe ese efecto de modo automático y “sin el consentimiento de las partes de que se trate”, de modo que “la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores”, y ello con independencia de que el Tribunal de Justicia haya reconocido al trabajador la facultad de “negarse a que su contrato sea transferido al cesionario”, supuesto en el que “la situación del trabajador depende de la legislación de cada Estado miembro: bien el contrato de trabajo que vincula al trabajador con la empresa cedente podrá ser resuelto a iniciativa del trabajador o del empresario, bien el contrato se mantendrá en vigor con esta empresa”. Esa doctrina está asumida por el Tribunal Supremo español: por todas, vid. STS de 30 de abril de 2002, I.L. J 1347.

C) Convenio Colectivo aplicable a una relación de trabajo con elemento extranjero

La STSJ de Madrid de 22 de abril de 2002, I.L. J 1065, resuelve un caso en que se planteaba un problema de ley aplicable a una relación de trabajo con elemento extranjero (trabajadora española contratada en régimen laboral como auxiliar administrativo en la representación permanente de España ante la Unión Europea en Bruselas —en la sede del Ministerio español de Asuntos Exteriores— para prestar servicios en aquel país), o más precisamente, puesto que las partes habían pactado expresamente en el contrato la aplicación de la legislación laboral belga, la aplicación del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado. Con fundamento en los arts. 1.4 ET y 10.6 CC y en las cláusulas de encuadramiento del Convenio Colectivo en litigio —sin invocación del Convenio de Roma de 1980— y al amparo de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999, se afirma en la sentencia que el citado Convenio Único no debe aplicarse “en los supuestos en los que: a) el español contratado lo haya sido en el extranjero (...); b) lo haya sido, en España o en el extranjero, con sumisión expresa a la legislación extranjera; c) (y cuando cualquiera que sea el caso) el

Convenio Colectivo Único elimine taxativamente la aplicación de la norma convencional española”, concluyéndose la no aplicabilidad del mismo en el caso por tratarse de “un contrato celebrado en el extranjero”.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

A) Valor normativo de la Constitución: alcance

La STC de 6 de mayo de 2002, I.L. J 857, dictada en recurso de amparo promovido por unos trabajadores que habían sido objeto de despido por la vía del art. 52.c) ET (despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y a los que se había denegado en vía administrativa y judicial el derecho a la protección del FOGASA, como consecuencia de la laguna que presentaba por aquel entonces –no en la actualidad, como se sabe– el art. 33.2 ET (que no aludía expresamente a la extinción por la vía del art. 52.c) ET como supuesto protegido por el FOGASA), dispone que, en la medida en la que existía una identidad sustancial entre esa causa extintiva –no explícitamente protegida– y el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción –sí expresamente protegido en el art. 33.2 ET–, el juez “realizó una interpretación del art. 33.2 LET excesivamente apegada a la literalidad del precepto” que “no resultó acorde con el sometimiento de los órganos judiciales a la Constitución, y con su deber de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios en ella contenidos (art. 5 LOPJ)”. El principio de igualdad ante la ley obligaba al juez a no encerrarse en una exégesis literalista sino a interpretar la norma legal conforme a la Constitución, precisamente porque aquélla era fácilmente susceptible de una hermenéutica acorde con la norma fundamental, debido a que el ET sí reconocía la protección del FOGASA en un supuesto no idéntico pero esencialmente igual.

B) La Constitución y el Reglamento

En materia social, el sometimiento del reglamento a la Constitución se pone de manifiesto, tal y como sucede con carácter general, no sólo en términos del necesario respeto a las reglas constitucionales de carácter material, impidiendo que el mismo pueda incorporar previsiones cuyo contenido sea contrario a las reglas sustantivas que porta el texto constitucional, sino también en términos del necesario respeto a las reglas constitucionales de carácter formal. Una de esas reglas constitucionales de carácter formal es, sin duda, la que deriva de las “reservas materiales de ley”, en cuya virtud la Constitución acota un espacio determinado para que la regulación del mismo sólo pueda acometerse por ley, con el efecto de que el reglamento no podrá introducirse en ese espacio. La STS de 17 de junio de 2002, Sala Tercera, I.L. J 1432, se ocupa de esa cuestión, y lo hace recordándonos que el porcentaje sobre la base de cotización por jornadas reales en el Régimen Especial Agrario que establece el art. 2 del RD 1134/1979, de 4 de mayo, en la medida en la que supone el establecimiento de una cuota adicional que carece de apo-

yatura legal, resulta contrario al ordenamiento, “ya que el establecimiento de una cuota adicional a la base de cotización cae dentro del ámbito de la reserva material de ley, dado lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Constitución”.

C) La Constitución y el Convenio Colectivo

El establecimiento de condiciones de trabajo diferenciadas a través de los Convenios Colectivos es una tarea que ha entrado en muchas ocasiones en colisión con el principio constitucional de igualdad y no discriminación. En la resolución de ese tipo de conflictos el Tribunal Constitucional, y en menor medida el Tribunal Supremo, han ido elaborando un cuerpo de doctrina que conviene recordar. Muy en síntesis, se ha dicho que el principio constitucional de referencia ofrece un grado de vinculación diferente en función de la diferente calidad normativa de la fuente de derecho de que se trate. Tratándose de la ley, el principio de igualdad vincula con su máximo rigor, y significa que el tratamiento diferenciado de situaciones exige una “justificación objetiva y razonable”, de modo que la falta de la misma haría inconstitucional a la ley. En el otro lado del espectro de las fuentes jurídicas, es decir, cuando se trata del contrato privado, el principio rige con su menor grado de fuerza, obligando tan sólo a que el acto contractual no comporte discriminación por alguna de las razones que el ordenamiento proscribiera como causas diferenciadoras por su carácter odioso (sexo, raza, religión, etc.) En este caso, a diferencia del anterior, el tratamiento diferenciado “acausal” es posible, hasta que se demuestre que responde a una circunstancia prohibida.

En relación al Convenio Colectivo, el problema se suscita de una manera particular, al ser el mismo a la vez acto de autonomía privada (contrato) y acto de alcance público (norma jurídica). Ello coloca a esta instancia jurídica en una especie de “espacio intermedio” desde el punto de vista de su vinculación por el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Supone lo dicho que el Convenio Colectivo, por descontado, tiene absolutamente prohibido introducir diferencias de tratamiento que constituyan discriminación por causas “odiosas”. Sin embargo, no significa que el Convenio Colectivo se encuentre tan estrechamente vinculado al principio de igualdad como lo está la ley, de modo que siempre y en todo caso las diferenciaciones de tratamiento que introduce necesiten justificación objetiva y razonable. Ciertamente, la misma es necesaria porque es norma, pero, por ser también acto de autonomía privada, sólo puede exigírsele en una medida mucho menor de lo que se exige a la ley. La consagración del valor de la autonomía colectiva en el art. 37 CE así lo impone. En el marco de las anotaciones efectuadas, no hace falta poner de manifiesto que la solución de cuándo una cláusula convencional que establece un tratamiento diferenciado de situaciones vulnera el principio de igualdad y no discriminación es un tema complejísimo, para el que deben tenerse en cuenta todos los elementos de cada caso concreto.

La **STC de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 859, dictada en el caso de un Convenio Colectivo que establecía una diferencia de trato retributivo entre dos categorías profesionales que suponía el desempeño de idéntica actividad, en función del dato exclusivo del momento de ingreso en la empresa, después de recordarnos el contenido y alcance del princi-

pio de igualdad, aplicando la doctrina general apuntada, entiende que no existe vulneración del mismo, no ya porque no ha quedado acreditado que la diferenciación convencional responda a una causa odiosa, o porque la función de determinación del salario esencialmente “corresponda a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva” en nuestro sistema (“en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados”), sino porque la medida tiene justificación objetiva y razonable y es además adecuada y proporcional al fin que con ella se persigue: concretamente, la sentencia valora al efecto el compromiso que, a cambio de ello, había asumido la empresa de realizar cuantiosas inversiones, aumentar la plantilla y contratar por tiempo indefinido a los trabajadores temporales, entre otras razones.

La STS de 17 de junio de 2002, I.L. J 1306, dada a propósito de un Convenio Colectivo que establecía que los trabajadores contratados a partir de cierta fecha serían retribuidos por antigüedad en condiciones notablemente peores que los que lo habían sido antes de esa fecha, resuelve que, aunque es cierto que para una diferencia de trato como la que se halla en litigio puede ser justificación objetiva y razonable la existencia de contrapartidas empresariales tales como la conversión de trabajadores temporales en fijos (“la creación de empleo puede ser un motivo poderoso para el establecimiento de cláusulas que sin dicha motivación serían ilícitas por contrarias al principio de igualdad que debe imperar en las normas de convenio colectivo que regulen dichas situaciones”, dice la sentencia), es preciso que tales contrapartidas, “además de ser real(es) y no una mera invocación justificativa”, expresen una relación de causalidad y proporcionalidad con el sacrificio que se impone a los trabajadores, sin que pueda aceptarse que sólo una parte de éstos –precisamente aquellos que se encuentran en posiciones más débiles– sean quienes lo padezcan, y teniendo en cuenta siempre que “la regularización de situaciones abusivas o de legalidad más que dudosa” no podrá en ningún caso servir como justificación. Termina diciendo la sentencia que “establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación, rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, quiebra el principio de igualdad si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad”. En el mismo sentido, aunque con menor soporte argumental, se pronuncia la STS de 25 de julio de 2002, I.L. J 1511.

3. RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

A) Interpretación del reglamento conforme a la ley

La STSJ de Extremadura de 1 de abril de 2002, I.L. J 841, en relación a la competencia jurisdiccional para el reconocimiento de los grados de minusvalía, establece que el dilema entre su atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo o al social debe

I. Fuentes del Derecho

resolverse en términos de lo que disponen las normas de rango legal [arts. 2.b) de la LPL y 9.5 de la LOPJ: competencia de aquél como regla general y competencia de éste excepcionalmente, cuando esté en juego el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social], sin que la conclusión así obtenida pueda verse “empañada por lo dispuesto en el artículo 12 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre”. En efecto, aunque esta disposición diga –sin precisión– que “contra las resoluciones definitivas sobre reconocimiento de grado de minusvalía que se dicten por los organismos competentes los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social”, no cabe entender que la competencia genérica en la materia es del orden social, entre otras cosas porque tal reglamento sólo “pretende desarrollar la normativa que regula el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía en el ámbito de (...) la Seguridad Social”. En otro caso, innecesariamente y en contra del principio de conservación del ordenamiento, estaríamos haciendo una interpretación *contra legem* del reglamento opuesta al principio de jerarquía normativa, pues “en ningún caso el indicado Real Decreto que desarrolla la normativa citada puede modificar o derogar normas de atribución de competencia determinadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”.

La STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1254, dictada a propósito del requisito de la inscripción como demandante de empleo a efectos del acceso al subsidio de desempleo de mayores de 52 años, nos recuerda que, como ha dicho el Tribunal Supremo, no es necesario que no haya habido ningún tipo de interrupción (es decir, que puede haber interrupciones) en esa inscripción entre el momento en que se produce la situación legal de desempleo y aquel otro en que concurren, en su caso, los presupuestos restantes para tener derecho al disfrute del subsidio, toda vez que el art. 215.1.1 LGSS “sólo exige que el parado figure inscrito como demandante de empleo durante el plazo de un mes”, de modo que, aunque el art. 7.3.2.b) del RD 625/1985, de 2 de abril, parece requerir aquella falta de interrupción, para evitar una interpretación *contra legem* de esa norma, debe entenderse que el requisito reglamentario de “figurar inscrito como demandante de empleo durante el período comprendido entre la situación legal de desempleo y la fecha de solicitud del subsidio es sólo uno de los medios acreditativos de la subsistencia de la voluntad del solicitante del subsidio de permanecer en el mercado de trabajo”, sin que ello impida entender cumplido ese requisito cuando, habiendo interrupciones en tal inscripción, quepa entender, por otros indicios, que el solicitante de la protección ha mantenido su voluntad de mantenerse en el mercado de trabajo. En definitiva, si un reglamento es susceptible de una doble interpretación, *contra legem* y *secundum legem*, debe preferirse la segunda opción hermenéutica, por imperativo del principio de conservación del ordenamiento y de la presunción de validez de las normas.

B) Utilidad del reglamento en la hermenéutica de la ley

La STS de 13 de mayo de 2002, I.L. J 1098, nos dice que el Reglamento dictado en desarrollo de una Ley no puede ser utilizado por el intérprete como instrumento para imponer una hermenéutica contraria al espíritu de la ley, o, dicho de otra manera, que si el mandato de la ley puede aclararse por vía de interpretación, debe entenderse que si lo

que explícitamente dispone el reglamento de desarrollo contradice esa interpretación estaríamos ante un caso de reglamento *contra legem*, es decir, vulneración del principio de jerarquía normativa, de modo que no sólo no podría condicionar el reglamento la interpretación de la ley, sino que el mismo sería objeto de anulación precisamente por contradecir la interpretación que de ésta se impone al margen del mismo. Tal es la solución que impone la sentencia citada en relación a la controversia interpretativa que suscitó la Disposición Transitoria Sexta bis de la LGSS, relativa a si los huérfanos que habían perdido su pensión por cumplir los 18 años antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, podían reabrir su pensión al quedar protegidos de nuevo tras la entrada en vigor de esa norma como consecuencia de los nuevos límites de edad ampliados para su disfrute. Como se entiende que ésta es la voluntad de la nueva regulación legal, tal interpretación no puede quedar obstaculizada por la regulación contraria establecida en el reglamento de desarrollo (RD 1467/1997, de 31 de octubre), pues “el desarrollo interpretativo por medio de reglamento no puede servir de ayuda en la presente cuestión por no ajustarse al principio de jerarquía normativa”.

La **STS de 14 de junio de 2002**, I.L. J 1293, dictada a propósito de un caso de cómputo de las cotizaciones de una trabajadora fija discontinua a efectos de prestaciones de desempleo, viene a poner de manifiesto que si una previsión legal (el artículo 210.1 de la LGSS, en concreto) establece una determinada regla (la que dice que la duración de la prestación por desempleo estará “en función de los períodos de ocupación cotizada”) que admite más de una interpretación (¿los períodos de ocupación cotizada hacen referencia en exclusiva al tiempo por el que se ha trabajado efectivamente, o incluyen también aquellos computables como cotizados, aunque no se haya trabajado realmente en ellos?), y el reglamento de desarrollo establece que deben entenderse incluidos a tales efectos los períodos de cotización ficticia (como hace el art. 6 de la OM de 30 de mayo de 1991), debe preferirse aquella interpretación de la ley que hace a la misma conforme al sentido del reglamento de desarrollo, o, dicho de una manera sintética, que la ley debe ser interpretada conforme al reglamento cuando no exista en la misma ningún elemento que obligue o fuerce a considerar que la interpretación contra el reglamento deriva del contenido o el sentido y finalidad de la misma. Nótese que, en cierto modo, tal es precisamente lo que supone la función reglamentaria de “desarrollo” de la ley.

C) Especialidad del reglamento frente a la ley

La **STS de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1114, en relación a un caso en que se planteaba la cuestión de si la pensión de viudedad de una persona debía calcularse “sobre la misma base reguladora sobre la que se calculó la pensión de invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo que percibía (el causante) cuando falleció”, en aplicación de lo que dispone el art. 7.2 del RD 1646/1972, de 23 de junio, o si, por el contrario, había de calcularse sobre la base que previene de modo más genérico el art. 7.1 de la misma disposición reglamentaria, resuelve que debe aplicarse la regla primera por su carácter más especial: de acuerdo con la doctrina ya unificada en STS de 18 de enero de 2002, como el art. 7.2 del RD 1646/1972, establece que “la base reguladora de las pensiones

I. Fuentes del Derecho

por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuere pensionista de jubilación o invalidez, será la misma que sirvió para determinar su pensión”, no exigiéndose pues “para la aplicación de esta regla que la muerte derive de la misma contingencia que determinó en su día el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente”, y sin que tampoco haya razón para pensar que con ello se esté vulnerando la regla general del art. 172.2 de la LGSS (relativa a la necesidad de prueba del carácter profesional de la causa de la muerte en pensiones de incapacidad permanente), se impone el art. 7.2 del RD 1646/1972 por su “especialidad”.

La **STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 1231, dictada en relación al tratamiento que desde el punto de vista del lucro de la pensión de jubilación deba darse al supuesto de que un trabajador que está cobrando esa pensión comience de nuevo a trabajar suspendiendo la misma y, finalizada de nuevo su actividad laboral, acceda otra vez a la condición de pensionista, dispone que ello, si bien no puede determinar una mejora de la base reguladora de la pensión, sí puede suponer un incremento del tipo aplicable a la misma. A nuestros efectos importa sobre todo resaltar el fundamento para tal conclusión, que no es otro que el principio de especialidad normativa: la sentencia dice que el incremento del porcentaje aplicable debe operar porque así lo establece el art. 16.2.d) de la Orden de 18 de enero de 1967, norma que, como ha resuelto el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, sigue manteniendo su vigencia frente a la Ley 26/1985, toda vez que ésta “no contiene disposición derogatoria alguna que de manera expresa privara de eficacia, en todo o en parte, a la Orden de 18 de enero de 1967, ni esa Ley nueva resulta incompatible con la anterior en un punto sobre el que aquélla guardaba absoluto silencio, ni por esta razón ni por virtud del principio de jerarquía normativa puede aceptarse la inaplicación de una norma que no contradice en absoluto a otra de superior rango”.

4. RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO COLECTIVO

A) Supremacía de la ley sobre el Convenio Colectivo: matices

Con abundante cita de jurisprudencia, la **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002**, I.L. J 854, nos recuerda la doctrina general sobre la superioridad jerárquica de la ley sobre el Convenio Colectivo. De manera bastante sorprendente, la **STSJ de Baleares de 16 de abril de 2002**, I.L. J 933, en un supuesto de impugnación de un Convenio Colectivo en el que se establecía la posibilidad de retribuir las horas extraordinarias con un valor inferior al de las horas ordinarias, resuelve que ello no supone vulneración del art. 35.1 ET, toda vez que la autonomía colectiva “permite pactar módulos e incluso cuantías alzadas que resulten inferiores” a las que deriven de “una interpretación excesivamente rigurosa del art. 35.1 ET” siempre que “el salario fijado globalmente supere los mínimos fijados por las normas estatales”, toda vez que “la Constitución española legitima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación del convenio, en la forma que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía”, esto es, la que establece el art. 35.1 ET como mínima para las horas extraordinarias.

La superioridad de la Ley respecto al Convenio Colectivo puede presentar algún matiz especial cuando existe algún tipo de identidad o proximidad entre el sujeto que elabora unilateralmente la Ley y el sujeto que participa en el Convenio a título de empresario, según sucede, señaladamente, en el caso de los Convenios Colectivos del personal al servicio de la Administración o las entidades que integran el sector público. Ciertamente, la negociación colectiva en el sector público, particularmente en las Administraciones Públicas, presenta muchas particularidades (derivadas principalmente del juego simultáneo de las reglas del Derecho Administrativo), y la que deriva de la circunstancia apuntada –relativa confusión entre quien es parte del Convenio y quien elabora unilateralmente la norma que se le impone jerárquicamente– es sólo una de ellas. Sin embargo, puede tener algunos efectos. Aunque *obiter dicta*, la **STS de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1354, dice que, vigente un Convenio Colectivo en el ámbito de una Administración Pública, no cabe que esa misma entidad elabore posteriormente un reglamento que altere las condiciones pactadas en el Convenio, pues, si bien es cierto que el reglamento goza de prevalencia jerárquica, no puede desconocerse el principio *pacta sunt servanda*. Por descontado, ningún problema suscita el desplazamiento de un Convenio Colectivo anterior por una Ley posterior cuando en realidad no existe contraposición de sentido entre ambas normas, en cuanto que ésta supone una clara mejora de las condiciones de los trabajadores. Es el caso al que alude la **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002**, I.L. J 854, que rebaja a 35 horas las jornadas superiores que antes se establecían por Convenio Colectivo.

B) Penetración de la ley en el Convenio Colectivo

La **STS de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1425, dictada en relación a si a efectos del “premio de antigüedad” que establece un Convenio Colectivo (atribución a los trabajadores que totalizan 15, 25 y 40 años de servicio en la empresa de “un número determinado de acciones de la empresa, días de vacaciones y algún elemento conmemorativo complementario”) debe computarse el tiempo en que el trabajador se encuentra en excedencia por cuidado de hijos al amparo del art. 46.3 ET, resuelve que sí. En amparo de esa solución argumenta que la citada previsión legal dispone que “el período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad”, de modo que “la norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad”. La sentencia manifiesta –lo que es más importante para nosotros– que ni el Convenio Colectivo es “fuente única de las relaciones de trabajo” ni el derecho a la autonomía colectiva equivale “a una bolsa de total y absoluta autonomía”: su convivencia con la ley, que es norma dotada de primacía, determina, entre otros efectos, que, con merma incluso del equilibrio interno del Convenio, “las normas promulgadas por el Estado con carácter de derecho necesario penetran por imperio de la ley en la norma paccionada ya creada”, superponiéndose y complementando los compromisos convencionalmente asumidos.

I. Fuentes del Derecho

5. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

A) Concurrencia convencional afectante autorizada

La STSJ de Extremadura de 17 de abril de 2002, I.L. J 843, dando aplicación a la posibilidad que el artículo 83.2 del ET establece de que los Convenios Colectivos suscritos por sujetos sindicales y empresariales más representativos fijen “las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito”, que supone, se advertirá, que el principio de no concurrencia, es decir, la prohibición de afectación de un Convenio anterior por lo dispuesto en otro posterior de distinto ámbito (art. 84 del ET), no es absoluto, viene a reconocer, aunque no lo haga explícitamente, que a veces un Convenio Colectivo anterior puede disponer de la regulación que incorpora frente a lo que pueda establecer otro posterior de distinto ámbito. En esos casos el Convenio posterior opera habilitado por el anterior, como una especie de desarrollo o “aplicación” del mismo, de modo que valdrá en la unidad de negociación a quo en los términos que el Convenio original habilitante determine.

B) Falta de alcance retroactivo del Convenio Colectivo

La STSJ de Asturias de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1155, en relación a un caso en el que un trabajador reclamaba que ciertos tiempos de prácticas fueran computados a efectos de antigüedad, resuelve que, en la medida en la que los períodos de prácticas tuvieron lugar durante un tiempo en el que los Convenios Colectivos por entonces vigentes no reconocían tales períodos a efectos de antigüedad, pues es el Convenio Colectivo que está vigente una vez que el trabajador ya está trabajando en régimen ordinario el que por primera vez determina que aquellos períodos deben computarse a los efectos de referencia, no cabe reconocer tal derecho, pues el Convenio cuya aplicación se invoca “es una normativa posterior y por tanto no vigente en el momento en que se produjo la convocatoria de ingreso del demandante”.

6. SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

A) Regla general: posibilidad de sucesión convencional “regresiva”

La STS de 25 de junio de 2002, I.L. J 1408, dictada a propósito de unas mejoras sociales (seguros de vida) establecidas con ocasión de una fusión bancaria por un Acuerdo Colectivo (cuya validez general se había hecho depender de un mínimo número de adhesiones individuales y cuya vigencia para cada trabajador estaba en función de la adscripción individualizada del mismo) que habían sido objeto de modificación a través de un Convenio Colectivo sucesivo con ocasión de otra operación posterior de fusión bancaria, afirma que, en la medida en la que se está realmente ante dos fuentes colectivas de determinación de las condiciones de trabajo [en el primer caso “la fuente de la obligación empresarial de implantar el seguro de vida (...) no deja de ser convencional o surgida de un acuerdo colectivo por el hecho de que a los destinatarios de la misma se les permitiera optar *ad personam* por las condiciones del seguro precedente”, mientras que en

el segundo el acuerdo colectivo “ha sido concluido y tramitado de conformidad con las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores”], estamos ante un supuesto de sucesión de Convenios, por lo que debe darse aplicación al segundo en virtud del “principio de modernidad” (sin que quepa invocar al efecto “irregresividad” alguna). Dejando al margen los supuestos de conservación *ad personam*, los trabajadores en activo con ocasión de la primera fusión no tienen derecho entonces a mantener los seguros de vida en las condiciones derivadas del primero de los Acuerdos Colectivos, debiendo aplicárseles el segundo.

B) Convenio ultraactivo y Convenio posterior retroactivo

La STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 891, dictada a propósito de la cuantía de indemnización por traslado a que tienen derecho los trabajadores de una empresa cuando un Convenio Colectivo modifica la que establecía el Convenio Colectivo anteriormente vigente, establece una solución para un problema particular de sucesión de convenios que merece reseña. En un caso de un traslado que había tenido lugar en abril de 1999, y que se había sometido efectivamente al régimen del Convenio Colectivo vigente por entonces en condiciones de ultraactividad, la sentencia resuelve que éste es el Convenio que debe aplicarse, y no el posterior formalmente publicado en diciembre del año 1999 que lo sucede, con independencia de que incorpore una cláusula de retroactividad relativa a que el mismo comenzará a desplegar sus efectos con fecha de 1 de enero de 1999: “producido el traslado e indemnizada la actora bajo la vigencia de la normativa anterior, no puede entenderse que la retroactividad del (nuevo) Convenio se extienda a situaciones, como sucede con los traslados, ya totalmente consumadas bajo la vigencia de la normativa anterior”, advirtiendo además que tal retroactividad ni siquiera puede justificarse por “la circunstancia de que, en el presente caso, el baremo establecido para determinar las compensaciones económicas para el traspaso resulte para la actora más beneficioso que el del convenio colectivo bajo cuya vigencia tuvo lugar su traslado”; en el mismo sentido (en idéntico caso), vid. STS de 24 de mayo de 2002, I.L. J 1134, STS de 10 de junio de 2002, I.L. J 1277, y STS de 28 de junio de 2002, I.L. J 1431.

C) Disponibilidad convencional de las condiciones y términos de la sucesión

La STS de 30 de abril de 2002, I.L. J 1017, en relación a un supuesto de sucesión de Convenios Colectivos, pone de manifiesto que está en manos del Convenio posterior disponer en qué términos y condiciones se produce la sucesión convencional. La sentencia precisa que la sucesión no tiene por qué ser total, sino que puede efectuarse de manera parcial, y en concreto que nada impide, una vez entrado en vigor el Convenio posterior, que éste mantenga la virtualidad de algunos de los contenidos del Convenio anterior temporalmente, hasta el momento en que por acuerdo de los órganos de administración del nuevo Convenio se determine la aplicación definitiva de las cláusulas que el mismo incorpora.

7. CONVENIO APLICABLE EN CASOS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Aplicabilidad del Convenio ultraactivo de la empresa de origen

La STS de 22 de marzo de 2002, I.L. J 906, resuelve el problema particular que se suscita cuando el Convenio Colectivo que “traen” los trabajadores de la empresa de origen se encuentra en régimen de ultraactividad, al estar vencido y haber sido objeto de la correspondiente denuncia. El problema se suscita porque ni la normativa comunitaria ni la doctrina del Tribunal Supremo (y tampoco la redacción hoy vigente del art. 44 ET, tras la Ley 12/2001, de 9 de julio), relativas a que el Convenio de la empresa de origen es mantenido por los trabajadores transmitidos a la nueva empresa hasta su expiración o extinción, o hasta la de entrada en vigor o aplicación de otro Convenio en la empresa de destino, aclaran cuándo debe entenderse el mismo extinguido, y, en concreto, si su vencimiento y denuncia, aunque se mantenga prorrogado su contenido normativo, constituye tal caso. La cuestión es crucial, puesto que, si así fuera, la empresa de destino podría imponer a los trabajadores cedidos las condiciones convencionales preexistentes en ella. Invocando el art. 86.3 ET, que establece la prórroga automática del contenido normativo del Convenio en general, con la única salvedad de que en el mismo hubiera establecido otra cosa, el Tribunal Supremo entiende que, puesto que en el Convenio de origen no figura ningún tipo de previsión especial, el mismo mantiene su vigor normativo —es decir, no está expirado—, por lo que los trabajadores cedidos lo mantienen hasta que se negocie uno nuevo en la empresa de destino. La sentencia tiene mucho valor, al ser operativa también con la redacción que presenta el actualmente vigente art. 44 ET.

B) El Convenio de la empresa de origen sólo afecta a los trabajadores cedidos

La STS de 3 de junio de 2002, I.L. J 1265, admite igualmente que en los casos de subrogación empresarial los trabajadores traen consigo el Convenio Colectivo de la empresa de origen y que éste debe ser respetado por la nueva empresa aun cuando, por hallarse vencido y denunciado, esté operando en condiciones de ultraactividad. La sentencia, sin embargo, establece una importante matización: el Convenio de la empresa transmitente mantendrá su vigencia en la empresa de destino sólo en relación a los trabajadores afectados por la transmisión, y nunca en relación a los que hayan sido contratados por la misma en un momento posterior al momento del traspaso. Nada empece a la citada conclusión el que en el caso la empresa adquirente (Retevisión, SA) fuera una creación hecha por la transmitente (Ente Público Retevisión) con ocasión de la transmisión, pues no sólo se trata de entidades formalmente distintas sino también, lo que es más importante, con cometidos materiales diversos, como lo prueba el que la empresa transmitente siga existiendo “como empresa distinta en simultáneo funcionamiento” con la nueva empresa. “En las nuevas contrataciones, a falta de Convenio, ha de entrar en juego la autonomía contractual individual”, debiendo tenerse presente que “el hecho de que a determinados trabajadores de contrataciones posteriores al traspaso se les haya podido reconocer en tales pactos individuales la aplicación del Convenio de la empresa cedente no altera la regla general antes desarrollada, sino que la reafirma”.

C) Transmisión del Convenio de la empresa de origen en “subrogaciones contractuales”

La STS de 8 de abril de 2002, I.L. J 964, en relación a un caso de transmisión de actividades empresariales de una empresa a otra que no constituía un supuesto de sucesión de empresa en términos del art. 44 ET, de modo que no tenía por qué operar el efecto subrogatorio que allí se dispone (se trataba de la transmisión de una actividad “concesionable”, que no implicaba traspaso de los elementos organizativos o patrimoniales que exige aquella disposición), resuelve que se trata de una hipótesis de “cesión de contratos de trabajo cuya característica fundamental respecto a aquella otra situación –la subrogación legal ex art. 44 ET– radica en que requiere el consentimiento del trabajador, conforme a las exigencias generales del art. 1205 del Código Civil”, de modo que para ver si los trabajadores objeto de la transmisión mantienen en la empresa de destino los derechos que tenían en la empresa de origen, y en particular las condiciones del Convenio Colectivo que les venía siendo de aplicación, debe estarse a los términos concretos en los que se haya acordado esa transmisión, considerando en todo caso que a tal efecto será imprescindible –no se olvide– el consentimiento de cada trabajador afectado. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 10 de abril de 2002, I.L. J 969, y 15 de marzo de 2002, I.L. J 1339.

Las citadas sentencias ponen de manifiesto también que el consentimiento del trabajador preciso para que produzca efectos la “subrogación contractual” puede entenderse producido “tácitamente”, si el trabajador no impugna la subrogación, sino que exige el cumplimiento de sus efectos. Pero, sobre todo, revelan que, en la medida en la que el consentimiento del trabajador será por definición inconcreto y no matizado en tales casos, la subrogación operará en términos genéricos –sirviendo a tal fin como modelo de referencia para determinar sus efectos jurídicos el art. 44 ET–, de modo que la misma no podrá determinar que los trabajadores mantengan en la nueva empresa una serie de condiciones que el Convenio Colectivo de la empresa de origen había reconocido en atención a las circunstancias particulares y específicas de esa empresa, cuando las mismas no se reproducen en la empresa de destino: “no se puede afirmar que (los derechos convencionales que derivan de las ‘situaciones específicas’ de la empresa cedente) constituyan derechos consolidados (por los trabajadores cedidos) por estar condicionados a un determinado régimen laboral con (la empresa de origen) en situaciones específicas que en la nueva empresa no se dan”, por lo que “no puede aceptarse que sobre los mismos se hubiera pactado la subrogación empresarial, dados los términos genéricos en los que aquella cesión de contratos aceptada se produjo”. En el sentido indicado, *vid.* particularmente STS de 11 de julio de 2002, I.L. J 1492, y STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 1577.

8. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DEL TRABAJO**A) Aspectos generales sobre la negociación individual de condiciones de trabajo**

Sobre el alcance de la autonomía individual en materia social, la STS de 10 de julio de 2002, I.L. J 1485, dictada en un caso de mejoras voluntarias de Seguridad Social, nos recuerda que cuando el contrato mejora las condiciones convencionales debe estarse a

I. Fuentes del Derecho

los términos del mismo, con independencia de lo que disponga el Convenio Colectivo. La STSJ de Extremadura de 9 de mayo de 2002, I.L. J 1556, por su parte, señala, en relación a un caso en el que estaba en cuestión el juego que debía reconocerse a la autonomía individual en un supuesto de acuerdo transaccional, que no cabe estimar que estemos ante una renuncia de derechos o ante un pacto abusivo por el hecho de que la cantidad adeudada al trabajador se abone, en lugar de en efectivo, mediante la adjudicación en pago de determinados bienes de la empresa valorados en la suma debida. En fin, la SAN de 10 de abril de 2002, I.L. J 924, dictada en un caso en que se discutía el derecho de los trabajadores al disfrute de ciertas mejoras voluntarias de Seguridad Social cuando el cese en la relación laboral se produce antes de la actualización de la contingencia, nos recuerda que en materia de mejoras voluntarias rige “el principio de libertad que proclama (...) expresamente el artículo 41 de la Constitución española, y que preside tanto su constitución como su contenido”, por lo que será “el título constitutivo, ya sea convenio colectivo, contrato individual o acto individual del empresario, el que define, conforme al art. 1255 del Código Civil, las cláusulas y condiciones que se establezcan respecto a esas mejoras”.

B) Extinción del contrato por mutuo acuerdo: el finiquito

La STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2002, I.L. J 1035, nos recuerda que el finiquito no equivale automáticamente a renuncia de derechos del trabajador, sino que es un acto de autonomía privada válido, “entre otras razones porque claramente el artículo 49 ET establece como causa extintiva del contrato de trabajo tanto la dimisión como el mutuo disenso”, sin que ello suponga tampoco, por supuesto, que el mismo “tenga carácter sacramental, de modo que se impongan (sus efectos liberatorios) en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción”. La STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 2002, I.L. J 1526, precisa que en la medida en la que se utilizó por las partes el modelo de finiquito que aparecía establecido en el Convenio Colectivo, debe presumirse el pleno efecto liberatorio –tanto a efectos de liquidación de las cantidades adeudadas y como de extinción del vínculo laboral– del mismo, máxime atendida la “contundencia, claridad y, por tanto, inequívocidad de sus términos”: dice la sentencia que si la parte que pretende su impugnación “no ha probado ninguna deficiencia en el consentimiento susceptible de abocar a la nulidad del negocio de conformidad con lo prevenido en el artículo 1261 del Código Civil, debe presumirse que el acto de suscripción del documento de liquidación y finiquito se desarrolló con inteligencia, con voluntad y sin coacción, produciendo los efectos liberatorios que le son propios”.

La STSJ de Extremadura de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1558, dictada en un caso en el que una empresa había remitido al trabajador una suma de dinero y éste había dispuesto de ella, sucediendo unos días después que la empresa puso en conocimiento del trabajador su cese por entender que, por haber aceptado y dispuesto de la cantidad que se le había remitido en concepto de liquidación de la relación de trabajo, debía estimarse que había tenido lugar una extinción por mutuo acuerdo, resuelve que no se trata realmente de una extinción válidamente consentida por el trabajador, sino de un despido improcedente, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legales del

mismo. Dice la sentencia que de la aceptación y disposición por el trabajador de la cantidad de dinero remitida por la empresa “no se desprende que (éste) se aquietara con el despido y que la decisión empresarial se transformara en una extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes”, ya que si bien el mutuo disenso “no requiere formalidades específicas, sino acreditamiento del cese y de la voluntad de las partes de llegar al mismo (...), tal voluntad, envolviendo una posible renuncia de derechos, ha de constar de forma clara, explícita y terminante”, sin que pueda admitirse que existe esa voluntad por el mero hecho de que un trabajador dispusiera “de la cantidad que le ingresó la empresa” sin que conste que “conociera que esa cantidad respondiera a la indemnización por el despido (...) ni que, aunque lo conociera, tuviera consciencia de que al disponer de ella estaba aceptando la extinción del contrato”.

C) Principio de condición más beneficiosa

La STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2002, I.L. J 825, a propósito de la supresión unilateral por el empresario del servicio de comedor que había venido prestando con base en un compromiso adquirido con los trabajadores en un pacto que tuvo lugar con ocasión de un traslado del centro de trabajo, resuelve que ello no es posible, al tratarse de un supuesto de condición más beneficiosa, según las notas generales de la misma: disfrute por los trabajadores de una ventaja reconocida de manera voluntaria y en firme por el empresario (no mera liberalidad) y que aparece incorporada a título individual en cada contrato; aparte de por recordar la doctrina general sobre los requisitos de la condición más beneficiosa, la sentencia merece reseña al poner de manifiesto, aunque sea *obiter dicta*, que aquélla puede ser “revertida” a través de “los mecanismos legalmente previstos para la modificación de condiciones de trabajo, de estimar que la medida pudiera estar justificada por necesidades organizativas, productivas o de una mejor gestión de recursos”.

La STS de 9 de abril de 2002, I.L. J 967, por su parte, en relación a un servicio de economatos laborales que había sido reconocido por acto unilateral de la empresa en favor del personal pasivo de la misma, resolvió que la supresión del mismo a través de Convenio Colectivo sin ofrecer compensación de ningún tipo a cambio (compensación económica que sí había sido hecha en relación al personal activo de la empresa en el Convenio) no supone vulneración del principio de condición más beneficiosa. Después de recordar la doctrina general sobre los requisitos de la misma, y afirmar que el disfrute de los servicios de economato laboral por los pasivos de la empresa “ni es una mejora voluntaria de la Seguridad Social, ni puede considerarse como una mejora salarial, puesto que no retribuye el trabajo prestado, siendo su correcta caracterización la de beneficio de carácter asistencial por razón de la vinculación anterior del beneficiario o de su causante a la empresa”, fruto de un mero “ánimo de liberalidad empresarial”, la sentencia resuelve que la retirada del servicio no puede además estimarse contraria al principio de condición más beneficiosa, considerando que si “el cambio de las circunstancias socioeconómicas del país” autoriza el retroceso unilateral de la ventaja, más autorizada ha de encontrarse su retirada —como sucede en el caso— a través de la negociación colectiva.

I. Fuentes del Derecho

La STS de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1116, dice que la empresa que se subroga en los derechos y obligaciones con los trabajadores de una empresa anterior como consecuencia de una sucesión empresarial debe respetar las condiciones más beneficiosas de los trabajadores en la empresa de origen.

La STS de 20 de mayo de 2002, I.L. J 1129, en relación a un caso en el que una empresa había reconocido a través de un pacto suscrito colectivamente con sus trabajadores el compromiso de “estudiar con el máximo interés” la concesión de una licencia retribuida por Navidad, resuelve que ello en modo alguno obliga a la empresa a dar siempre ese beneficio, y ello por dos razones: de un lado, porque no puede entenderse que estemos realmente ante una condición más beneficiosa, ya que atendidos los términos del pacto, es claro que no existe una voluntad empresarial de reconocer con carácter definitivo e irrevocable una licencia retribuida (sólo hay compromiso de estudiar cada año esa posibilidad), sin que quepa afirmar, de acuerdo con una jurisprudencia consolidada, que el disfrute efectivo de ese beneficio en años anteriores haga surgir por sí mismo la condición más beneficiosa; de otro lado, porque incluso en el caso de que se tratara de una condición más beneficiosa, no cabe olvidar que la misma puede ser compensada o absorbida por un Convenio Colectivo posterior, siempre que establezca condiciones de trabajo que, siendo homogéneas, de modo que permitan la comparación, resulten mejores, como sucedía en el caso (el Convenio había incrementado los días anuales de licencia retribuida antes establecidos).

9. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

A) La afiliación al RETA de los subagentes de seguros como origen de la cuestión de si la jurisprudencia tiene carácter de fuente

En el período examinado, son abundantísimas las sentencias del Tribunal Supremo en que, a propósito del alta en el RETA de los subagentes de seguros con retribuciones superiores al salario mínimo interprofesional, como consecuencia de la declaración de que ese nivel de beneficio económico constituye indicio de “habitualidad” a efectos de encuadramiento en aquel régimen por STS de 29 de octubre de 1997, se plantea la cuestión de si la jurisprudencia tiene o no valor normativo, y, en consecuencia, si cabe plantear la cuestión de la retroactividad o la irretroactividad respecto de la consolidación de una determinada línea de interpretación jurisprudencial a propósito de una norma. En el caso concreto, se trataba de determinar si el cambio jurisprudencial en la interpretación de una norma del que derivan obligaciones para los administrados de cuya existencia no se tenía constancia alguna antes de la nueva solución hermenéutica (obligación de alta en el RETA de los subagentes de Seguros con rendimientos superiores al SMI) supone que debe entenderse que, como la obligación existía ya con anterioridad, y la nueva jurisprudencia no la constituye, sino que meramente la declara, no estamos ante un supuesto de retroactividad (lo que permitiría a la Entidad Gestora la retroacción de la obligación de encuadramiento y cotización en relación a actividades desempeñadas antes de la citada sentencia), o bien si, por el contrario, debe entenderse que esa nueva interpretación constituye *ius novum*, lo que impediría su aplicación retroactiva.

B) Solución: negación del carácter normativo de la jurisprudencia y consiguiente admisibilidad del alcance retroactivo de ésta

A través de una larga serie de sentencias –seis de ellas dictadas en Sala General, y con voto particular– entre las que sólo existen diferencias de matiz, el Tribunal Supremo resuelve que “la Jurisprudencia en nuestro Ordenamiento Jurídico no crea normas” –“la función constitucionalmente encomendada al juzgador es la de interpretarlas y aplicarlas al caso concreto”–, por lo que “no cabe atribuir o negar a la doctrina jurisprudencial efectos retroactivos, pues tal eficacia temporal es propia de las normas y no de las resoluciones judiciales que las interpretan”. Cabe por tanto extender los efectos de la jurisprudencia más atrás del momento en que la misma se consolida, pues aunque “bien es cierto que los cambios en la doctrina jurisprudencial pueden crear efectos de notoria gravedad” –en ese sentido los votos particulares precisan que cuando la jurisprudencia se manifiesta no en su función interpretativa, sino en su función de integración de lagunas jurídicas, la misma está cumpliendo una función más de constitución que de declaración del derecho, por lo que debiera valorarse esa circunstancia a efectos de la aplicación de las cautelas de la irretroactividad que aconseja el juego del valor de la seguridad jurídica– “aún así las sentencias que la crean se limitan a poner de manifiesto la voluntad legislativa, que ha de ser la aplicada en los casos que se enjuicien con posterioridad aunque los hechos que los determinen hubieran tenido lugar en fecha anterior a la de la doctrina judicial”.

Se pronuncian en el sentido indicado, dentro de una larguísima serie de ellas, las **SSTS de 29 de abril de 2002**, I.L. J 1006, 1009 y 1014, **30 de abril de 2002**, I.L. J 1022, y **3 de mayo de 2002**, I.L. J 1080. Algunas sentencias aclaran que a la conclusión alcanzada no cabe oponer lo que dice el art. 226.1 de la LPL cuando dispone que las sentencias dictadas en unificación de doctrina “en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada”, ya que esta precisión se refiere al caso completamente distinto del respeto por la “cosa juzgada” (**STS de 6 de junio de 2002**, I.L. J 1272). Precisan otras, por su parte, que “las sentencias sólo pueden tener eficacia constitutiva con carácter general –es decir, carácter normativo– cuando así venga establecido por excepción, como es el caso del control de constitucionalidad de las leyes, o de la legalidad de los reglamentos o de los convenios colectivos, pero aún en estos casos, no se reemplaza la norma anulada, sino que se declara la nulidad de ésta” (**STS de 30 de abril de 2002**, I.L. J 1023). O también que “aun cuando tratara de argumentarse que (una determinada) sentencia ha venido a colmar una laguna del ordenamiento –al no precisar éste qué debe entenderse por habitualidad en el ejercicio de la profesión– de tal suerte que se atribuyera a la citada resolución un carácter similar al de una norma jurídica, la solución al respecto debería ser idéntica, por cuanto este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que las disposiciones legales o reglamentarias aclaratorias e interpretativas no son derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado” (**STS de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1083).

I. Fuentes del Derecho

10. RELACIONES DE SUPLETORIEDAD NORMATIVA

A) Supletoriedad del Código Civil (prescripción de acciones)

La STSJ del País Vasco de 28 de mayo de 2002, I.L. J 1264, en un caso de reclamación por una Mutua al INSS de las prestaciones anticipadas por aquélla a un trabajador que había sufrido incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo y en el que el sujeto declarado responsable había sido el empresario, resuelve que el INSS no es responsable por entenderse prescrita la acción de la Mutua por el transcurso del plazo de un año, al estimar que es ese plazo (dispuesto en el art. 241.2 LPL), y no el de cinco años que introduce posteriormente la Ley 50/1998, el que debe entenderse vigente para el caso, toda vez que, de acuerdo con el principio de supletoriedad, “en materia de prescripción, a falta de norma específica rige como criterio supletorio general la legislación vigente al momento de iniciarse el plazo de prescripción, conforme a lo dispuesto en el art. 1939 del Código Civil (CC) en relación con su art. 4.3”. En definitiva, “ante la ausencia de norma específica en la Ley 50/1998, disponiendo que esa ampliación del plazo de prescripción afecta también a los casos en que la acción ejecutiva haya nacido antes del 1 de enero de 1999 —que es la fecha de entrada en vigor de esta norma— rige la regla del art. 1939 CC, que lo impide”.

B) Supletoriedad de la LEC (plazos procesales)

La STSJ de La Rioja de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1361, en relación a la debatida cuestión de la presentación de escritos en el orden jurisdiccional social en el límite de los plazos previstos a tal efecto, resuelve que, en la medida en la que el principio de supletoriedad supone que la norma supletoria sólo puede ser de aplicación en tanto que la norma principal no ofrezca una solución para la cuestión planteada, es decir, en el caso de una laguna legal (“la esencia de la supletoriedad radica en la aplicación de las disposiciones de la norma supletoria cuando existe defecto de ellas en la principal, de tal forma que sólo es dable la aplicación de la norma supletoria cuando no existe norma aplicable al caso concreto en la norma principal”), la regla que incorpora la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 135.1, relativa a la posibilidad de presentar los escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo”, no es aplicable en el procedimiento laboral, ya que el art. 45 de la Ley de Procedimiento Laboral impide la citada ampliación del plazo: dice la sentencia que “lo que la LEC regula en la totalidad del art. 135 al completo es regulado por la LPL en 5 artículos, conformando una regulación propia, específica y particular para el proceso laboral de las actuaciones judiciales” por lo que “no es admisible más que la aplicación del sistema completo regulado por la Ley de Procedimiento Laboral”.

C) Supletoriedad de la legislación administrativa (personal estatutario)

La STSJ de Asturias de 28 de junio de 2002, I.L. J 1595, en relación a la reclamación de un trabajador en régimen estatutario de un complemento salarial de productividad, entiende que la misma no se encuentra prescrita, toda vez que, a falta de norma expresa al respecto en la normativa estatutaria, debe entenderse que las cantidades adeudadas al

personal estatutario por las Entidades Gestoras prescriben “por el transcurso del plazo de cinco años, que es el plazo general de prescripción establecido para las obligaciones de la Hacienda Pública en el art. 46 de la Ley General Presupuestaria”, y ello por cuanto que, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, “las lagunas normativas del régimen estatutario se han de integrar de manera preferente por medio de la legislación administrativa de funcionarios”, al ser ésta –y no la laboral– la supletoria.

11. DINÁMICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

A) Remisión a una norma derogada: valor y alcance

La STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2002, I.L. J 832, se pronuncia a propósito de la interesante cuestión del valor y el alcance de la remisión hecha desde una norma vigente a otra derogada, en concreto de la practicada desde un Convenio Colectivo a una Ordenanza Laboral desaparecida. Reconociéndose la validez de ese tipo de operaciones –“nada impide la remisión que las partes negociadoras del Convenio efectúan a aquella ‘derogada’ Ordenanza, pues su jurídica vinculación no se produce tanto por la vía de la genérica aplicabilidad de una ‘norma’ que ha perdido su vigencia (art. 2 CC), como por la expresión que supone de un acuerdo libremente adoptado en virtud de su autonomía colectiva (art. 82.1 ET)”– la sentencia establece una importante precisión en cuanto al alcance que deba darse a las mismas: la interpretación de la regla en juego no puede hacerse en términos de la norma remitida –norma instrumental y en todo caso ya fenecida–, sino sólo en el marco de los principios y el espíritu de la norma remitente, que es la única que se encuentra viva; “sentada la fuerza vinculante de lo así acordado” –precisa la sentencia– “la litigiosa remisión no puede extenderse más allá de lo querido por los negociadores –art. 1283 CC– y del propio límite que impone la específica y convencional regulación”.

B) Aplicación analógica de los Convenios Colectivos

La STS de 9 de abril de 2002, I.L. J 967, en relación a la posibilidad de llevar a cabo una interpretación extensiva de un Convenio Colectivo, de modo que la compensación económica que el mismo establecía a cambio de la supresión de un servicio de economatos laborales para el personal activo fuera de aplicación también para el personal pasivo de la empresa, que también había venido disfrutando del servicio de aquellos economatos, pero que no aparecía expresamente señalado como destinatario de las compensaciones económicas en el Convenio Colectivo, resuelve que la aplicación analógica de las normas –art. 4.1 del Código Civil– “tiene difícil acomodo en las relaciones contractuales”, ya que constituye “un medio previsto por el legislador para colmar una laguna del ordenamiento jurídico, pero no para suplir deficiencias u omisiones en la contratación”. La analogía “únicamente es posible respecto de las normas de alcance general, no circunscritas a reglamentaciones intersubjetivas de alcance limitado, destinadas a disciplinar supuestos o ámbitos concretos”, estando también excluido su juego cuando se trata de “nor-

I. Fuentes del Derecho

mas temporales”. Así pues, como los Convenios Colectivos son fuente de estas características, no cabe apreciar en los mismos “lagunas en sus cláusulas normativas que sea necesario colmar con cláusulas del propio pacto colectivo” –como es el caso de la analogía–, “particularmente cuando la ausencia de norma se refiera al contenido puramente facultativo” de los mismos.

C) Retroactividad de las normas

La STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002, I.L. J 854, dictada a propósito de la entrada en vigor de una ley foral que reducía la jornada de los trabajadores del sector público navarro a 35 horas y establecía una cláusula de aplicación retroactiva, nos recuerda que la regla general de irretroactividad de las normas de los artículos 9.3 CE y 2.3 CC no es absoluta, permitiendo por el contrario cierta retroactividad. Recogiendo la posibilidad que el art. 2.3 CC establece *a contrario* de que las leyes puedan ser retroactivas si así lo disponen, y al amparo de lo que establece el art. 9.3 CE al respecto, la sentencia dice que la única retroactividad prohibida es la de las disposiciones sancionatorias y la que restrinja derechos individuales efectivamente consolidados, es decir, “derechos ya nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior”, llegando además a afirmar que “incluso aunque (la norma) no dispusiere nada al respecto, cabe reconocer un sentido retroactivo tácito, según la doctrina científica y la jurisprudencia, cuando así se derive del sentido, carácter y finalidad de la ley, lo que (...) sucede cuando el contenido de la nueva norma señale que para que sea aplicable es imprescindible darle aquel efecto, cuando se trate de eliminar situaciones incompatibles con los fines morales o sociales de la nueva disposición y cuando ésta tenga por objeto el establecimiento de un régimen general y uniforme”.

La STJCE de 29 de enero de 2002, I.L. J 1334, dictada en una cuestión prejudicial relativa a si el Acuerdo Europeo de Asociación con la República de Polonia de 1993 era contrario a una norma interna alemana que, de modo totalmente excepcional, disponía la posibilidad de que los contratos para la docencia de lenguas extranjeras (en el caso se trataba de una docente polaca) pudieran hacerse temporalmente, sin ningún tipo de exigencia causal, dice –aplicando la doctrina de la sentencia Spotti– que, en efecto, ello es contrario al principio de igualdad y no discriminación, pero, sobre todo –puesto que esto es lo que más nos interesa– resuelve que esta conclusión, que deriva a la postre de la aplicación del Acuerdo de Asociación con Polonia, que es el que extiende el principio de igualdad a los trabajadores polacos, no palidece por el hecho de que el contrato temporal fuera suscrito en Alemania antes de la entrada en vigor del citado Acuerdo de Asociación. Puesto que el referido Acuerdo no incorpora regla transitoria alguna al respecto, la sentencia, invocando la jurisprudencia comunitaria que distingue entre situaciones consumadas y situaciones por consumir, ofrece una solución de aplicación “retroactiva”, lo que llama la atención teniendo en cuenta que, tratándose de una materia tan particular como los contratos temporales –que constituyen previsiones a corto plazo–, quizá fuera más adecuada una solución de irretroactividad en aras del principio de seguridad jurídica.

D) Sucesión de normas sobre prescripción

La STSJ de Aragón de 13 de junio de 2002, I.L. J 1440, dictada en un caso de reintegro de prestaciones indebidas de desempleo en el que se planteaba la cuestión del plazo de prescripción que había de aplicarse para exigir el citado reintegro por parte de INEM, si el de 5 años establecido en el art. 45.3 de la LGSS antes de la reforma llevada a efecto por Ley 55/1999, de 29 de diciembre, o si el posterior de 4 años, resuelve, en un caso en el que el *dies a quo* del cómputo se correspondía con un momento anterior a la entrada en vigor de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, en el que estaba vigente, por tanto la regla de los 5 años, que debe aplicarse sin embargo la regla prescriptiva de los 4 años, toda vez que, como quiera que el 1 de enero de 2000 (fecha de entrada en vigor de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, y por ende del nuevo plazo prescriptivo más corto de los 4 años) “la obligación de reintegro no había prescrito ni conforme al antiguo plazo de cinco años ni conforme al nuevo de cuatro años” (el *dies a quo* para el cómputo del plazo era el 12 de febrero de 1997, por lo que ni si quiera se habían consumido 3 años), de modo que, dándose aplicación a la nueva regla prescriptiva corta de los 4 años el INEM incluso “dispuso de más de un año a partir del 1 de enero de 2000 para llevar a cabo una actuación interruptiva de la prescripción”, si el “INEM ha dispuesto de más de 1 año a partir de la entrada en vigor del nuevo plazo prescriptivo de cuatro años para interrumpir la prescripción dentro del mismo sin haberlo hecho, forzoso es concluir que, ex art. 45.3 de la LGSS (...) ha prescrito la obligación de reintegro de prestaciones”.

En definitiva, la resolución que acaba de referirse supone que cuando una norma sobre prescripción sucede a otra estableciendo un plazo más breve, aun cuando la prescripción haya comenzado ya a correr estando en vigor la primera norma no necesariamente va a aplicarse el plazo más largo que la misma incorpora: si la segunda norma entra en vigor mientras el plazo todavía sigue corriendo, y se da el caso de que incluso dando aplicación a la prescripción más corta que establece esa regla sucesiva se respeta un porcentaje razonablemente amplio del plazo prescriptivo remanente según la regla anterior (porque, por el momento del *dies a quo*, no se hubiera consumido una gran parte del mismo), en ese caso se admite la aplicación retroactiva del segundo plazo. Teniendo en cuenta que los plazos de prescripción son sobre todo soluciones de seguridad y previsión jurídica, no parece del todo saludable una solución distinta a la de la total irretroactividad: en materia de prescripción debería aplicarse, salvo razones justificadas del caso concreto, la regla que está vigente cuando da comienzo el cómputo del plazo correspondiente. La STS de 23 de julio de 2002, I.L. J 1508, en relación al efecto de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que fijaba el plazo de prescripción para el reintegro de prestaciones indebidas en 5 años, sobre una anterior situación en la que la jurisprudencia venía interpretando que el citado plazo era de tres meses, ofrece una solución de “irretroactividad” según la cual el nuevo plazo, en este caso más largo, de la citada Ley 66/1997 sólo puede operar en relación a prescripciones que hayan comenzado a correr a partir de 1 de enero de 1998 (momento de entrada en vigor de esa ley), por lo que las que hayan comenzado a computarse con anterioridad quedan siempre sometidas al plazo de los tres meses. La solución de aplicar el plazo prescriptivo que incorpora la norma que está vigente cuando tal plazo comienza a correr es, por

I. Fuentes del Derecho

cierto, la regla general conforme al art. 1939 CC, aplicable por vía supletoria en esta materia, según nos recuerda la STSJ del País Vasco de 28 de mayo de 2002, I.L. J 1264.

12. OTRAS CUESTIONES RESEÑABLES EN MATERIA DE FUENTES

A) Las circulares e instrucciones no son reglamentos

La STS de 10 de junio de 2002, Sala Tercera, I.L. J 867, que estima el recurso de casación interpuesto por un extranjero extracomunitario frente a una resolución judicial que confirmaba la denegación administrativa del permiso de trabajo, por falta de motivación suficiente (ausencia del preceptivo informe del INEM), formula, aunque lo haga *obiter dicta*, una serie de importantes precisiones sobre el concepto de reglamento en nuestro ordenamiento. Haciendo suyas las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado, la sentencia dice que, aunque la noción de reglamento debe entenderse en sentido amplio, de modo que no cabe su identificación con la de “disposición administrativa que afecte a los ciudadanos en su condición de administrados o con los Reglamentos ‘jurídicos’, como normas de actuación dictadas para todos y relativos a las llamadas relaciones de supremacía general, sino que también los denominados Reglamentos ‘administrativos’ en terminología académica de ascendencia germánica, *ad intra*, de carácter orgánico o referidos a relaciones de supremacía especial son disposiciones normativas”, sin embargo, no merecen tal consideración las “Instrucciones o Circulares”, por ser las mismas meras “directivas de actuación u órdenes generales que no innovan propiamente el ordenamiento”, sino que, “como manifestación de la jerarquía administrativa, están dirigidas a órganos que se encuentran en una relación de esta naturaleza”, y que por ello “sólo obligan en función de la obediencia propia e inherente a dicha jerarquía administrativa, y no como consecuencia de que formen parte del ordenamiento jurídico”.

B) Convenio Colectivo extraestatutario: impugnación

La STS de 16 de mayo de 2002, I.L. J 1120, en relación a un caso de impugnación de un Convenio Colectivo extraestatutario por un sindicato que no había sido parte en el mismo, impugnación cuyo fundamento era la causa de ilegalidad a la que se refiere el art. 163.1.a) de la LPL (por entenderse que lo allí pactado vulneraba el Convenio estatutario vigente), después de recordarnos que el Convenio Colectivo extraestatutario tiene naturaleza contractual –o, al menos, “convencional”, en todo caso “no normativa”–, de modo que sólo obliga *inter partes*, en los términos de las reglas generales de las obligaciones y los contratos, precisa que, y esto es lo importante, aunque el art. 1302 del CC “señala que la acción de nulidad de los contratos solamente corresponderá a los obligados principal o subsidiariamente por ellos”, ello no impide que los “Convenios o Acuerdos Extraestatutarios puedan ser impugnados por quienes no los suscribieron cuando se advierta ilegalidad o lesividad para terceros”, ya que el art. 163.1 de la LPL “establece la legitimación para impugnar un Convenio Colectivo cualquiera que sea su eficacia por los trámites del proceso del conflicto colectivo, y si se basa en la ilegalidad del Convenio –como era el caso– otorga legitimación a la representación legal o sindical de los trabajadores, Sindicatos y Asociaciones Empresariales interesadas”.

C) Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral

La STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002, I.L. J 854, en relación a un caso en el que dos leyes forales establecieron una reducción de la jornada laboral –a 35 horas– en el sector público navarro, después de recordarnos las reglas generales que presiden las relaciones entre el ordenamiento central y los de las respectivas Comunidades Autónomas (relación de distribución de competencias según funciones ejercitadas –legislación, desarrollo, ejecución, etc.– y materias afectadas –laboral, Seguridad Social, etc.–, que determina la imposibilidad de ejercitar competencias no atribuidas constitucional o estatutariamente, y relaciones de interconexión, como las de cooperación –normación básica y de desarrollo, legislación y ejecución, etc.–, interferencia –cuyas principales manifestaciones están en el art. 150 CE: delegaciones, transferencias, armonizaciones– e integración –concretadas principalmente en las cláusulas de prevalencia y supletoriedad de la legislación del Estado que incorpora el art. 149.3 CE), nos sorprende cuando, en relación al tema objeto del litigio –la reducción de la jornada de los trabajadores del sector público navarro a 35 horas, recuérdese– interpreta que el art. 149.1.7 supone que “el Estado regula las condiciones básicas de la Legislación Laboral y, en tal sentido, la regulación contenida en el art. 34 ET es una norma de mínimos, y por tanto siempre mejorable, como acontece en el ámbito de esta Comunidad Foral” a través de las leyes que rebajan la jornada a 35 horas.

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

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

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 (2002) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 814 a 1618) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

Las sentencias recogidas en este apartado resuelven litigios cuya cuestión central es la concurrencia o no de los presupuestos sustantivos de la relación laboral. Todas ellas se pronuncian en el sentido de afirmar la incompetencia del orden social para su conocimiento.

– STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1179 (recurso 478/2001).

1. La sentencia ilustra sobre los siguientes hechos probados. El actor prestó sus servicios para una sociedad cooperativa entre el 18 de agosto de 1997 y el 30 de octubre de 1999, ocupándose de las tareas y funciones administrativas de la empresa, incluyendo la confección de las nóminas, la contabilidad, las negociaciones con los bancos, la liquidación de impuestos, etc., sin tener poderes de representación; acudía diariamente a la empresa, aunque su horario era flexible; utilizaba los medios de la misma, tales como el ordenador; recibía una remuneración mensual de 282.743 pesetas, para cuyo cobro emitía una factura, efectuando la oportuna retención por IRPF; figuraba dado de alta en el RETA y se ocupaba también de la asesoría de otras empresas; todas las personas que prestaban sus servicios para la demandada habían suscrito un contrato de trabajo con ella; la persona que, primero, asistía al actor en el desempeño de sus tareas y que, después, ocupó su puesto estaba ligado a la empresa por un contrato laboral. La sentencia de instancia estima íntegramente la pretensión del demandante de declarar como laboral la relación entre las partes con las subsiguientes consecuencias jurídicas. Contra tal decisión, la demandada interpuso un recurso de suplicación.

2. Aunque la demandada no alega la excepción de incompetencia de jurisdicción en el recurso, la Sala considera imperativo su propio pronunciamiento sobre dicha excepción por tratarse de una cuestión que afecta al orden público procesal. En este sentido, observa que la acción ejercitada, más que pretender la declaración de laboralidad de la relación, lo que persigue es que se realicen los ingresos de cotizaciones que correspondan sobre la base salarial mensual acreditada durante el período de tiempo que se acredita. Concluye, por ello, que se trata de una demanda instrumental que bajo la apariencia de una petición de declaración de laboralidad lo que en realidad pretende es el ingreso de las cuotas de Seguridad Social procedentes por no haber sido abonadas por la demandada; y, así las cosas, estima de oficio la incompetencia de jurisdicción por razón de la

II. Trabajador

materia por entender que la procedencia o improcedencia del abono de cuotas a la Seguridad Social es, por el contrario, competencia del orden contencioso-administrativo.

3. El pronunciamiento es criticable. Llama la atención la rocambolesca alegación de que se trata de una demanda instrumental, cuando el suplico de dicha demanda pide, literalmente, que se declare la existencia de relación laboral entre el actor y la cooperativa demandada con la consiguiente obligación de la empresa de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social. Es evidente que lo segundo tiene como presupuesto la apreciación de tal vínculo; pero también lo es que el contenido del *petitum* es doble: el reconocimiento de laboralidad y la condena al pago de las correspondientes cotizaciones sociales. Por consiguiente, el Tribunal debía haberse pronunciado expresamente sobre la naturaleza de la relación, tal y como hizo el juez *a quo*, puesto que la reclamación sobre las cotizaciones depende básicamente del carácter laboral o no del vínculo; así, pues, no basta con insinuar la laboralidad, sino que es exigible un pronunciamiento razonado. Si tratáramos de esclarecer esta cuestión, parece claro que la prestación de servicios del demandante para la cooperativa demandada adolecía de carácter laboral por el cumplimiento de los requisitos del artículo 1.1 ET y sin que circunstancias como la flexibilidad del horario, la falta de exclusividad del actor o su alta en el RETA puedan servir para desvirtuar tal apreciación.

– STSJ de Madrid de 5 de abril de 2002, I.L. J 1051 (recurso 60/2002).

1. La actora venía prestando sus servicios en una emisora de radio como presentadora de un programa radiofónico en virtud de una relación jurídica formalizada entre las partes bajo el nombre de “compromiso de colaboración ocasional”. En dicho acuerdo se establecía la duración temporal del compromiso y se reconocía a ambas partes la facultad de rescindirlo sin necesidad de alegar causa justificativa alguna y con el único requisito de comunicarlo a la otra parte con, al menos, quince días de antelación a la fecha en que se pretendiera dejar sin efecto el contrato. Asimismo se preveía expresamente como causa de extinción del contrato la eliminación del programa a que se refería la colaboración sin que ello determinara indemnización alguna a favor de la colaboradora. Este contrato fue objeto de diversas prórrogas hasta el momento en que la empresa notificó a la actora la rescisión del contrato por haber decidido la Dirección de la emisora suprimir el programa. Contra dicha notificación interpuso la colaboradora demanda por despido que fue estimada en la instancia. Frente a dicha resolución plantea recurso de suplicación la empresa demandada alegando la incompetencia de la jurisdicción social para conocer del asunto.

2. La sentencia de suplicación desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Superior de Justicia advierte que en el supuesto litigioso concurren las notas de dependencia, integración en el círculo rector, percepción salarial puntual, sometimiento a horario e inspección, todo lo cual determina la calificación de la relación como laboral rechazando, por tanto, la excepción de incompetencia de jurisdicción. A ello añade la sentencia la calificación de la relación laboral como indefinida dado que, aunque el objeto de la prestación de servicios podía haber justificado la celebración de un contrato para obra o servicio, el acuerdo celebrado fijó un término y condicionó la duración de la prestación de servicios a la doble y mutua voluntad de ambos contratantes, peculiaridad

extintiva que en nada coincide con la normativa que el contrato de obra o servicio previene.

3. El núcleo decisorio de la sentencia reside en determinar si la relación existente entre la demandante y la empresa merece la calificación de relación laboral. Al respecto, la sentencia que se comenta aplica la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en reiterados pronunciamientos conforme a la cual “la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar”. Desde luego, la prestación de servicios de los profesionales de la comunicación puede articularse a través de una relación distinta a la laboral dado que las partes, en el ejercicio de su libre voluntad, pueden optar por un programa contractual distinto al laboral para desarrollar la prestación de servicios. Sin embargo, lo que no es disponible son las consecuencias legales del supuesto fáctico creado por las partes (RODRÍGUEZ-PIÑERO). De este modo, si la actividad desarrollada entra dentro de lo previsto en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores el contrato tendrá índole laboral y se aplicará la normativa correspondiente. En el caso controvertido, los hechos probados ponen de manifiesto que la demandante se hallaba plenamente integrada en el círculo rector y disciplinario del empresario, siendo esta dependencia el elemento clave para atribuir carácter laboral a la relación contractual y rechazar la existencia de una relación mercantil o civil de arrendamiento de servicios.

b) Actividad retribuida

– STSJ de Madrid de 2 de abril 2002, I.L. J 1046 (recurso 4148/2001).

1. El demandante, J.P.M., suscribió el 16 de julio de 1999 un contrato con el club deportivo de Ciempozuelos, con categoría de aficionado preferente grupo 2, para ejercer funciones en calidad de entrenador aficionado, siendo sus obligaciones las expresadas en el contrato. También se pactó la duración de la prestación, las percepciones económicas (distribuidas en diferentes conceptos) y una cláusula en la que el club se reservaba el derecho unilateral a rescindir el contrato, abonando las cantidades debidas por el tiempo que restara de temporada oficial. La extensión de la vigencia de este contrato para la siguiente temporada (2000/2001) quedaba supeditada a la permanencia del equipo en la categoría de Preferente Aficionados pues, de lo contrario, el entrenador no tendría derecho a cantidad alguna durante dicha temporada. El club deportivo de Ciempozuelos es un club de fútbol con categoría de aficionado, que abona a sus jugadores pequeñas cantidades (8.000 pesetas) en compensación de gastos de transporte y desplazamiento, siendo todos los jugadores aficionados, sin contrato laboral. El actor trabaja para una empresa, la empresa “Yepes”, desde hace 27 años, percibiendo una cantidad de 80.000 pesetas mensuales por entrenar al equipo mencionado todas las semanas. El 30 de junio de 2000 le es notificado por el club la decisión de prescindir de sus servicios. El actor reclama las cantidades que corresponderían a la siguiente temporada.

II. Trabajador

2. El Tribunal ha de pronunciarse sobre la excepción de la incompetencia de jurisdicción alegada en la instancia y como cuestión de orden público. El actor sostiene que la retribución percibida como entrenador por el club deportivo demandado retribuye conceptos distintos de la mera compensación de gastos, teniendo la consideración de retribución derivada de la práctica profesional del deporte. Pero el Tribunal no atiende tal planteamiento ya que considera que el actor entrena a los jugadores aficionados que constituyen el equipo del club “en el tiempo libre que le deja su trabajo en otra empresa, percibiendo como remuneración los gastos que le supone el ejercicio de la actividad y una cantidad por partido ganado”. De todo ello se deduce que no cabe aludir a una “relación laboral común” por no darse los requisitos exigidos por el art. 1 LET. En definitiva, se cumple lo previsto en el art. 1.2 RD 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de deportistas profesionales, y por el que quedan excluidas las personas que se dedican a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo sólo la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva. Todo ello conduce a admitir la excepción de incompetencia de jurisdicción debiendo añadir, señala el Tribunal, que “la cantidad que recibía el demandante mensualmente no puede tener la consideración de salario, sino que compensa su actividad como aficionado”.

3. La retribución parece ser el elemento clave que conduce al Tribunal a excluir como relación laboral de carácter especial a la que es objeto de consideración en esta sentencia, considerando que la percepción que obtiene el entrenador por los servicios pactados se hace en concepto de compensación de gastos y no como salario. Como es sabido, ni es éste el único presupuesto sustantivo que califica una relación como laboral, sea ésta común o especial, ni es el salario el único aspecto valorado para incluir o excluir a una relación dentro del régimen jurídico de los deportistas profesionales. Para que la relación que se enjuicia en esta sentencia sea considerada laboral han de estar presentes los rasgos de voluntariedad, dependencia, ajenidad y retribución. Ninguno se cuestiona, salvo este último. Para que la relación además de ser laboral sea especial, dentro del ámbito del RD 1006/1985 por el que se regula la relación laboral especial de deportistas profesionales, ha de existir una relación “de carácter regular”, con dedicación “voluntaria a la práctica del deporte”, “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva” y “a cambio de una retribución” (art. 1.2 RD 1006/1985). Tan sólo se excluyen, como manifiesta la sentencia, aquellas actividades llevadas a cabo por “personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva”. Que en el supuesto que se analiza existe regularidad, dedicación voluntaria, sometimiento al ámbito de organización y dirección de un club no ofrece duda. Sí puede discreparse, no obstante, del análisis que el Tribunal hace de las percepciones obtenidas por el entrenador, lo que conduce a rechazar la naturaleza laboral de la relación y, por ende, a admitir la excepción de incompetencia de jurisdicción. En este caso, la regularidad de la percepción (80.000 pesetas mensuales) así como la distribución de la cantidad íntegra en diferentes conceptos establecida en el contrato permite deducir que se trata de una retribución y no de una mera compensación de gastos, que, por lo general, no es idéntica cada mes. La forma de compensación actúa como indicio de trabajo asalariado y no asalariado y, aun cuando no sea determinante, la retribución fija y periódica es indicio de un salario propiamente dicho (jornal, sueldo, mensualidad, paga, etc.) mientras que la retribución

por acto o servicio, estipendio, canon, recibos de gastos, etc., presupone una relación por cuenta ajena o independiente. Por lo demás, el hecho de que la prestación se efectúe dentro de la categoría de aficionado, en un club que practica el deporte como preferente aficionado y con jugadores aficionados, no prejuzga la calificación de la relación entre el entrenador y el club toda vez que el RD 1006/1985 no establece diferenciación alguna por tal concepto en ninguno de sus preceptos.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2002, I.L. J 1075 (recurso 341/2002).

1. A.G.G. ha venido prestando servicios como profesora de dibujo y pintura de octubre a mayo desde el año 1994, para los padres de alumnos asociados a la Asociación de Padres y Madres de Alumnos que así lo deseaban en los colegios públicos Cisneros, Magallanes y Mendoza. Percibía por este servicio una cuota mensual de 4.000 pesetas por cada alumno en el curso escolar 2000-2001 y tenía como límite un total de 10 alumnos, aunque el número variaba cada año. La Asociación de Padres y Madres de Alumnos del Colegio Cisneros coordinaba las actividades extraescolares en instalaciones del referido colegio. Los profesores que estaban interesados en prestar servicios en las materias que interesaban a tal fin presentaban su curriculum y eran seleccionados por dicha Asociación. Las clases de que se ocupaba la actora se impartían en el horario establecido, en el que quedaban disponibles las instalaciones del centro en que se impartían, proporcionando la Asociación demandada un horario orientativo, al inicio del curso y que podía ser modificado de mutuo acuerdo. La fijación de la cuota que abonaban directamente los padres de los alumnos a la demandante, en atención al trabajo efectivo realizado, se hacía por referencia al precio habitual de otras actividades extraescolares impartidas por otros profesores. La Asociación no gestionaba el cobro de las cuotas ni abonó cantidad alguna a la actora. Tan sólo ha abonado 10.942 pesetas en concepto de material de exposición y pintura. Al inicio del curso 2001-2002 la Asociación no procede a llamar a la demandante para la actividad extraescolar descrita, por lo que la actora presenta la reclamación que origina este proceso.

2. Se plantea una excepción por incompetencia de jurisdicción que ha de ser valorada por el Tribunal con carácter previo. Acudiendo al criterio ya conocido del TS (SSTS de 9 de febrero y 1 de marzo de 1990, 27 de mayo de 1992 y 26 de enero y 14 de febrero de 1994) considera el Tribunal que “es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil no aparece nítida ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencial (...) la nota diferenciadora, en todo caso, hay que buscarla no en la prestación de un servicio por cuenta de otro ni en la percepción de una remuneración a cambio sino en la existencia de dependencia”. Es éste un elemento que “si bien no se equipara a la subordinación absoluta del empresario, sí exige para que sea apreciable, que se produzca la inserción del sujeto en el ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la labor, esto

II. Trabajador

es, y como dictan los arts. 1.1 y 8.1 LET, que el servicio se preste dentro del ámbito de organización y dirección de otro”. En este caso no cabe sino admitir la excepción de incompetencia de jurisdicción puesto que “la demandante realizaba su prestación fuera del ámbito de organización y dirección de la demandada, asociación que no persigue ánimo de lucro y que se financia con las cuotas de sus asociados, limitándose, en el caso de autos, a seleccionar a los profesores que presentan el correspondiente *curriculum* y a coordinar las actividades extraescolares, pero sin ningún control en la forma de impartir las clases y en el desarrollo de las mismas, no abonando, por otra parte, salario alguno a la demandante”.

3. Se confunden en este supuesto la libertad propia para impartir docencia de quien se dedica profesionalmente a la enseñanza con el sometimiento o no al ámbito de organización de una determinada empresa. A pesar de todo, la solución arbitrada por el Tribunal parece la más correcta a la luz de los datos fácticos aportados en la sentencia. En definitiva, la Asociación realiza únicamente una labor de selección de los mejores candidatos para impartir actividades extraescolares, no dependiendo las mismas ni de los centros educativos ni de la propia Asociación, sino de los interesados que deciden iniciar una relación totalmente al margen de cualquier organización empresarial y como actividad independiente y autónoma por parte, en este caso, de la profesora de dibujo. No se produce, en este supuesto, esa transmisión automática de los frutos del trabajo o de su utilidad económica desde quien trabaja a quien ha contratado esos servicios, esto es, la ajenidad en los frutos, que implica apropiación directa o aprovechamiento inmediato del producto, ya sea para uso o consumo propio, ya sea para su difusión, explotación o venta en el mercado. Y en menor grado cabe apreciar ajenidad en los riesgos, en tanto atribución de facultades de dirección y organización a la persona que contrata o encarga el trabajo (STS de 26 de enero de 1994). Distinta habría de ser la solución si en lugar de realizar esta labor mediadora la Asociación demandada, la hubieran llevado a cabo los centros educativos como tales pues el hecho de que se trate de actividades extraescolares no modificaría la naturaleza laboral, en su caso, de la relación correspondiente.

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones

Se recoge una sentencia en la que la prestación de servicios concertada, que en principio reúne los presupuestos sustantivos de la relación de trabajo, no puede realizarse por la falta del título que permite la realización de la actividad.

– STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1235 (recurso 583/2002).

1. El demandante venía prestando servicios desde el año 1999 para una empresa de seguridad ostentando la categoría profesional de guarda de seguridad. En mayo del año 2001, dicha empresa notificó a uno de sus clientes su renuncia a prorrogar el contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia y seguridad dando por finalizada su vigencia. Contemporáneamente, la empresa de seguridad notificó al actor que, a la vista de la rescisión de servicios de vigilancia y seguridad con aquel cliente, causaría baja en la empresa en fecha coincidente con la de la finalización del contrato de arrendamiento de servi-

cios. Frente a esta notificación el trabajador interpone demanda de despido por entender que no existe causa de extinción de la relación laboral. La sentencia de instancia apreció que el contrato celebrado entre las partes era nulo –puesto que no existía la previa autorización administrativa exigida para prestar servicios de seguridad– y desestimó la demanda de despido. Contra esta sentencia se interpone recurso de suplicación.

2. El Tribunal Superior de Justicia centra los términos del debate en la decisión sobre la existencia de una relación laboral entre la empresa de seguridad y el demandante. Al respecto la sentencia recuerda que, conforme a la Ley 23/1992, de Seguridad Privada, para desarrollar sus funciones el personal de seguridad debe obtener la correspondiente autorización administrativa. Asimismo, se prohíbe a las empresas de seguridad contratar, para la prestación de servicios de vigilancia y protección, personal que no esté habilitado por el Ministerio de Justicia e Interior. De los hechos probados resulta que el demandante carecía de dicha autorización en el momento de ser contratado como guarda de seguridad, dato que era conocido por la empresa. Sin embargo, para la sentencia de suplicación esta circunstancia no es determinante de la nulidad del contrato dado que de los hechos constatados “se infiere la voluntad de las partes libremente otorgada de configurar una relación laboral” y que “la empresa conocía la falta de habilitación del actor para prestar sus servicios como guarda de seguridad y no obstante suscribió el correspondiente contrato de trabajo”. De este modo, el Tribunal Superior de Justicia admite la existencia de contrato de trabajo entre las partes y califica el despido como improcedente en la medida en que se realizó sin cumplir las exigencias formales previstas en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores.

3. La exigencia establecida por leyes o reglamentos de contar para el ejercicio de determinadas actividades con el correspondiente título profesional o autorización administrativa suscita, como pone de manifiesto la sentencia que se comenta, interesantes problemas referidos a los efectos que se derivan de la ausencia de dichos requisitos y a la propia validez del contrato de trabajo. La sentencia apuesta por la validez de la relación contractual pero esta solución plantea algunas dudas. La exigencia de autorización administrativa significa la imposibilidad de que quien carezca de ella pueda desarrollar legalmente las actividades correspondientes y, por lo tanto, un contrato cuyo objeto sea precisamente el desarrollo de tales actividades no puede merecer otra calificación que la de nulidad. Si la exigencia de dicha autorización es una circunstancia sobrevenida, se podrá proceder a la extinción de la relación laboral por la vía del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. Pero si en el momento de celebrar el contrato ya existía tal imposición, el contrato es nulo *ab initio* y por ello las únicas consecuencias que pueden derivarse de tal relación son las que en materia de remuneración se contemplan expresamente en el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, máxime cuando expresamente se haya asignado al trabajador, desde el inicio de la relación laboral, la categoría de guarda de seguridad y ésas sean las funciones que efectivamente desarrolla. La voluntad de las partes de constituir una relación laboral, argumento sobre el que en definitiva se funda la decisión judicial, no puede prevalecer sobre normas de carácter imperativo que, como en este caso, imponen condiciones y límites a la capacidad de contratar de los sujetos de la relación laboral.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

La débil línea de separación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil en el marco de la “externalización” de funciones productivas se pone de manifiesto en este supuesto de trabajo a domicilio.

A) Trabajadores a domicilio

– STSJ de Navarra de 31 de mayo 2002, I.L. J 1248 (recurso 94/2002).

1. La sentencia resuelve el recurso de suplicación planteado por veintinueve personas frente a la resolución de primera instancia que absolvía a la demandada “Calseg, SA” ante la demanda interpuesta por las hoy recurrentes por la que se solicitaba la nulidad de sus despidos, o subsidiariamente su improcedencia. De los hechos probados de la sentencia resulta que la demandada “Calseg, SA” dedicada a la fábrica de calzado, decidió *externalizar* una de sus funciones, la del guarnecido de zapatos, a talleres cercanos territorialmente. Con tal objeto se buscó a gente con experiencia en estos trabajos, encontrando a las demandantes, que en aquel momento desempeñaban estas labores para otras industrias, sin constar su alta en ningún régimen de la Seguridad Social. Una vez se estableció el contacto, la demandada exigió como requisito previo a la contratación, que las demandantes se dieran de alta en el RETA y en el IAE, al mismo tiempo, las demandantes constituyeron sus propias sociedades mercantiles, cuyo objeto social es el guarnecido de zapatos y otros artículos de piel. Consta como hecho probado que la maquinaria utilizada para la realización del trabajo había sido cedida por la demandada, que asimismo era la que fijaba anualmente el precio a pagar a las entidades en las que trabajaban las demandantes. Son éstas últimas las que asumían sus propios costes de producción, si bien la demandada entregaba los materiales necesarios para la ejecución del trabajo. De los locales de las sociedades de las que eran socias las demandantes, poseían llave el transportista designado por “Calseg, SA”, y un encargado de la misma entidad, que además acudía regularmente a los locales, controlaba el trabajo e impartía instrucciones sobre la forma de ejecutarlo. En el año 2001, la demandada presenta un ERE, que es aprobado. El propio Comité de Empresa de la demandada solicita la inclusión de las demandantes en este ERE, obteniendo una clara negativa por considerar “Calseg, SA” que en ese caso no existe relación laboral. También consta entre otros, el hecho de que las empresas de las demandantes mantenían relaciones comerciales con otras entidades, si bien los rendimientos económicos de las mismas, no eran considerables. Ante todos estos hechos el tribunal de primera instancia declara la inexistencia de relación laboral para argumentar la absolución de la demandada.

2. La magistrada del TSJ de Navarra, resuelve a través de tres fundamentos de derecho los cuatro motivos planteados por las recurrentes. Los dos primeros, cuyo objeto es lograr la revisión de dos de los hechos probados de la sentencia, son desestimados exponiendo la magistrada, en un amplio *obiter dicta*, la imposibilidad de instar una revisión fáctica basándose en idénticas pruebas en las que se fundó la sentencia de instancia, por ser ello contrario a la naturaleza extraordinaria del recurso planteado. A continuación expone la doctrina consolidada sobre los supuestos en que dicha revisión puede ser solicitada. Los otros dos motivos planteados se refieren a la infracción de los arts. 1.1 y 13.1 ET por la sen-

tencia de instancia, entendiendo las demandantes que la naturaleza de la relación que las unía con la demandada era laboral, en concreto de trabajo a domicilio. Ante estos motivos la magistrada advierte de la dificultad del supuesto, en los límites entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, y la necesidad de analizar en cada supuesto los hechos concretos para comprobar la concurrencia o no de los presupuestos esenciales contenidos en el art. 1.1 ET. Tiene en cuenta otros elementos tales como la imposibilidad de que la relación laboral discurra entre personas jurídicas debido al carácter personalísimo de la prestación de trabajo, la importancia de considerar el contenido de la relación por encima de la denominación otorgada por las partes, o en fin, la relevancia que el elemento dependencia tiene en la calificación de una determinada relación. Además destaca el contexto en el que los hechos se producen, el de un proceso de *outsourcing*, una estrategia empresarial más. Después de tan amplios fundamentos, la magistrada declara la inexistencia de relación laboral, entendiendo que las demandantes desarrollaban su actividad con plena independencia.

3. Se trata de una sentencia basada en una relación fáctica compleja, y con unos fundamentos de derecho amplios, ante los que, sin embargo, he de mostrar mi desacuerdo. Efectivamente, como señala la magistrada, el supuesto se desenvuelve en los límites del derecho laboral con el derecho mercantil, en un contexto de enorme actualidad en la práctica societaria, de *descentralización productiva*. En consecuencia, en estos casos, como se dice en la sentencia, es fundamental estudiar la posible presencia de los presupuestos esenciales de la relación laboral enunciados en el art. 1.1 ET, y analizar caso por caso las circunstancias que allí concurren. A pesar de los argumentos previos, la sentencia alcanza una solución poco justificada fáctica y jurídicamente. Como señala la ponente, en estos supuestos resulta fundamental el análisis de la dependencia, y en mi opinión, en este concreto caso, tal dependencia concurre, en las mismas condiciones que puede concurrir en el trabajo a domicilio. Prueba de ello es el control del trabajo llevado a cabo por el encargado de la demandada en los locales de las demandantes. Las circunstancias de que la maquinaria fuera cedida por la demandada, que los materiales fueran aportados por la misma, etc., contribuyen a fortalecer esta posición. El grado de autonomía que muestran las demandantes al asumir el pago de los costes de mantenimiento del local donde desarrollan su actividad, no es desde mi punto de vista suficiente, para excluir la existencia de una relación de trabajo a domicilio, así como tampoco lo es la presencia de otros clientes de escasa entidad económica para las recurrentes. Por todo ello considero que en este concreto caso, se está en presencia de una relación laboral, y no de una relación mercantil.

C) Relaciones laborales de carácter especial

Son objeto de análisis la extinción de la relación laboral establecida con un futbolista profesional por error sustancial en la persona al carecer de pasaporte comunitario, el despido de un artista musical con perfecto encaje en esta modalidad de relación especial, así como los términos de una relación laboral común con un vendedor del cupón de la ONCE.

d) Deportistas profesionales

– STSJ de Madrid 10 de mayo de 2002, I.L. J 1227 (recurso 1146/2002).

1. La sentencia analiza una reclamación por despido improcedente de un jugador de fútbol que fue cedido de un club italiano a otro español. Dicho jugador ostentaba pasaporte italiano en el momento de la contratación, pero algunos meses después se recibió en la Federación Española de Fútbol notificación de que el mismo había obtenido irregularmente el mismo, puesto que, al parecer, los documentos presentados para la reconstrucción de la nacionalidad italiana en el Consulado de Buenos Aires habían sido falsificados. Como consecuencia de ello, la Federación Española de Fútbol procedió a suspender provisionalmente al jugador, procediendo el club a su despido en virtud del art. 52.a) ET, por incapacidad sobrevenida.

2. La sentencia de suplicación desestima las pretensiones del jugador, entendiendo que la privación de la licencia federativa supone un manifiesto caso de imposibilidad total de ejercicio de la prestación, si bien no puede hablarse de incapacidad sobrevenida, sino preexistente y posconocida, por lo que el contrato habría de calificarse como nulo, en virtud de existencia de error, si bien no es descartable la existencia de dolo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos para aparentar ser ciudadano italiano.

3. La sentencia plantea un interesante supuesto, bastante habitual, de irregularidades en la obtención de una nacionalidad de la Unión Europea por parte de jugadores extracomunitarios con la finalidad de facilitar su contratación por los clubs de las Ligas europeas. En efecto, mientras que el número de fichas de extranjeros extracomunitarios de un club se encuentran muy limitadas en número, no sucede así con los jugadores europeos, en virtud del principio de libre circulación de personas y trabajadores. La sentencia argumenta con buen criterio que el caso no es de ineptitud sobrevenida, sino de error sustancial en la persona e incluso de dolo, puesto que se simuló tener una nacionalidad europea, que no era la real, sino de naturaleza extracomunitaria. Nótese en este sentido que la sentencia elude acertadamente la aplicación de la legislación de extranjería, puesto que el problema, en realidad, se centra en un vicio contractual imputable a una de las partes contratantes, que afecta sustancialmente a la prestación de trabajo, puesto que no puede desarrollar las mismas funciones como trabajador comunitario que como extracomunitario.

e) Artistas en espectáculos públicos

– STSJ de Madrid de 25 de abril 2002, I.L. J 1067 (recurso 1194/2002).

1. A.M.R., de profesión artista musical, dedicado al instrumento de percusión batería, figura dado de alta en el RETA. El día 8 de mayo de 2001 acordó con “Producciones La Tormenta, SL”, la prestación de servicios como batería en las actuaciones del grupo musical “Café Quijano” al iniciar entonces éste la promoción de un disco y una gira de actuaciones que se extendería hasta finales de octubre. El actor prestó servicios sin exclusividad habiendo realizado ensayos que se desarrollaban en León, utilizando su propio instrumento. En las actuaciones promocionales se hacía cargo de todos los gastos de músicos y

grupo la Compañía de discos, y en las actuaciones en concierto los gastos de estancia los asumía “Producciones La Tormenta, SL”. El actor podía disponer actuaciones con otros artistas, habiendo intervenido en la grabación de un disco en el mes de septiembre. El actor percibía de la demandada 60.000 pesetas por concierto emitiendo aquél factura, cargando el IVA y descontando la retención de IRPF. En los actos promocionales, que eran contratados por la compañía discográfica, percibía de ésta 30.000 pesetas por actuación en TV, excepto en Madrid que percibía 25.000 pesetas con los mismos cargos y descuentos. El 16 de septiembre la productora comunica al actor que no va a seguir contando con él para sus actuaciones. El 20 de septiembre el actor envía un telegrama con el siguiente texto: “Ante la manifestación verbal de P.F.C., manager de esa entidad, en la que me indicó mi despido, con efectos 16 de septiembre de 2001, al regresar del Bolo de Tenerife, le ruego confirmación escrita de la decisión de P.F.C., en plazo de tres días”. Ese mismo día acudió al concierto que el grupo “Café Quijano” ofreció en Madrid comprobando que intervenía en él otra persona tocando la batería. Este grupo musical ha actuado a partir del 20 de septiembre en diferentes localidades, más de quince ciudades españolas. El 1 de octubre el actor presenta papeleta de conciliación ante el SMAC.

2. Parte la sentencia del conocimiento de la excepción de incompetencia de jurisdicción. A tal fin manifiesta la obligación de atender al criterio jurisprudencial ampliamente reiterado que pone de manifiesto que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS de 21 de junio de 1990). Para dilucidar en el presente caso si se trata de una relación civil o de una relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos hay que atender no tanto a la denominación contractual como a su contenido. En virtud de los hechos considerados probados, el Tribunal entiende que la relación es laboral “por quedar el demandante incluido como artista dentro del ámbito de organización y dirección de un organizador de espectáculos públicos o empresario... El demandante ha concertado la prestación de sus servicios de forma continuada, no esporádica u ocasional con libertad para acudir o no, para intervenir como batería del grupo musical durante un espacio de tiempo determinado, obligándose a asistir a todos los ensayos, actos de promoción y conciertos para los que se le convocase, habiendo cumplido este compromiso”. No considera determinante el tribunal para eludir esta calificación como laboral de la relación el hecho de que “durante el tiempo que le quedase libre, estuviera facultado el demandante para intervenir en otros eventos artísticos, como ha ocurrido con el único acreditado de la grabación de un disco”. La exclusividad “no es requisito indispensable para la laboralidad de la relación” sino que ha de ser considerado como un mero indicio, ponderado según las circunstancias. “Lo mismo cabe decir de la aportación del instrumento musical por el demandante pues no es determinante en todo caso de la exclusión del carácter laboral, existiendo relaciones laborales en que el trabajador es titular de medios de trabajo de no excesiva relevancia económica”. Por lo demás, datos como el alta en RETA o la facturación con retención de IVA o de IRPF “no tienen consistencia bastante para desvirtuar la laboralidad de la relación”. Se descarta, por último, la identidad de este supuesto con otros enjuiciados por otros tribunales citados por la empresa demandada en las que se declaraba la incompetencia del orden social por-

II. Trabajador

que en todas ellas “faltaba la nota de continuidad que aparece en el presente supuesto, en que existió un acuerdo para la prestación de servicios por tiempo cierto y para todas las actuaciones en concierto o de promoción del grupo, como también para los ensayos, mientras que en los otros casos se trataba de vinculaciones esporádicas u ocasionales, para cada actuación”.

3. Poco se puede añadir tras la impecable fundamentación jurídica de la sentencia en la que se destruyen indicios contrarios a la laboralidad al enjuiciar los mismos atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho. La relación continuada y no esporádica u ocasional determina la existencia de una relación laboral, bien que especial (artistas en espectáculos públicos), en este supuesto –habitual por lo demás– en que un músico (batería) contrata con una productora o compañía discográfica una gira musical prestando sus servicios para un grupo concreto. Como con acierto señala la sentencia que se comenta, la no dedicación en exclusiva no elude tal calificación cuando, de hecho, el art. 6.4 RD 1435/1985 por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, exige que conste expresamente en el contrato cualquier pacto de plena dedicación. Por lo demás, la aportación personal por parte del trabajador de los útiles, materiales o medios de trabajo no ha sido considerada como un elemento adverso para la aceptación del elemento de la ajenidad en el contrato de trabajo (STS de 31 de marzo de 1997), sobre todo en una profesión que, como en la que se analiza, la herramienta de trabajo pasa a ser un elemento “cuasi personal” de la relación laboral. No es extraño, pues, que el músico aporte no sólo su profesionalidad sino el instrumento musical correspondiente como no lo es que el fotógrafo utilice su propia cámara fotográfica, por ejemplo.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

– STSJ de Madrid de 16 de abril de 2002, I.L. J 1057 (recurso 5546/2001)

1. El demandante es vendedor de cupones de la ONCE, con categoría de agente-vendedor, ejerce la venta a comisión del cupón pro ciegos y de cualquier otro producto que la ONCE le entregue para su comercialización al público, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllos. La venta se realiza de forma directa y personal, expendiendo el número de cupones que se le asigne en cada momento. Su actividad es diaria y se requiere la máxima diligencia. La venta se ejecuta según las directrices marcadas por las dependencias de la ONCE. Debe prestar su servicio en el lugar, puesto o zona de venta que se le asigne en cada momento y en las condiciones que la ONCE determine. Su horario es el establecido por la ONCE y las retribuciones se marcan en el Convenio Colectivo aplicable.

2. No se discute, en el recurso, la naturaleza laboral común de la relación, sino tan sólo el tiempo desde el que debe ser así. Se pretende que se declaren los efectos a partir de 26 de septiembre de 2000 o desde el 14 de mayo de 1998. Pero la respuesta es negativa, porque la STS de 26 de septiembre de 2000 en que se declaró que ese contrato de trabajo tenía naturaleza común y no especial, parte de la idea de que el sistema de los representantes de comercio no están pensados para la actividad específica de venta al público de cupones pro ciegos. Si la relación laboral siempre ha tenido el mismo contenido y esen-

ciales características, una vez que se declara su naturaleza de contrato de trabajo común, sus efectos no pueden fraccionarse en el tiempo.

3. La conclusión a que llega la sentencia del TSJ de Madrid es irrefutable ya que parte de una uniforme caracterización de la actividad laboral del agente vendedor de la ONCE. Pero las consecuencias que ello va a tener son muy serias, ya que se les había venido admitiendo las cotizaciones a la Seguridad Social inferiores a las de los trabajadores comunes y ello, al margen del problema de la prescripción del pago de cuotas, plantea cuestiones de infracotización de cara al reconocimiento de prestaciones.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

Las dos sentencias comentadas se refieren a supuestos de mediación mercantil con asunción de riesgo. En la primera, el actor compatibiliza una relación laboral con una entidad aseguradora con una mercantil en calidad de agente de seguros de la misma. En la segunda, la inexistencia de trabajo personal y la asunción en el contrato del buen fin de las operaciones mercantiles lleva al Tribunal a descartar la competencia del orden social.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STSJ de Extremadura de 19 de junio de 2002, I.L. J 1457 (recurso 276/2002).

1. La sentencia a comentar resuelve las dudas planteadas en torno a la naturaleza de la relación mantenida entre el actor y la recurrente. Según los hechos considerados probados por la resolución recurrida, y no cuestionados por la parte recurrente, D. Francisco S.C. venía prestando servicios para la compañía aseguradora “Nationale-Nederlanden, Compañía de Seguros y Reaseguros, SL” como Inspector Jefe, con las funciones de captación y formación de agentes, así como de apoyo y asesoramiento de éstos. Al mismo tiempo prestaba servicios para la misma empresa como Agente de Seguros. Por la primera de las actividades cobraba una cantidad fija todos los meses, a la que se adicionaban algunos complementos. Por la segunda cobraba las comisiones correspondientes. El 19 de diciembre de 2001 se le comunica al actor su despido disciplinario, decisión impugnada por el mismo ante el Juzgado de lo Social, que estima el contenido de su suplico.

2. El ponente da respuesta en un único fundamento de derecho al también único motivo de recurso planteado por la parte recurrente por el cauce del art. 191.c) LPL. Así, se acusa a la sentencia de instancia de infracción de la norma contenida en el art. 3 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, sobre Mediación de Seguros Privados, en relación con el art. 1.3.b) del Convenio Colectivo para Entidades Aseguradoras, y los arts. 1.2.c) del RD 1438/1985, de 1 de agosto, 2.1.f) ET, y 1 ET. Esta denuncia es desestimada, poniendo de manifiesto, en el mismo sentido que la sentencia recurrida, la doble naturaleza de la

II. Trabajador

relación que el actor mantenía con la entidad aseguradora: una laboral, como Inspector Jefe con funciones de captación y formación de agentes, y otra mercantil, como agente de seguros. Cada una de ellas con una retribución específica y diferenciada tal y como aparece en los hechos probados. Otro asunto es determinar, qué retribuciones son salariales y cuáles no, a efectos de cálculo de la indemnización por despido que corresponda. Por ello, el ponente analiza una por una las percepciones económicas del actor, señalando como salariales aquellas que retribuyen su actividad laboral, tales como las cantidades que recibía por cada contrato de seguro perfeccionado por los agentes por él captados y formados, y como extrasalariales aquellas que compensan sus labores como agente de seguros. Por todo ello, el Tribunal confirma la sentencia recurrida.

3. Un dato que llama la atención de los hechos probados es que tanto la relación laboral como Inspector Jefe, como la mercantil como agente de seguros, aparecen reguladas en el mismo contrato de trabajo. Sin embargo, como muy bien definen la sentencia de instancia y la resolución aquí estudiada, se observa la convivencia de relaciones, en cuanto una y otra poseen entidad propia suficiente para ser diferenciadas. Un indicio de esa doble naturaleza es la existencia de percepciones diversas y típicas de cada una de las relaciones. Este supuesto invita a plantearse esta misma convivencia en otros contextos como los del socio trabajador, en los que la concurrencia de elementos suficientes, puede permitir determinar la convivencia de relaciones laboral y mercantil sin que, en principio, una afecte a la otra. Pero este caso también obliga a situarse en problemas prácticos de esta coexistencia, por ejemplo a la hora de distinguir percepciones salariales y no salariales, fundamentales para determinar la cuantía de prestaciones e indemnizaciones, tal y como aparecen configuradas en nuestro ordenamiento laboral.

– STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2002, I.L. J 1459 (recurso 289/2002).

1. La actora mantenía una relación jurídica con la empresa XXX, la cual tenía arrendado un local de otra empresa dedicado a la actividad de quiosco de prensa y revistas. Esa relación nació de la firma de un denominado contrato de comisión mercantil por el cual la actora se comprometía a vender productos suministrados por XXX, a los precios establecidos por ésta, enviando partes mensuales de ventas y transfiriendo los importes bancariamente. La actora percibía una comisión del 9 por ciento sobre éstos, con un promedio mensual de 890 euros, siendo los gastos de luz, teléfono y limpieza del local de cuenta de XXX. La autorización para la venta de tabaco en el local tenía como titular a XXX y a su nombre estaban asimismo la licencia fiscal y el impuesto de actividades económicas, y el concierto de un aparato electrónico para efectuar cobros con tarjeta de crédito. Sin embargo, una cláusula del contrato estipulaba que la actora respondía del buen fin de las operaciones, pudiendo tomar personal a su servicio, prestando una fianza de 3.000 euros. Notificada por XXX la rescisión del contrato mercantil por “reiterados incumplimientos”, la actora demandó por despido, siendo opuesta y estimada por el juez de instancia la excepción de incompetencia jurisdiccional, confirmada en suplicación.

2. La fundamentación de la sentencia *ad quem* insiste en la inexistencia de dependencia, acreditada en las cláusulas pactadas, y también en la inexistencia de trabajo personal, porque la actora podía nombrar un trabajador a su cargo, lo que efectivamente hizo, comu-

nicándosele a XXX, y eximiéndola de cualquier responsabilidad por ese concepto. Argumenta la Sala que: “(...) la característica de ser la relación laboral un contrato *intuitu personae* –si bien se admite la posibilidad de sustituciones esporádicas u ocasionales– es puesta de manifiesto en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de septiembre y 19 de noviembre de 1992, 25 de mayo y 5 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1994 (...) 25 de enero de 2000 y 22 de enero de 2001. Doctrina, como es lógico, seguida en las resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra de 16 de marzo de 1998 y 30 de abril de 2001; de Cataluña de 19 de noviembre de 1998, 22 de junio y 29 de septiembre de 1999, y 29 de marzo y 14 de junio de 2001; de Galicia de 27 de enero de 1999; de Madrid de 23 de enero de 1999; de Canarias, con sede en Las Palmas, de 19 de mayo de 2000 y 31 de enero de 2001; de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 28 de noviembre de 2000; de Aragón, de 14 de mayo de 2001 ...”

3. Aunque no es criticable la solución acogida por la Sala, llama la atención aquí la ausencia de una argumentación más amplia sobre los hechos concurrentes, en lugar de confiar la decisión al mero dato del concierto de una relación laboral con un tercero, por parte de la actora. Porque junto a ese elemento fáctico, relevante sin duda, concurren otros muchos que invitan a defender la existencia de una relación laboral, predisponiendo a su favor el hecho de la inclusión de la cláusula por la que se asume el buen fin de las operaciones, cuando a la postre lo que parece haber tenido lugar es un contrato con retribución periódica y casi fija, aunque a través de comisiones sobre las ventas. El riesgo de una conclusión tal se encuentra en el precedente que obsequia a los desaprensivos que persigan desnaturalizar auténticos contratos de trabajo por medio de la inclusión de cláusulas de legalidad dudosa y/o a través de la previsión de paralelas contrataciones con terceros.

4. ZONAS GRISES

La primera de las sentencias recogidas, relativa al personal contratado en Administraciones Públicas, aborda la cuestión de si la jurisdicción del orden social es o no competente para decidir acerca de la oportunidad de una amortización de un puesto de trabajo acordada por el correspondiente Servicio de Salud de las distintas CCAA cuando se plantea como cuestión prejudicial de una acción de despido ejercitada por un trabajador al servicio de aquél. La segunda reconoce la laboralidad de la relación de un periodista con una emisora de radio. La tercera declara la incompetencia del orden social para conocer del ingreso de cuotas a la TGSS de un supuesto autónomo. Las dos últimas rechazan la calificación de autónomo de un fotógrafo periodístico.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– STS de 23 de abril de 2002, Sala Cuarta, I. L. J 997 (recurso de casación para la unificación de doctrina 926/2001).

II. Trabajador

1. El presente Recurso de Casación lo interpone la demandante en la instancia contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (Las Palmas). En dicha sentencia se enjuiciaba el despido de una trabajadora del Servicio Canario de Salud. Ésta, siendo planchadora, vio extinguido su contrato de trabajo por amortización de su plaza y una vez interpuesta la demanda por despido, la sentencia declaró la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de aquella demanda. El argumento empleado era que como se discutía en el pleito si el Servicio Canario de Salud había actuado conforme a derecho cuando acordó la amortización de aquella plaza, era competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa resolver dicha cuestión.

2. El problema planteado ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. En todas ellas se planteaba la misma situación, a saber: la de si el orden jurisdiccional social tiene competencia para conocer y decidir como cuestión prejudicial acerca de si una amortización de puesto de trabajo acordada por el correspondiente Servicio de Salud de las distintas CCAA se había adoptado de conformidad a la normativa legal vigente. En todas las ocasiones se resolvió a favor de dicha competencia de modo que puede considerarse establecido el criterio unificado de que es incorrecta la doctrina que sostiene la incompetencia del orden social para decidir sobre la acomodación a derecho de la amortización o se limita a constatar tan sólo la existencia de aquella amortización. Hay que asegurar la posibilidad de que el órgano judicial decida sobre la procedencia o improcedencia de la extinción del contrato de trabajo respecto de cuya decisión el problema de la amortización “constituye una cuestión prejudicial de índole contencioso-administrativa para cuya resolución, a los solos efectos del proceso, los órganos judiciales laborales disponen de plena competencia”.

3. El presente caso versa sobre el concreto problema de si la jurisdicción del orden social es o no competente para decidir si la amortización de un puesto de trabajo estuvo o no bien hecha por un órgano administrativo cuando esto se plantea como antecedente necesario para resolver sobre la acción de despido ejercitada por un trabajador al servicio de aquél. La cuestión no carece de importancia y se encuentra muy vinculada al hecho de la convivencia de dos regímenes jurídicos tan diversos y, al parecer, tan condenados a entenderse como el derecho administrativo y el derecho del trabajo. Una vez más, y ante el supuesto concreto de la extinción de un contrato de trabajo, se enfrentan estas dos lógicas diferentes. Por una parte, desde el derecho administrativo se regula la organización administrativa y se controla la adecuación a las reglas reguladoras del funcionamiento interno del órgano administrativo en el proceso de creación o supresión de puestos de trabajo. En la Administración del Estado, éstos deben estar contemplados en las correspondientes plantillas, descritos en las Relaciones de Puestos de Trabajo y contar con la correspondiente dotación o consignación presupuestaria. De igual modo, para su amortización será preciso el acuerdo justificado del órgano competente, así como el seguimiento de un proceso reglado previamente establecido. Y es que, si ya en el ámbito privado la amortización de un puesto de trabajo debe contar para su procedencia con una realidad preexistente de necesidad económica, técnica, organizativa o de producción, en el ámbito público, sometido al derecho de la función pública, o como en este caso, a la normativa estatutaria, con más razón la decisión de amortización de una plaza no debe ser fruto de una voluntad libérrima. Otra cuestión será saber a quién corresponde el control sobre

dicha decisión. Bien puede reconocerse que se trata de una manifestación del poder de autoorganización de una entidad pública con lo que la capacidad al respecto del órgano judicial de lo social se encontrará bastante limitada. En cualquier caso sí podrá comprobar si la decisión de amortización se ha adecuado a la norma administrativa aplicable, pues es claro que sólo si así ha sido se podrá admitir la procedencia de la extinción del contrato de trabajo.

C) Autónomos

– STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1179 (recurso 478/2001).

1. El demandante prestaba su actividad para la demandada, dedicándose a las tareas de confección de nóminas, de la contabilidad y en general a las tareas y funciones administrativas. Figuraba en alta en el RETA. Acudía diariamente a la empresa, si bien su horario era flexible, y utilizaba los medios de la demandada, tales como el ordenador. Se ocupaba también de la asesoría de otras empresas. Todos los que prestan su actividad para la demandada tienen concertados contratos de trabajo. El actor reclama de la cooperativa demandada que se declare que la relación de servicios es laboral y que ingrese en la Tesorería General de la Seguridad Social el importe de las cotizaciones correspondientes al salario que dice recibido.

2. Se afirma que el actor tiene una petición preferente en su demanda, que es la de que se condene a la demandada a que se ingresen las cotizaciones pertinentes, de modo que la demanda es instrumental y bajo la doble apariencia, se pide el ingreso de cuotas a la TGSS. Ante esa reflexión, la Sala afirma que, de conformidad con el art. 3.1.b) LPL, es incompetente para decidir sobre el ingreso de cuotas. Lo son los tribunales de lo contencioso-administrativo.

3. Parece arriesgado ver un fraude de ley en la suplicación, sin que lo haya detectado el juzgador de instancia. Parece dudoso que el interés por la declaración de la laboralidad de su contrato no puede pedirse, si es el único trabajador que carece de esa cualificación formal. Hubiera sido mejor, y menos arriesgado, atender separadas las dos peticiones y, sólo respecto de la segunda, mantener lo que se ha dicho.

– STSJ de Madrid de 5 de abril de 2002, I.L. J 1051.

1. demandante y la demandada concertaron en 10 de enero de 2000, contrato denominado de “compromiso de colaboración ocasional” en el que se acordaba que la primera colaboraría en el programa de Onda Madrid, titulado de manera provisional “Directo al Corazón”, de martes a sábado y con horario de 01:00 horas a 03:00 horas. La demandante se comprometía a hacer la presentación del programa radiofónico. Se establecía como duración del contrato hasta el 30 de mayo de 2000, reconociéndose recíprocamente la facultad de rescindir ese compromiso, sin necesidad de alegar causa justificativa alguna, dándose un preaviso de 15 días. Se preveía la extinción automática

II. Trabajador

del contrato desde el momento en que Onda Madrid retirase de su programación el programa a que se refiere esta colaboración, sin que por ello procediere indemnización alguna a favor de la colaboradora. El contrato fue prorrogado tres veces, hasta 31 de diciembre de 2000, hasta 30 de mayo de 2001 y hasta 31 de diciembre de 2001.

2. Dos son los problemas que se presentan en la sentencia: uno el relativo a la alegada falta de competencia, y el otro el de la naturaleza del contrato. En cuanto al primero se parte de la afirmación según la cual los servicios de los profesionales de la comunicación pueden prestarse tanto mediante el contrato de arrendamiento de servicios como con el de trabajo, añadiéndose que aquél se diferencia de éste por la carencia de la nota de la dependencia, esto es, la colocación del trabajador bajo la dirección y ámbito de organización del empleador, y la de la exclusividad, que aunque no es necesaria sí es normal. En definitiva se trata de valorar si la demandante se encontraba dentro del ámbito de organización y dirección del empresario (art. 1.1 ET). Se afirma su existencia al acreditarse el sometimiento a horario e inspección, así como la percepción salarial puntual. El segundo punto de estudio es el relativo a la naturaleza del contrato de trabajo. Se alega que era de obra o servicio determinado [art. 15.1.a) ET]. Pero ello no casa bien con que, en vez de condicionarse la duración del contrato al final de la obra, se remitiera la duración del contrato a un término, que fue prorrogado en diversas ocasiones, estando en todo caso condicionada la duración de la vinculación a la doble y mutua voluntad de ambos contratantes. Por ello se estima que no se trata de un contrato de obra o servicio determinado, como pretendía el recurrente.

3. De la lectura de la sentencia precedente se detecta una vez más la influencia decisoria que tiene la dependencia para separar el contrato de trabajo de otras figuras colindantes. En el contrato de arrendamiento de servicios, existe una sujeción al que dirige, pero esta aceptación de criterios ajenos no es la dependencia. La dependencia es un concepto jurídico, que se puede centrar en la sujeción a las facultades directivas y disciplinarias del empleador. La posición del trabajador es sensiblemente más subordinada que la de colaborador civil. Ese indicio de la sujeción a horario no es imprescindible, pero, si existe, puede ser eficaz. En cambio, el pago puntual nada tiene que ver con la dependencia, por tratarse de nota distinta. Sería sorprendente que si el empresario no pagara puntualmente, se pudiera argumentar que no existía contrato de trabajo. En cuanto al contrato de obra determinada, es palmario que al omitir el contrato de trabajo la referencia a la conclusión de la obra como momento final del vínculo, lo alejaron de esta modalidad. También se ha de decir que la facultad de ambas partes de denunciar el contrato desnaturaliza que éste sea para obra o servicio determinado y que, más bien, ofrece la estructura de una chapuza jurídica ajena a toda aproximación a una figura legal.

– STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1201.

1. La demandante es periodista especializada en gastronomía, que cobra por colaboración, sin que aquélla fuera en ningún caso modificada en su contenido por la demandada. Cobraba por cada artículo sin estar sometida a directrices sobre temas, número de artículos, extensión, periodicidad. Estaba la demandante en alta en otras empresas.

2. Se estima que la relación que existe entre las partes no es de tipo laboral, porque la ausencia de contrato mercantil escrito no transforma la naturaleza del vínculo. Lo relevante es la falta de sujeción a órdenes o directrices más allá de las que conlleva la dirección de la revista, así como la aleatoriedad de los servicios que se prestan sin horario, sin periodicidad en las entregas, sin control de contenido y con facturación esporádica. Por ello se estima que la relación existente es ajena a lo laboral.

3. No es discutible la solución que da la sentencia al caso que se presenta, si bien algunos de los extremos de tan lacónica pieza pueden ser considerados especialmente. Se dice en ella que la demandante no estaba sometida a órdenes de la demandada, más allá de las que conllevan la dirección de la revista. Se trata de una precisión de gran interés. Es lógico que todos los colaboradores de la revista, no sólo los trabajadores, recibieran órdenes atinentes a su propia área, para no invadir las ajenas o para no salirse de las propias de la revista. Por decir algo de base, la longitud máxima y mínima no sería discrecional para todos los articulistas, ni la decisión de incorporar dibujos o fotos. Lo contrario haría impensable que la revista respondiera a ningún programa. Pero eso no es la dependencia. Dice también la sentencia que no existía ningún “control de contenido”. Es un tanto breve esta nota. ¿Control material?, ¿control de calidad?, ¿control de criterio?, ¿control de ideología?, ¿control de estilo literario? Es tan imprecisa la referencia que no puede saberse a qué se pretende hacer mención. Es cierto que al tratarse de una revista privada, el empresario goza de mayores capacidades de control que si fuera una publicación pública, pero fuera de las empresas de tendencia, con idearios previos y conocidos por el trabajador, éste no tiene que vincularse a una ideología o simpatía del empresario. Ahí está la cláusula de conciencia, a la que tan recientemente se ha dedicado la STC 225/2002, de 9 de diciembre. El alta en otras empresas es manifiestamente irrelevante, dado que cabe el pluriempleo.

– STS de 19 de julio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1503 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2869/2001).

1. El demandante realizaba fotografías para la empresa periodística XXX, sin tener presencia alguna en sus locales, percibiendo retribuciones por los reportajes realizados, previo encargo de la empresa, aunque no fueran publicados posteriormente. La empresa facilitaba las películas y pagaba gastos como el kilometraje, quedándose siempre con los negativos. El Juzgado de instancia se declaró incompetente por razón de la materia, lo que fue corregido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aunque la empresa recurrió en casación invocando la sentencia contradictoria de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (3 de julio de 1996).

2. La Sala *ad quem* confirma la sentencia recurrida porque entiende que concurren las notas de ajenidad en los resultados, dependencia y retribución. En primer lugar, las fotografías que el demandante realizaba pasaban a ser propiedad de la empresa, tanto si eran publicadas como si no “(...) La entrega de los negativos implica, por otra parte, la imposibilidad de ceder los derechos a tercera empresa. Por otra parte, contribuye al régimen

II. Trabajador

de ajenidad el que el demandante fuera compensado de los gastos realizados (...) 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 nuestra Sentencia de 31 de marzo de 1997 (...)” De otro lado “(...) la dependencia, entendida con el carácter amplio de pertenencia al círculo rector del empresario, también concurría en el supuesto enjuiciado, al constar que se le trasmitían 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 (...)” En último lugar “(...) la retribución de los servicios se efectuaba por la modalidad conocida por retribución a la pieza (...) forma (...) corriente en el mundo en que se desenvolvía la relación entre las partes (...)”

3. Siempre en función de la singularidad del supuesto de hecho enjuiciado, más que en función de conceptos predeterminados de dependencia y ajenidad, la Sala llega al resultado más razonable entre los posibles. De todos modos, aunque la Sala no profundiza sobre el particular, parece aceptar implícitamente más de una modalidad de ajenidad y de dependencia. En cuanto a la primera porque al remitirla a los resultados, parece abrir vías para otras definiciones vinculadas a los riesgos, por ejemplo. En cuanto a la segunda, el rechazo de la que en algún tiempo se denominó “dependencia técnica” entroniza, como es obligado, la “personal”, lo que a su vez significa ignorar el efecto delimitador de la que, a principio de siglo, se bautizó como “dependencia económica”.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

Se selecciona una sentencia en la que se abordan las consecuencias de la falta de un informe preceptivo del INEM en la tramitación de una autorización para la contratación de trabajadores extranjeros no comunitarios.

b) Extranjeros

– STS de 10 de junio de 2002, Sala Tercera, I.L. J 867 (recurso de casación 6658/1997).

1. Se interpone recurso de casación contra una resolución de la Subsecretaría de la Presidencia, de 21 de septiembre de 1994, por la que se dictan Instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 1994. Dichas instrucciones establecían un procedimiento específico que debía compatibilizar la agilidad y rapidez en la tramitación de las ofertas de trabajo cubiertas por el contingente de trabajadores con la consulta a los servicios públicos de empleo, el INEM. La sentencia de instancia confirma la validez del acto administrativo a pesar de ser dictado sin el informe previo del citado INEM.

2. La Sala resuelve, en primer lugar, la oposición del Abogado del Estado a la admisión del motivo de casación por apreciar que se incumple la carga procesal de citar la norma aplicable: a su juicio, la Instrucción impugnada carece de valor normativo por tratarse de un acto administrativo de características especiales, pero no de una disposición general. Semejante tesis es rechazada por una doble razón: el Tribunal entiende que también son disposiciones generales los denominados reglamentos “administrativos” de carácter orgánico o referidos a relaciones de supremacía especial; asimismo, la recurrente invoca expresamente cuáles son los preceptos infringidos (arts. 54 LRJPAC y 1, 41, 83 y 84 LJ). En cuanto al fondo de la cuestión, se entiende, en segundo lugar, que la falta de informe preceptivo del INEM no puede subsanarse por una supuesta evidencia de que el órgano administrativo decisor cuenta con los datos precisos hasta el punto de hacerlo innecesario. Por ello, anula la sentencia de instancia por estimar que la resolución administrativa impugnada carece de adecuada motivación. Y, además, rechaza la retroacción de actuaciones, ya que la carencia en el expediente del informe es imputable a la Administración que pudo haberlo solicitado; en consecuencia, reconoce el derecho de la recurrente a que se acoja favorablemente la solicitud nominativa de empleo, mediante el otorgamiento de la correspondiente autorización para la contratación.

3. La redacción de la sentencia es a menudo crítica, pero ha de compartirse el fallo en todo caso. El acierto no reside sólo en resolver con solvencia la, siempre delicada, diferenciación entre actos administrativos y disposiciones normativas, planteada como posible motivo de inadmisión del recurso. Sino, sobre todo, en la firme postura que niega a la Administración en su facultad decisoria una discrecionalidad absoluta: bien al contrario, se le exige una ponderación de los intereses públicos y privados en juego. Ello, en el caso concreto, supone la necesidad de motivar las causas que determinan la concesión (y, sobre todo, la denegación) de los permisos de trabajo, puesto que sólo de esta forma puede aceptarse una intervención en la esfera de un derecho fundamental como es, por mucho que a menudo tienda a olvidarse, el derecho al trabajo.

B) Inclusiones por asimilación

Tres sentencias se seleccionan sobre consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. La primera se refiere a la determinación de la existencia de control efectivo de una sociedad a efectos de la inclusión en el RETA. La segunda resuelve un supuesto de concurrencia de los requisitos de titularidad del 25 por ciento del capital social, y ostentación de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, en la persona de uno de los socios. Y la última se ocupa de un caso de dedicación parcial a la tarea de administrador.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Extremadura de 7 de abril de 2002, I.L. J 1555 (recurso 206/2002).

1. El recurso de suplicación se plantea contra la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda de los actores contra la resolución de la Dirección Provincial de la

II. Trabajador

TGSS por la que se les incluía de oficio en el RETA, y declaraba como hechos probados que los demandantes eran socios fundadores de la Sociedad Limitada “Galvanizados Campiña Sur”, siendo titulares cada uno de ellos del 50 por ciento del capital social, y además administradores solidarios de la misma. Por otro lado, el juez de primera instancia valora de forma poco habitual, la previsión contenida en el art. 4 de los Estatutos Sociales, según la cual las operaciones de la sociedad se inician desde el día del otorgamiento de la escritura constitutiva, y el hecho de que el domicilio social de la entidad, se encontrara inacabado en la fecha del alta.

2. La sentencia que se analiza, da respuesta a los dos motivos de recurso planteados por la TGSS. El primero, presentado por el cauce del art. 191.b) LPL, que solicita la adición de un nuevo hecho a la sentencia, y que es acogido por el Tribunal formalmente, si bien no aporta ninguna novedad al supuesto. El segundo, planteado de acuerdo con el apartado c) del mismo precepto, supone la denuncia de la sentencia recurrida por infracción de la DA Vigésima Séptima LGSS. El ponente, relata el accidentado iter legislativo de esta disposición, cuya última modificación afectó a su número 3 por aplicación de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre. A continuación encuadra el supuesto en el concreto punto 1 de la repetida disposición, según el cual se entiende que existe control efectivo en todo caso, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social, y por lo tanto corresponde su inclusión en el RETA. En consecuencia, dichas circunstancias concurren en el supuesto de hecho, y no cabe que, como hace la sentencia recurrida, se confunda la actividad de trabajador autónomo con la de la entidad mercantil a la que sirve.

3. A falta de más datos, parece evidente que no cabe otra solución para el caso. Quizá la finalidad del juzgador de instancia era demostrar la ausencia de sociedad mercantil, pero carecía de pruebas suficientes que lo evidenciaran. Como se señala en el fundamento de derecho segundo, la sociedad se encuentra legalmente constituida, y tanto la titularidad del 50 por ciento del capital social por cada uno de los socios, como el ejercicio de sus facultades como administradores solidarios, obliga a su encuadramiento en el RETA. Además, de los hechos probados no se derivan indicios sobre la existencia de una relación alternativa distinta de la del trabajo autónomo, por la que también correspondería su inclusión en el RETA. Hubiera sido necesario partir de hechos probados referidos a la concurrencia de otra relación de los actores con las entidades a la que prestaban servicios, para poder aplicar la doctrina del levantamiento del velo, pero en su ausencia, sólo es posible entender la sociedad por ellos fundada como una asociación que permite a sus socios lograr un fin común, en este caso la prestación de los servicios en los que se encuentran especializados.

– STSJ de Extremadura de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1559 (recurso 197/2002).

1. La sentencia recurrida en suplicación resuelve la demanda presentada por uno de los socios de Siberdul, SL, una vez agotada la vía administrativa previa frente a la resolución de la Dirección Provincial de la TGSS que procedía a cursar su alta en el RETA. El juez de instancia parte de hechos probados conforme a los cuales el demandante, era socio fundador de la sociedad, junto a otros cuatro más. Consta además que, si bien ha habido

períodos en que el socio demandante había sido titular de cuotas inferiores, en la concreta fecha 21 de junio de 2001 lo era del 25 por ciento del capital social. Asimismo, se recoge que desde el momento de constitución de la sociedad, el actor formaba parte del Consejo de Administración, y que las funciones de gestión y dirección quedaban delegadas en dos de los miembros del consejo mancomunadamente. El juez tomó en cuenta que los administradores recibían una retribución fija actualizada anualmente. A partir de todos estos datos, la sentencia se resuelve a favor del actor, por lo que contra la misma se presentó recurso de suplicación por la parte demandada.

2. En el recurso de suplicación se pretende la revisión de varios hechos probados, admitiendo el ponente del Tribunal únicamente la de uno de ellos, con lo que se aporta el dato de que el demandante fue socio fundador de la sociedad junto a otros tres socios, y titular de un porcentaje del capital que oscilaba entre el 25 por ciento y el 24,87 por ciento. Pero la cuestión central analizada en el fundamento de derecho segundo, es la referida a la concurrencia de los requisitos de titularidad del 25 por ciento del capital social, y ostentación de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, en la persona del socio, para determinar su alta en el RETA, de acuerdo con lo dispuesto en la DA Vigésima Séptima LGSS. Respecto del segundo de los requisitos, el ponente entiende que el actor puede realizar dichas funciones mancomunadamente junto a cualquier otro administrador, sin que quepa considerar que su relación es laboral de alta dirección, en la medida en que el órgano de administración ha delegado en él las facultades de gerencia y dirección, y por lo tanto, está realizando labores propias de un administrador. Respecto al primer requisito, se valora que la titularidad del 25 por ciento del capital sólo ha sido ostentada desde junio de 2001, en consecuencia el ponente entiende que los requisitos concurren sólo desde esta fecha, por lo que estima el recurso en parte, y revoca la sentencia recurrida.

3. La sentencia muestra una vez más la falta de claridad en este ámbito. La resolución es criticable en cuanto no valora todos los hechos considerados probados. El núcleo del debate está en la confluencia o no en el supuesto de control efectivo por parte del socio. La previsión contenida en la DA Vigésima Séptima LGSS, es una mera presunción de ese control efectivo, que obliga a la consideración de factores que puedan ir en su contra. Así es destacable la confusión existente respecto a la titularidad de la cuota del capital social, y la inseguridad jurídica vinculada a la volatilidad de la propiedad de las participaciones sociales. Por otro lado, no se ha tenido en cuenta la relevancia del dato aportado por la revisión de los hechos, en cuanto el capital social se halla en manos de tres socios, con lo que se produce un desequilibrio de poderes, y el socio titular del 25 por ciento del capital, puede perder influencia a pesar de ser miembro del órgano de administración, frente a los administradores titulares de un mayor porcentaje. Un dato que sí resulta de interés en la resolución, es el criterio de distinción entre contrato laboral especial de alta dirección, y ejercicio de funciones inherentes a la administración, que se encuentra en el título por el cual se ejercen dichas funciones. En el primer supuesto, el alto directivo ha recibido un apoderamiento, en el segundo caso, una delegación que impide diferenciar con cierta nitidez la voluntad de la sociedad y la del sujeto que lleva a cabo las funciones de gestión y dirección. En este sentido, al haber delegación se excluye la dependencia y

II. Trabajador

la ajenidad, y con ello la confluencia de relación laboral, pero no por ostentar el socio un control efectivo, sino por la aplicación del art. 1.3.c) LET.

– STS 1 de julio de 2002, I.L. J 1462 (recurso de unificación de doctrina 4335/2001).

1. La sentencia analiza una resolución de la TGSS por la que se revisó de oficio el alta de un administrador mancomunado de una sociedad como cotizante a tiempo parcial en el RGSS en condición de asimilado a trabajador por cuenta ajena. Antes de la asunción del cargo de administrador mancomunado, el recurrente tenía asimismo la condición de gerente, mediante un contrato a tiempo parcial. Dicha situación se mantuvo una vez nombrado administrador de la sociedad. La resolución del TGSS declaró al trabajador incluido en el RGSS a tiempo completo.

2. La sentencia de suplicación declaró que no procedía su inclusión en el Régimen General como trabajador a tiempo parcial, puesto que a los asimilados a trabajadores por cuenta ajena no les es de aplicación este régimen de trabajo, al no tratarse de una relación laboral. El TS confirma esta doctrina, entendiendo que, dado que la regulación jurídica de la figura del administrador y ésta es de carácter mercantil, y la misma no prevé la dedicación a tiempo parcial, “en principio, salvo que conste que desarrolla otras actividades similares en otra empresa, dándose el caso de concurrencia de actividades (...) la jornada, por la propia naturaleza de la función, es a jornada completa, sin que en modo alguno pueda aplicarse el art. 12 ET, a efecto de cotizaciones”. De realizarse actividad para otra empresa, se originaría un supuesto de pluriactividad o pluriempleo.

3. En esta STS se declara que la actividad de administrador, en principio, no admite su desarrollo a tiempo parcial, por no preverse en el régimen jurídico mercantil dicha dedicación, frente a lo que sucede en el ET. Ello no obstante, parece dejar abierta la posibilidad de que esta situación pueda producirse de realizarse el trabajo de administrador para varias empresas. Este supuesto sin duda se planteará en posteriores recursos ante el TS, puesto que la situación de concurrencia del cargo de administrador para varias empresas ha sido tratado ya por los TTSSJ. El TS tampoco se pronuncia sobre si dicha situación de concurrencia daría lugar a las reglas de pluriactividad o pluriempleo. En mi opinión, si no se admite la prestación a tiempo parcial del cargo de administrador, es irrelevante que se realice o no dicha actividad para varias empresas. En todo caso, constituirá un supuesto de pluriempleo, si todas las actividades son encuadrables de forma independiente en el Régimen General, y, en caso contrario, el tratamiento que habrá que dar será el de pluriactividad.

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

El único pronunciamiento sobre esta materia atañe a la imposibilidad de aplicar el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado a una trabajadora española contratada para prestar servicios en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea.

– STSJ de Madrid de 22 de abril de 2002, I.L. J 1065 (recurso 468/2002).

1. La actora presentó demanda contra el Ministerio de Asuntos Exteriores que resultó estimada en la instancia declarándose su derecho a que le sea aplicado el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Contra dicha sentencia recurre en suplicación el abogado del Estado ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya sentencia ahora comentamos.

2. Sobre esta cuestión, el Tribunal comienza recordando que ya se han dictado numerosas sentencias. En efecto, se afirma que ha de entenderse que si la contratación, dado el origen de la oferta y, por tanto de la ubicación de aquélla, se sitúa en sede empresarial, en cualquier caso, España, se le aplica el art. 1.4 ET por ser norma especial y relacionada con el art. 1.4.1º CCU. Así que si la contratación se produjo en la sede española, recayendo sobre un ciudadano español, es claro que la normativa obliga a tener por aplicable a la relación de trabajo de ambas partes la legislación laboral española en su totalidad, en la que se incluye de manera destacada el ya citado art. 1.4.1º del CCU que excluye al personal laboral contratado en el exterior.

3. El objeto procesal del presente supuesto es que la demandante pretende la aplicación del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado. A ello se oponía el Ministerio de Exteriores alegando que a la actora no le era de aplicación la mencionada norma. Viendo que se trata de un contrato celebrado en el extranjero no le es de aplicación el CCU porque su propio art. 1.4.1º excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral contratado en el exterior. La actora ha sido contratada para prestar servicios en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, y cubrir un puesto de trabajo en Bruselas, luego le será de aplicación el régimen laboral establecido por la legislación de Bélgica y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el funcionamiento interno de las representaciones relacionadas con su actividad.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO (COORDINADOR)

LUIS ENRIQUE 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) Alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria ex art. 16 LETT. **4. Grupo de empresas.** A) Requisitos para apreciar la responsabilidad solidaria. **5. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Noción de propia actividad. C) Alcance de la responsabilidad solidaria por deudas salariales. D) Manifestación característica de la descentralización productiva. **6. Cesión ilegal.** A) Diferencias con la contrata. B) Efectos de la cesión cuando el cedente es una Administración Pública. **7. Sucesión de empresas.** A) Requisitos de la sucesión. a) Delimitación de los elementos del supuesto de hecho. b) Reversión del servicio. B) Sucesión de contratas y de concesiones administrativas. C) Alcance de la subrogación. D) Convenio colectivo aplicable a los trabajadores transferidos. E) Quiebra de empresas y subrogación. F) Interrupción del plazo de prescripción. G) Derechos de información de los representantes de los trabajadores.

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 5 a 8 de 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 814 a 1618) 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

Las SSTs de 21 de marzo de 2002, I.L. J 902; de 15 de julio de 2002, u.d., I.L. J 1495, y de 10 de julio de 2002, u.d., I.L. J 1488, reiteran la doctrina precedente del Tribunal Supremo según la cual en los supuestos de profesores de religión en la enseñanza primaria que prestan servicios en la Comunidad andaluza, la condición de empleador corresponde a la Administración del Estado y no a la Comunidad Autónoma, 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” (SSTs de 21 de marzo de 2002, I.L. J 902, y de 15 de julio de 2002, u.d., I.L. J 1495).

3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria ex art. 16 LETT

La inexistencia de contradicción es causa de desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina e impide que el Tribunal Supremo, en su STS de 19 de julio de 2002, u.d., I.L. J 1504, se pronuncie acerca de si la responsabilidad de la empresa usuaria ex art. 16 de la LETT en casos de incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la contratación temporal alcanza o no a las consecuencias del despido; en concreto en el caso de autos se trataba de la readmisión de un trabajador, representante unitario, cuyo despido había sido declarado improcedente.

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos para apreciar la responsabilidad solidaria

La delimitación de los elementos y requisitos necesarios para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes en relación con los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen constituye el principal eje de las diversas sentencias que en el período analizado abordan la temática de los grupos de empresas. Reiterando la ya casi clásica doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, la STS de 4 de abril de 2002, u.d., I.L. J 962, señalará que “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”. A tenor de tal jurisprudencia, la mera pertenencia de dos o más empresas al mismo grupo no es suficiente para derivar de ello una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores, sino que se exige la presencia de elementos adicionales. Los com-

III. Empresario

ponentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio, en tanto que son personas jurídicas independientes. La dirección unitaria de varias entidades podrá ser determinante de la existencia de un grupo empresarial, pero no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Para que dicho efecto se produzca se precisa un plus, residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes factores: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. 2) Prestación de trabajo común a favor de varias de las empresas del grupo. 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real. 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Todo ello, partiendo de la premisa de que, salvo supuestos excepcionales, la circulación de trabajadores dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato al objeto de ocultar el verdadero empresario, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo (STS de 4 de abril de 2002, u.d., I.L. J 962; STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1569). La aplicación de estos principios al supuesto de autos lleva a la STS de 28 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1589, a rechazar la existencia de responsabilidad solidaria entre varias empresas que, pese a tener el mismo domicilio y haber concedido un crédito una de ellas a la otra, se dedicaban a actividades diversas –aunque complementarias–, no tenían caja única y el trabajador no había prestado trabajo en común para todas ellas. E igual conclusión acoge la STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de marzo de 2002, I.L. J 1532, al trasladar aquellos presupuestos al caso enjuiciado. Por otro lado, la falta de identidad sustancial exigida por el artículo 217 LPL impide a la STS de 15 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 895, entrar a conocer acerca de la procedencia o no de la responsabilidad solidaria de diversas empresas frente a una reclamación salarial y de indemnización por expediente de regulación de empleo.

5. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase el apartado 6. A).

B) Noción de propia actividad

Como se sabe, la garantía consagrada en el art. 42 ET no resulta aplicable a cualquier negocio externalizador de las empresas; por el contrario, el precepto delimita claramente su supuesto de hecho exigiendo que la contrata o subcontrata afecte a la propia actividad de la empresa principal. El concepto de propia actividad se convierte así en elemento fundamental a la hora de imputar eventuales responsabilidades solidarias y por ello no es extraño que su delimitación haya dado origen a frecuentes y no siempre coincidentes pronunciamientos jurisprudenciales. En la actualidad, como señala la STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002, I.L. J 1043, la doctrina del Supremo sobre el particular puede sistematizarse indicando que han sido dos las teorías que han procurado precisar el alcance de este concepto jurídico indeterminado. Una de ellas es la tesis del ciclo productivo, también conocida como la de las actividades inherentes, en virtud de la cual

“el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado”. La segunda posición es la denominada teoría de las actividades indispensables, que dilata el alcance de las responsabilidades establecidas en el art. 42 ET “a todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones”. De estas dos propuestas, la sentencia examinada, en aplicación de la más reciente doctrina del Tribunal Supremo —sobre la que realiza una precisa exposición—, se inclina por la primera, en atención a la cual entiende que la actividad de actualizar y calificar las unidades del inventario general de bienes inmuebles no puede considerarse incluida en el ámbito productivo de RENFE, pues no es indispensable al efecto.

C) Alcance de la responsabilidad solidaria por deudas salariales

La relación de la jurisprudencia y doctrina judicial sobre el particular conduce a la **STSJ de Navarra de 29 de abril de 2002**, I.L. J 856, a afirmar que “la responsabilidad solidaria de promotores y contratistas ex art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la deuda salarial, lo que implica que la jurisprudencia haya excluido dicha responsabilidad respecto de las mejoras voluntarias a la Seguridad Social, a las indemnizaciones por despido, y en general a las infracciones y sanciones, que no tienen naturaleza salarial; pero establecido el carácter salarial de una pretensión comprende toda deuda salarial, incluida la indemnización por vacaciones no disfrutadas; y sin que pueda predicarse límite alguno derivado de un ficticio recorte de las prestaciones salariales que es un concepto genérico que debe interpretarse en beneficio del trabajador”. Y todo ello, argumenta la sentencia en examen, sobre la base de que si el promotor se ha lucrado de la prestación de los trabajadores es lógico que responda de la totalidad del salario debido, concebido en sentido amplio, y sin que artificiosas interposiciones jurídicas de empresas intermedias puedan dejar indefensa a la parte más necesitada de protección.

D) Manifestación característica de la descentralización productiva

Una ilustrativa descripción de los diversos modelos y variantes de descentralización productiva sirve de preámbulo a la **STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1248, para concluir en que no cabe apreciar en el supuesto sometido a su consideración una relación jurídico-laboral entre los trabajadores y el empresario principal, ni tampoco cesión legal de mano de obra sino un fenómeno de externalización de parte del proceso productivo. En efecto, la empresa, dedicada a la fabricación de calzado, decide, en un determinado momento, descentralizar las tareas de cosido y pegado de piezas, para lo cual contacta sucesivamente con diversas trabajadoras (las reclamantes de la existencia de relación laboral con la empresa) que, posteriormente, constituyen sociedades independientes, con domicilio propio, abono de gastos de alquiler de local, agua, luz, teléfono, cuotas a la Seguridad Social y gestión autónoma del trabajo y su organización. Reproducimos las palabras de la sentencia acerca de la funcionalidad de la contrata y su

III. Empresario

fisonomía, según las cuales “la contratación y subcontratación de obras y servicios entre empresas constituye una de las manifestaciones más características del proceso de descentralización productiva y cuya estrategia empresarial pone de relieve que la subcontratación se viene utilizando en el marco de dos sistemas diferentes de producción descentralizada, uno de ellos, el llamado sistema de empresas externalizadas, y el otro el sistema territorial de empresas. El primero, que constituye el modelo más extendido, se caracteriza por el hecho de externalizar determinadas parcelas de su ciclo productivo a otras empresas auxiliares, y que últimamente ha dejado de ser un modelo de producción de determinados sectores para convertirse en una estrategia empresarial que se identifica con el vocablo anglosajón de *Outsourcing*, que se hay definido como la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba por una compañía”.

Toda esta disquisición doctrinal lo es a los efectos de exponer como los procesos de descentralización productiva pueden tener como resultado que la empresa principal proceda a contratar la fase externalizada con trabajadores autónomos, lo que determina rechazar el vínculo laboral entre las partes y, por ende, aceptar la excepción de falta de competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de las reclamaciones entre las partes: “la actividad de las partes gozaba de plena autonomía, esto es, no dependiente de la empresa principal que no ejercía funciones directivas sobre aquéllas. No existiendo, tampoco, dato alguno que permita presumir que la actividad de las sociedades contratadas fuese destinada a proporcionar mano de obra a la principal”.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Diferencias con la contrata

La distinción entre los fenómenos lícitos de contratación y subcontratación de obras y servicios y la prohibida interposición en el contrato de trabajo sigue dando lugar a una nutrida cantidad de pronunciamientos judiciales. A la ya clásica diferenciación en atención a la existencia de una auténtica empresa, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, se une más recientemente, una nueva tendencia que pone el acento en el ejercicio de las facultades y poderes inherentes a la condición de empleador (a ambos criterios alude la **STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2002**, I.L. J 1077). Así, aceptada la premisa de que la cesión ilegal puede darse entre empresas reales, el criterio delimitador ha de ser otro; en concreto, la circunstancia de asumir verdaderamente la posición de empleador (**STSJ de Madrid de 12 de abril de 2002**, I.L. J 1053; **STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1247). Como señala la **STS de 30 de mayo de 2002**, u.d., I.L. J 1145, “es doctrina consolidada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que la línea divisoria entre los supuestos de sucontratación lícita y pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus tra-

bajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propios de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del ET, mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del ET”. Similar argumentación, centrada en el hecho de tratarse de una empresa “que gestiona, organiza, retribuye, controla y ejercita todas las actividades propias de su condición de empresario”, sirve a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2002, I.L. J 1186, para rechazar la existencia de cesión ilegal en el supuesto enjuiciado. Por otro lado, la falta de contradicción impide a la STS de 6 de mayo de 2002, u.d., I.L. J 1087, pronunciarse acerca de la existencia o no de cesión ilegal en el caso sometido a su consideración.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 43.3 ET, los trabajadores sometidos a cesión ilegal de mano de obra tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Semejante garantía plantea algunos problemas cuando el trabajador pretende la integración en una Administración pública pues, como se sabe, el acceso a ella debe realizarse mediante la superación de pruebas selectivas sujetas a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Si así no ha acontecido y el trabajador ha sido objeto de cesión ilegal, la doctrina judicial, en virtud de la identidad de razón existente con los supuestos de infracción por la Administración de las normas sobre contratación temporal, viene aplicando idénticas consecuencias y doctrina que la fijada por el Tribunal Supremo para tales irregularidades. Sobre la base de estas argumentaciones la STSJ Madrid de 12 de abril de 2002, I.L. J 1053, señalará que “esta Sala ya ha considerado en otros supuestos de cesión ilegal que afectaban a la Administración, que el efecto de la integración en ella no puede producirse con la condición de fijo de plantilla, sino mediante una relación laboral indefinida”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

Como viene siendo habitual la mayor parte de los pronunciamientos recaídos en este período afectan a cuestiones relativas a la transmisión de empresas. Las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias sobre el particular, así como las modificaciones operadas en el art. 44 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, abonan el terreno a nuevos y viejos problemas.

A) Requisitos de la sucesión

a) Delimitación de los elementos del supuesto de hecho

La especificación de los elementos exigidos jurisprudencialmente para que opere la transmisión o sucesión empresarial constituye el grueso de la argumentación contenida

III. Empresario

en la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2002, I.L. J 1247. De nuevo se aludirá a la necesidad de concurrencia de los elementos subjetivo, concretado en el cambio de titularidad de la empresa, y objetivo, identificado en el traspaso de un conjunto de factores esenciales o unidad de producción que permitan la continuidad de la actividad empresarial. Se trata, por lo demás, de una cuestión ampliamente analizada en estos comentarios por lo que simplemente apuntaremos que la sentencia mencionada recoge una interesante e instructiva exposición de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los elementos de presupuesto de hecho del art. 44 ET y de su correcta interpretación. Por su parte, la STS de 25 de febrero de 2002, u.d., I.L. J 878, entre otras consideraciones, alude también a tales elementos.

b) Reversión del servicio

Un numeroso grupo de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en el período examinado abordan idéntico supuesto de hecho. La cuestión, por otra parte ya resuelta en sentencia de la Sala general de 19 de marzo de 2002, se centra en determinar si la asunción directa por un Ayuntamiento del servicio de recaudación que antes realizaba una empresa privada supone un supuesto de sucesión de empresas ex art. 44 ET. Tras el análisis del marco legal que autoriza a los Ayuntamientos a arrendar o concertar la gestión recaudatoria de los impuestos, las diversas sentencias pasan a examinar los elementos exigidos por el precepto estatutario para apreciar la existencia de subrogación. Desde esta perspectiva, mientras que se suele aceptar que en el caso enjuiciado se produce un cambio de titularidad en la actividad (elemento subjetivo), sin embargo, no sucede lo mismo por lo que respecta al elemento objetivo. Se argumenta al respecto que no hay transmisión patrimonial de la anterior empresa al Ayuntamiento, pues la actividad se desarrollaba sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento “y sólo permanecen como bienes que tuvieron relación con la anterior empresa los muebles y los equipos informáticos pero estos bienes ni constituyen un soporte económico suficiente para que continúe la acción empresarial precedente, ni son propiamente transmitidos por la empresa anterior al Ayuntamiento, pues (...) el mobiliario es objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos no son cedidos por la empresa anterior sino que son objeto de un contrato por un año por parte de la empresa (...) y el Ayuntamiento” (SSTS de 25 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1409; de 19 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 899, y de 19 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1318). La misma problemática se estudia en las SSTS de 17 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1388; de 12 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1291, y de 14 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1581, todas desestimatorias de los recursos planteados, si bien en la primera de ellas debido a la falta de contradicción y en las dos siguientes por inexistencia de acción.

B) Sucesión de contratas y de concesiones administrativas

Los criterios sentados por el Tribunal Supremo acerca de la aplicación de los efectos subrogatorios en los casos de sucesión de contratas, según los cuales para que la subrogación se produzca ha de estar prevista en el convenio colectivo y realizarse según sus estipulaciones, parecen servir de fundamento a la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1234. En efecto, para la citada sentencia en el caso de autos la subrogación

no es obligatoria para el nuevo contratista al no cumplirse los presupuestos fijados convencionalmente.

Aunque no se trata propiamente de un caso de sucesión de contratistas sino más bien de una primera contratación de actividades de limpieza y atención a la cocina que llevaba a cabo directamente la empresa principal, traemos a colación en este apartado la cuestión estudiada por la **STS de 18 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 898. La Sala, previo análisis del concepto de “traspaso” que incorpora la norma comunitaria y del de cesión contenido en el art. 44 ET, lleva a la conclusión de que no puede apreciarse la existencia de una sucesión de empresas; y ello porque “en modo alguno se ha operado una transmisión de una unidad productiva autónoma al no existir ni siquiera la puesta a disposición en cualquiera de sus modalidades de los elementos que siendo necesarios para la correcta explotación de una actividad representen una estructura económica de medios dotada de sustantividad propia, de suerte que la falta de presupuestos para constituir esa unidad productiva impide a su vez que pueda existir la sucesión empresarial ocupando su lugar el instituto civil de la novación”.

En relación a la sucesión de concesiones administrativas, véase lo indicado en el apartado siguiente.

C) Alcance de la subrogación

Un numeroso grupo de sentencias del Tribunal Supremo se enfrenta a un problema común, en el que, si bien se concluirá en la inexistencia de subrogación ex art. 44 ET —al no operarse una transmisión de elementos organizativos o patrimoniales—, sin embargo, en tanto que las partes afectadas por la subrogación contractual se remiten al mencionado precepto, la Sala argumentará acerca del alcance de los derechos y obligaciones afectados por el fenómeno subrogatorio. Pero antes de referirnos a este extremo, conviene precisar que el supuesto enjuiciado alude a un caso de sucesión de concesiones administrativas entre Iberia e Ineuropa Handling que ya hemos comentado en otras ocasiones, y respecto del cual el Tribunal Supremo ha considerado que no hay sucesión de empresas sino subrogación contractual o cambio de titularidad en la relación de trabajo; una novación subjetiva del contrato de trabajo que requiere, ex art. 1205 CC, el consentimiento del trabajador (**SSTS de 30 de abril de 2002**, u.d., I.L. J 1026; **de 26 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1415; **de 18 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1392; **de 17 de mayo de 2002**, u.d., I.L. J 1352; **de 21 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1324, y **de 30 de abril de 2002**, u.d., I.L. J 1347).

En cuanto al alcance de la subrogación, reiterando doctrina precedente, se señalará que aquélla sólo abarca “aquellos derechos y obligaciones existentes en el momento de la integración”; que la obligación de subrogación “no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad”; que “el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores”; y que la subrogación

III. Empresario

“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” (SSTS de 8 de abril de 2002, u.d., I.L. J 964; de 11 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 1577; de 10 de abril de 2002, u.d., I.L. J 969; de 11 de julio de 2002, u.d., I.L. J 1492; de 15 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 1339, y de 30 de abril de 2002, u.d., I.L. J 1024).

D) Convenio colectivo aplicable a los trabajadores transferidos

La actual redacción del art. 44.4 ET, tras la Ley 12/2001, en transposición de lo previsto en el art. 3 de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio –hoy refundida por medio de la Directiva 2001/23/CE –, prevé que, salvo pacto en contrario, “las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”. A juicio de la **STS de 3 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1265, “la única obligación que de tales normas se desprende para la empresa (...) es la de garantizar a los trabajadores de los que se hizo cargo la nueva sociedad, procedentes del Ente Público cedente, el disfrute de la integridad de las condiciones laborales derivadas del convenio anterior, en tanto éste no sea sustituido por otro que, de conformidad con los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, pudiera resultar aplicable”. Ahora bien, “de ninguno de los preceptos mencionados cabe extraer la conclusión de que en caso de traspaso o sucesión de empresas, los derechos que han de mantenerse a los trabajadores afectados por ella deben extenderse también a los trabajadores contratados con posterioridad a dicha situación”. Para estos trabajadores, concluye la Sala, en ausencia de convenio, ha de entrar en juego la autonomía contractual individual.

E) Quiebra de empresas y subrogación

La aplicación del art. 44 ET a los fenómenos de extinción y liquidación de empresas con la sucesiva creación de otras nuevas a partir de la empresa que se liquida está dando origen a pronunciamientos judiciales cada vez más frecuentes, pero que, como demuestra la **STS de 25 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 878, a la que se formula voto particular, no parece contar aún con una doctrina acabada y uniforme. El dato normativo representado por el art. 51.11 ET obliga, en buena lógica, a admitir la posibilidad de que, a partir de la quiebra de una empresa, pueda producirse una sucesión de empresas a los efectos del art. 44 ET. Y así lo reconoce la **STS de 25 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 878, si bien, en el supuesto enjuiciado, entiende que no hay transmisión subrogatoria pues “lo que los trabajadores integrantes de las empresas recurrentes hicieron fue crear dos nuevas empresas sobre las cenizas de una anterior quebrada. Y ello no permite hablar de sucesión a los efectos del art. 44.1 ET (...) porque, por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce en ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial ‘viva’,

que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad”. A esta conclusión final acompaña la Sala una serie de argumentos fundamentadores destinados a demostrar la ausencia de esa continuidad en la actividad de una entidad empresarial en funcionamiento. Similares planteamientos, extraídos de diversas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, son utilizados por la **STSJ de Galicia de 16 de abril de 2002**, I.L. J 946, para inaplicar los efectos propios de la subrogación en el caso enjuiciado; en concreto, se abordaba el supuesto de constitución de una SAL por trabajadores que aportaron al capital social las cantidades recibidas en concepto de indemnización por extinción de contratos como consecuencia de expediente de regulación de empleo instruido por la empresa cuya misma actividad continúan.

F) Interrupción del plazo de prescripción

La inexistencia de contradicción impide que la **STS de 20 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1397, se pronuncie sobre la cuestión de si la reclamación frente a la empresa cedente interrumpe el plazo de prescripción establecido en el art. 44 ET respecto de la empresa cesionaria. Pese a todo dejamos apuntado el problema y pasamos a describir brevemente el supuesto de la sentencia recurrida. Éste viene representado por el ejercicio de dos acciones diversas en procesos sucesivos. En primer lugar, una acción de despido frente a la empresa cedente, y, en segundo, una reclamación de cantidad que tiene por objeto el abono de las indemnizaciones por despido reconocidas en el primer proceso. Frente a esta situación, la Sala del Tribunal Supremo señala que “la acción ejercitada en el primer proceso no estaba sometida a prescripción, sino a caducidad. Por tanto la acción de despido no ha podido interrumpir ningún plazo de prescripción hasta el auto que declaró extinguida la relación laboral y fijó las correspondientes indemnizaciones, porque realmente hasta ese momento no había nacido ningún derecho susceptible de prescripción, al menos fuera del contexto de la ejecución. La única interrupción posible hasta entonces se suscitara en relación con un plazo de caducidad”.

G) Derechos de información de los representantes de los trabajadores

La **STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1247, considera que en el caso de autos se han cumplido los deberes de información a los representantes de los trabajadores que se impone a los sujetos cedente y cesionario en los supuestos de transmisión de empresas. La única particularidad reseñable es que se invoca directamente como norma infringida la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 2 de marzo de 2001, pues al parecer no se había producido aún la modificación del art. 44 ET que trasponía a nuestro ordenamiento tales obligaciones.

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:

período de prueba. 3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción.

c) Contrato de interinidad. d) Otros. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo.**

A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **5. Contratos formativos.**

6. Contratación en la Administración pública. A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral. a) Requisitos de acceso. b) Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período enjuiciado, a nivel normativo debe destacarse la aprobación del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se modifica la regulación relativa a los contratos de relevo y de jubilación parcial. Por lo que se refiere a los pronunciamientos judiciales, en esta crónica se da cuenta de los publicados en los números 5, 6, 7 y 8 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia. Entre las sentencias dictadas, especial atención merecen las **SSTS de 19 y 21 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 900 y 903, en relación con el contrato de obra o servicio determinado, que, desvinculándose de la jurisprudencia mayoritaria hasta ahora, remarcan que la sujeción a subvenciones públicas periódicas no justifica en sí misma la temporalidad de la relación. Sin duda, interesante es también la **STS de 27 de mayo de 2002**, Sala General, I.L. J 1357, con voto particular, relativa a la extinción de los contratos temporales indefinidos pero no fijos de plantilla. Por su parte, la **STS de 29 de enero de 2002**, I.L. J 872, resuelve si el INEM puede denegar o no por sí mismo la prestación por desempleo cuando entienda que la contratación del trabajador no se corresponde con la calificación otorgada por las partes: tiene cierto interés al hilo de las últimas modificaciones legales que van a posibilitar que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo pueda iniciar un proceso de oficio en los supuestos de reiteración en la contratación temporal fraudulenta (vid. nuevo art. 145 bis de la LPL, introducido, por la Ley 45/2002, de 13 de diciembre).

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: PERÍODO DE PRUEBA

Diversas son las sentencias dictadas en relación a la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo durante el transcurso del período de prueba pactado. Entre ellas se encuentra la **STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2002**, I.L. J 833, en la que se declara que constituye despido improcedente la rescisión de un contrato por no superación del período de prueba de seis meses, cuando el trabajador afectado ya había estado ligado con la empresa dos años y medio antes a través de un contrato de interinidad que duró aproximadamente un mes y en el que prestó servicios en la misma categoría profesional. No se admite por la sentencia la tesis del Juzgador de instancia, conforme a la cual, en la medida en que no se ha superado el período máximo de prueba establecido convencionalmente, sí que procede establecer un nuevo período de prueba para la segunda contratación, siempre que se descuenta el tiempo de servicios ya prestado en el contrato anterior. Muy al contrario, el Tribunal Superior aplica estrictamente la dicción del art. 14 ET:

“Ello lleva al legislador a considerar nulo el pacto de prueba celebrado cuando entre las partes ya hubiera mediado vínculo laboral anterior para las mismas funciones ‘bajo cualquier modalidad de contratación’ (...), sin que quepa aceptar un período de prueba fijado de modo aplazado y sometiendo cada vez el vínculo a esa experimentación que carece de finalidad una vez superada la misma.”

Suerte distinta han seguido las demandas resueltas en otros dos pronunciamientos, en los que la extinción del contrato de trabajo por no superación del período de prueba se comunica a las trabajadoras durante el disfrute de una situación de incapacidad temporal. En ambas se intentó conectar esta circunstancia con la existencia de una discriminación y en ambas se excluyó. Las sentencias se apoyan en la insuficiencia de la actividad probatoria del trabajador que no llega siquiera a presentar indicios ni de que la decisión empresarial se adoptara “como represalia al ejercicio de la trabajadora a salvaguardar su salud” (**STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2002**, I.L. J 1036), ni tampoco de que se tratara de una extinción discriminatoria por razón de sexo basada en la creencia incierta de la empresa de que la baja médica era debida a un posible embarazo (**STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2002**, I.L. J 836).

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Dentro del período examinado, y por lo que se refiere a la causa de esta modalidad contractual, el tema estrella, sin duda, lo plantean los contratos de obra o servicio supeditados a subvenciones públicas. Siguiendo la tesis habitual, existen pronunciamientos que

IV. Modalidades de Contratación

continúan defendiendo la idoneidad de este tipo de contratos para prestar servicios cuya continuidad depende de la incierta persistencia de una subvención procedente de un tercero [STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002, I.L. J 838 y alguna otra que se cita al hablar de los trabajos fijos discontinuos (*infra*, 4.B)] —si bien esta doctrina no puede aprovecharse para extinguir contratos cuando la financiación continúa y lo único que se hace es externalizar el servicio (STSJ de Cantabria de 24 de abril 2002, I.L. J 1076)—. Curiosamente —por lo que más abajo se dirá—, la misma postura clásica mantiene la STS de 19 de febrero de 2002, u.d., I.L. J 877, en cuya virtud:

“hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, ya que ‘no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención’”.

Sin embargo, apenas con un mes de diferencia —y con ponentes distintos—, el mismo supuesto de hecho fue juzgado de forma diferente por las SSTS de 19 y 21 de marzo de 2002, u.d., I.L. J 900, 902 y 903, que pueden constituir el giro jurisprudencial reclamado por la doctrina tras la incorporación en el año 2001 de la letra e) del art. 52 ET, que permite presuponer que la insuficiencia de la consignación no habilita para la suscripción de contratos temporales sino sólo para la extinción objetiva de los indefinidos. Ciertamente la STS de 21 de marzo de 2002, u.d., se esfuerza por buscar sus raíces en sentencias precedentes. No es menos cierto, sin embargo, que, como arriba se ha visto, en la mayoría de pronunciamientos vino entendiéndose que en estos supuestos en que mediaba la concesión de una ayuda pública concurrían los requisitos necesarios para celebrar un contrato temporal para obra o servicio determinado. Frente a ello, ambas Sentencias del Tribunal Supremo afirman de forma expresa y contundente que:

“En todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas.”

De esta manera, en el supuesto resuelto, se concluye que del hecho de tratarse de una actividad financiada mediante subvención anual no cabe inferir el carácter temporal de la prestación realizada. En este sentido, las Sentencias explican que:

“del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian, por cierto sólo en parte. El Ayuntamiento está obligado a mantener permanentemente los servicios sociales básicos. (...) Conclusión, si se trata de servicios de prestación obligatoria permanente, resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contratado.

(...) No es necesariamente signo de temporalidad, que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto, tenga que estar incluida en los presupuestos anuales. La financiación anual es mera consecuencia de la obligación que impone el art. 112 de la ya citada Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 (...). Por consiguiente, que la financiación de los servicios sociales obligatorios, como la de cualquier otra actividad temporal o permanente del Ayuntamiento, debe estar prevista e incluida en sus Presupuestos anuales, no revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea ésta la duración de los presupuestos.

Por otra parte, no es posible asumir el argumento de que el servicio para el que fue contratado el actor no respondía a una actividad permanente del Ayuntamiento puesto que dependía de consignaciones presupuestarias ajenas. (...) Para esos servicios la subvención no pasa de ser una mera ayuda, que como tal ninguna virtualidad puede tener para modificar en temporal una actividad que por Ley es permanente”.

En definitiva, en virtud de todo lo indicado, se acaba declarando el carácter indefinido de la relación laboral de los trabajadores, confirmando por tanto que la rescisión comunicada por la empresa constituye despido improcedente y no terminación del contrato por conclusión del servicio pactado.

Aunque el problema no es exactamente igual, se sitúa en la misma línea interpretativa la **STS de 10 de abril de 2002**, u.d., I.L. J 972, en la que se juzga el no llamamiento de unas trabajadoras que año tras año, en períodos discontinuos —de septiembre a junio—, eran contratadas bajo la modalidad de contratos para obra o servicio, al objeto de prestar servicios como profesoras de educación permanente de adultos en ejecución de un programa municipal dependiente de las disponibilidades presupuestarias y de las ayudas económicas aportadas por la Comunidad Autónoma. El Tribunal acoge la postura de la sentencia recurrida, según la cual, la falta de llamamiento de las trabajadoras para el nuevo curso es injustificada dado que el Ayuntamiento no ha acreditado la terminación del servicio de educación permanente, a la vista de que dicha actividad continúa siendo financiada y llevada a cabo, de manera que el cese de las trabajadoras debe considerarse despido improcedente y no extinción por fin de obra. Vemos, pues, que con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo no llega a afirmar el carácter indefinido de fijas-discontinuas de las trabajadoras, pero tampoco se limita a declarar que la temporalidad de los servicios quede restringida al período anual para el que se concede la ayuda o consignación presupuestaria, de tal forma que extiende el derecho de los trabajadores a ser llamados año tras año en tanto la actividad contratada continúe prestándose por perder la financiación.

El resto de las sentencias concretan aspectos ya conocidos. Así, la **STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1253, aborda las consecuencias de la utilización del trabajador en una obra o servicio distinto al expresado en el contrato: en el caso, se trataba de un conductor de camión que trabajaba para una empresa de construcción y que había suscrito sucesivos contratos de obra o servicio, realizando labores no sólo en las obras

IV. Modalidades de Contratación

para las que había sido contratado, sino que también cargaba y descargaba materiales en otras obras sitas en localidades diferentes. En este litigio concreto, el Tribunal no aprecia fraude de ley, dado que la categoría profesional del trabajador es “por su propia naturaleza itinerante o de movilidad”, de forma que es notorio que no puede estar fijo en una obra, sino que puede actuar en obras distintas, aparte de que el propio convenio aplicable admite estos desplazamientos, sin que por ello el contrato pierda su naturaleza temporal.

Por su parte, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2002**, I.L. J 1522, hace frente al interrogante de si por finalización de la obra –y, en definitiva, por causa del contrato– hay que entender la realización total y completa de la misma o si cabe resolver el contrato con ocasión de la terminación de cualquiera de sus elementos o fases: suscitado el problema en relación a un trabajador que había sido objeto de repetidos contratos para la sucesiva construcción de viviendas en distintas parcelas de una misma urbanización, la Sentencia aplica la solución ya ofrecida por el Tribunal Supremo, conforme a la cual, cabe la posibilidad de que estos contratos se refieran tan sólo a parte de una obra de mayor magnitud “siempre que se especifique en el contrato cuál es el objeto concreto de la obra con respecto a la obra mayor en la que se enmarca”.

En fin, la **STSJ de Madrid de 5 de abril de 2002**, I.L. J 1051, llama la atención sobre la falta de adecuación de esta modalidad contractual respecto a la relación surgida entre una emisora de radio y una locutora para la presentación de un programa concreto, cuya formalización se había efectuado a través de un contrato en el que las partes pactaron la facultad mutua de rescisión sin causa justificativa y que, llegado el término inicialmente pactado, fue objeto de sucesivas prórrogas hasta que la empresa comunicó la extinción final: al respecto, y una vez declarado el carácter laboral de la relación, la Sentencia confirma que el vínculo entre las partes tiene el carácter de indefinido, no aceptándose que estemos ante una contratación temporal para obra o servicio, ya que la duración del contrato no quedó condicionada al final de la obra contratada –conforme ordena el art. 2.2.b) del RD 2720/1998–, sino que se fijó un término que posteriormente fue prorrogado, “estando en todo caso condicionada la duración de la vinculación estudiada a la doble y mutua voluntad de ambos contratantes, peculiaridad extintiva, que en nada coincide, con la normativa que el contrato de obra o servicio previene”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Además de los pronunciamientos relacionados con la diferenciación entre eventuales y fijos discontinuos, hay que hacer referencia a los recaídos respecto a la distinción entre aquéllos y los interinos. En el plano teórico, no hay cuestión. Como advierte la **STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2002**, I.L. J 1229:

“es preciso delimitar la nítida separación que existe entre los supuestos de interinidad en los cuales el interino detenta una plaza vacante, entidad esta que presupone una actividad continuada que es preciso desempeñar, de los otros supuestos de eventualidad, en los que la necesidad emergente que los motiva, es circunstancial y transitoria y nace y se agota en

una polimorfa gama de variada aleatoriedad”. Y reproduciendo palabras del Tribunal Supremo, “el interino es para una plaza vacante existente, mientras que el eventual lo es para cubrir una necesidad urgente, extraordinaria o esporádica, sin que exista plaza, (...)”

Sin embargo, existen sentencias, referidas a la Sanidad pública, en las que se admite la eventualidad para cubrir transitoriamente plazas vacantes (STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2002, I.L. J 1229) o, incluso, para atender sustituciones (STS de 26 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1588). La idea es conocida y supone la prevalencia del régimen de la interinidad que es el que mejor se ajusta a la realidad de las cosas.

Hechas estas precisiones sobre el objeto del contrato eventual, diversas sentencias ponen de relieve la necesidad de que en el contrato eventual se precise la causa concreta que motiva su formalización, sin que sea válida la mera reiteración del art. 15.1.b) ET –“celebración para atender exigencias circunstanciales del mercado”, de tal forma que, conforme al art. 9.1 del RD 2720/1998, cuando se constata tal irregularidad se aplica la presunción a favor del carácter indefinido del contrato, salvo acreditación de la naturaleza temporal de la prestación. En aplicación de esta previsión, la **STSJ de Galicia de 30 de abril de 2002**, I.L. J 955, declara la fijeza de la relación, al no haberse acreditado un incremento de la actividad productiva justificativo de un paralelo aumento temporal de la fuerza laboral –es más, todo lo contrario se deduce del hecho de que el trabajador haya sustituido a otro empleado destinado ahora a tareas distintas–, motivo este que lleva a la Sentencia a ratificar la calificación de la extinción del contrato por la llegada del término como despido improcedente. En cambio, en la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2002**, I.L. J 950, sí se considera probada la naturaleza temporal de la causa que dio lugar al contrato –en el caso, la contratación temporal de un ayudante de cámara se justifica por el aumento de trabajo que una cadena televisiva experimenta en el período estival como consecuencia de tener que dar cobertura informativa de las fiestas locales de verano–, de modo que, aquí, la resolución del contrato por vencimiento del tiempo pactado no se califica como despido, sino como resolución válida.

c) Contrato de interinidad

En cuanto al contrato de interinidad, conviene destacar la **STS de 26 de abril de 2002**, I.L. J 1346, donde en relación con un supuesto de interinidad por sustitución se examina el ajuste a derecho del cese de un interino por nombramiento en comisión de servicio de un funcionario de carrera. El Tribunal declara improcedente, la extinción del contrato por esta causa pese a que el artículo 20 de la Ley de Función Pública Valenciana establecía esta vía como modo de cubrir vacantes. Se considera que esta normativa no puede alterar la regulación del contrato de interinidad a la que debe atenderse principalmente para determinar cuál es la causa lícita de extinción del vínculo.

Por su parte la **STS de 2 de abril de 2002**, I.L. J 959, examina la aplicación de una cláusula contractual en un contrato de interinidad por sustitución que preveía como causa de

IV. Modalidades de Contratación

extinción la declaración de vacante de la plaza ocupada por el interino, señalando que “éste podrá optar por la formalización del contrato laboral para el desempeño temporal de la plaza que, en su caso se efectúe”. El Tribunal interpreta esta cláusula en el sentido de que la Administración no está obligada a la conversión inicial de un contrato de interinidad por sustitución en una interinidad por vacante. Lo único que se concede, a juicio del Tribunal, es “una preferencia para celebrar un nuevo contrato de interinidad con el fin de desempeñar provisionalmente la plaza durante el período necesario para su cobertura reglamentaria”, pero no conviene olvidar que “no existe disposición alguna que obligue a la Administración a cubrir en interinidad una vacante durante la pendencia de su provisión”.

En cuanto a la interinidad por vacante, en la **STSJ de Extremadura de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1557, se declara lícito el cese del interino por ocupación de la plaza vacante mediante concurso-oposición, sin considerar relevante a estos efectos que en el contrato del interino no se previese qué concreta vacante ocupaba, al convocarse el concurso para todas las de su categoría. También en relación con las causas de extinción del contrato de interinidad por vacante, la **STSJ del País Vasco de 28 de mayo de 2002**, I.L. J 1262, se ocupa de un supuesto en el que se cesa al interino al convocarse el proceso de cobertura de vacante mediante movilidad interna, quedando posteriormente desierta la plaza. El Tribunal centra la controversia en el examen de si es ajustado a derecho el cese, no en si el contrato realizado posteriormente a otro interino se acomoda a las previsiones legales. En este sentido, se entiende que el cese es improcedente por estimar que el nombramiento de interinidad por vacante debe permanecer en tanto continúa esta situación.

Menor trascendencia, por incidir en doctrina ya conocida, tiene la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 886, que, tras repasar la evolución normativa e interpretativa en supuesto de imposibilidad de reincorporación del trabajador sustituido, por ejemplo, como en el caso de la litis por haber pasado a la situación de incapacidad permanente total, determina que cabe la extinción del contrato de interinidad.

En otro orden de cosas, por lo que se refiere a la rescisión contractual, la **STSJ de Baleares de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1163, recuerda que no es preciso preaviso alguno para extinguir el contrato de interinidad.

Finalmente, en cuanto a las condiciones laborales de estos trabajadores temporales, la **STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 1568, resuelve la cuestión de si los interinos tienen derecho a la situación de excedencia. El interés de este pronunciamiento no está tanto en el supuesto y solución concreta que se ofrece: trabajadora que presta servicios para la Administración Autonómica Gallega con contrato de interinidad por enfermedad de la titular, que solicita excedencia voluntaria por incompatibilidad al pasar a desempeñar un puesto de agente judicial como funcionaria interina, y que el Tribunal desestima por cuanto, pese a la indefinición de la Ley aplicable, el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia precisa que dicho derecho sólo se atribuye al personal laboral fijo. Más allá de estas previsiones específicas, lo esencial de la

Sentencia reside en su más genérica afirmación sobre la imposibilidad de reconocer la situación de excedencia voluntaria al interino:

“la interinidad exige una causa que la justifique y admitir la situación de excedencia en el interino sería dejar sin causa el contrato temporal (...); en igual sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2001 al decir que (...) daría lugar a una desconexión absoluta entre la razón de cubrir una vacante concreta a la que la interinidad se vincula y la expectativa de derecho que todo excedente voluntario tiene a reingresar en cualquier vacante de igual o similar categoría”.

d) Otros

Dentro de este apartado cabría encuadrar las muchas sentencias que abordan la contratación de profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza, respecto a los que se reitera doctrina unificada sobre tres cuestiones. De un lado, se insiste en que la relación laboral de estos profesores no es indefinida, sino que se trata de una relación especial o *sui generis* de carácter temporal o a término, con vigencia anual (**SSTS de 10 de mayo, 12 y 17 de junio y 4 y 8 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 1096, 1290 y 1296, y 1474 y 1481). De otro lado, se recuerda que la condición de empleador —y, por tanto, la responsabilidad sobre las diferencias retributivas reclamadas— corresponde a la Administración del Estado, ya que no se ha producido aún el concreto traspaso a las Comunidades Autónomas de los medios y servicios del profesorado de religión (además de las anteriores, **SSTS de 21 de marzo, 29 de abril, 17 y 20 de mayo, 12, 17 y 18 de junio y 10 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 902, 1008, 1122 y 1355, 1379, 1305 y 1308, y 1488). Finalmente, respecto a los derechos concretos de estos profesores, se efectúan diferentes precisiones: que no tienen derecho al complemento salarial por antigüedad (**STS de 17 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1296); en cambio, en virtud de los Acuerdos de ámbito supraestatal y nacional sobre la materia, se reconoce su derecho a percibir la misma remuneración por hora de clase que recibe un profesor interino del mismo nivel que imparte cualquier otra materia (**SSTS de 12 de abril, 17 de junio y 8 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 1342, 1296 y 1481); por último, la **STSJ de Murcia de 22 de mayo de 2002**, I.L. J 1243, declara como despido improcedente la anulación del contrato de una profesora en situación de incapacidad temporal y reconoce su derecho a una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, computando a tal efecto todos los años en que se han prestado servicios.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Una de las cuestiones que ha acaparado el protagonismo en esta materia ha sido la de determinar el modo de efectuar el cómputo temporal de la relación a efectos de percibir los complementos retributivos por antigüedad, en los supuestos en que a un primer contrato temporal sigue una posterior contratación sin solución de continuidad. En tal sen-

IV. Modalidades de Contratación

tido, la **STS de 13 de mayo de 2002**, u.d., I.L. J 1101, reconoce que el citado complemento se devenga por la simple antigüedad en la empresa desde el momento en que empezaron a prestar servicios como temporales, sin que tal derecho quede ligado a la antigüedad en una determinada categoría de ascenso; similar solución se ofrece en la **STSJ de Murcia de 6 de mayo de 2002**, I.L. J 1241, donde se indica que, pese al cambio de denominación de la plaza ocupada y el aumento de funciones que ello implica, la trabajadora no debe sufrir pérdida de antigüedad a efectos de consolidar trienios. En uno y otro caso, las soluciones se fundamentan en la doctrina unificada del Tribunal Supremo, según la cual:

“si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, (...), se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal”. Asimismo, respecto al requisito de que no exista solución de continuidad entre los sucesivos contratos se aclara que “debe entenderse que se cumple dicho presupuesto cuando el plazo de inactividad laboral existente entre los contratos no es superior a veinte días hábiles y el trabajador se haya (sic) en situación de disponibilidad para trabajar en la empresa”.

Otras dos sentencias se han ocupado de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores temporales. La primera, la **STSJ de Madrid de 23 de abril de 2002**, I.L. J 1063, que confirma la discriminación sufrida por una trabajadora, cuya situación de excedencia por maternidad se aprecia como la única causa que motivó la no transformación de su contrato temporal en indefinido cuando, en cambio, dicha conversión sí se produjo respecto a otros trabajadores análogos, razón por la cual se ratifica la condena a la empresa a convertir el contrato en fijo y a abonar una indemnización por los perjuicios y daños morales causados. Tomando en consideración otro factor de desigualdad —en concreto, la condición de ciudadanos no comunitarios—, la **STJCE de 29 de enero de 2002**, I.L. J 1334, se pronuncia sobre la norma nacional alemana por la que los empleos de lector de lengua extranjera pueden ser provistos mediante contratos de trabajo de duración determinada, mientras que, por lo que respecta a los demás docentes encargados de tareas particulares, la celebración de tales contratos debe estar justificada en cada caso por una razón objetiva; en tanto la gran mayoría de estos lectores son ciudadanos extranjeros —en el supuesto analizado se trataba de una lectora polaca—, el TJCE declara que dicha norma nacional se opone a la prohibición de discriminación laboral establecida en el art. 37.1 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y Polonia.

b) Conversión en contratos indefinidos

Dos son principalmente las razones tenidas en cuenta en los pronunciamientos examinados para declarar la transformación de un contrato inicialmente temporal en indefinido. De un lado, en virtud del art. 15.3 ET, la apreciación de fraude de ley por la suscripción de un contrato temporal sin causa seguido sin solución de continuidad por la firma

de un nuevo contrato temporal: tal consecuencia de fijeza del trabajador es la que se aplica en la **STS de 22 de abril de 2002**, u.d., I.L. J 990, respecto a un contrato para obra o servicio concertado para prestar necesidades habituales de la actividad empresarial, tras cuya extinción, se firma un contrato eventual. De otro lado, conforme al art. 9.1 del RD 2720/1998, la inobservancia de las exigencias formales en el contenido de los contratos temporales determina también una presunción en favor del carácter indefinido de la relación, en este caso de carácter *iuris tantum*: por tal razón y como también se ha visto al examinar los contratos de obra y eventuales, esa naturaleza de trabajador indefinido es la que se acaba declarando en las **SSTS de 19 y 21 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 900 y 903, y **STSJ de Galicia de 30 de abril de 2002**, I.L. J 955, no llegándose a la misma conclusión en la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2002**, I.L. J 950, por cuanto en este caso, a pesar de las irregularidades formales, la empresa sí consigue acreditar la existencia de causa temporal en la contratación.

c) Tratamiento de la extinción contractual

Cabe hacer referencia a un punto de litigio interesante, aunque ya resuelto en numerosos pronunciamientos: es el relativo al cómputo de la antigüedad en la empresa en caso de sucesivos contratos temporales a efectos de calcular la indemnización por despido improcedente, tema este respecto al que la **STSJ de La Rioja de 9 de mayo de 2002**, I.L. J 1358, recuerda que a tal fin:

“debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma y que tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido y que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos”.

Importante es también la matización que esta Sentencia efectúa a la vista de que el primero de los contratos temporales suscritos lo fue a tiempo parcial:

“en el caso de estos trabajadores habrá de estarse no a la total antigüedad, sino al número de días efectivamente trabajados durante toda su relación laboral, y dado que la actora recurrente no ha hecho constar (...) el número de horas de trabajo en que consistía la prestación de servicios (...), sólo a ella ha de perjudicar tal imprecisión y, de ahí, que la antigüedad a computar sea la *(del inicio del segundo contrato temporal)*”.

IV. Modalidades de Contratación

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

A) Contrato a tiempo parcial

En el período analizado, cabe reseñar la interesante STS de 1 de julio de 2002, I.L. J 1462, en la que el Alto Tribunal sienta doctrina general negando la posibilidad de que un administrador societario mancomunado pueda mantener un contrato a jornada parcial al tratarse de una relación de naturaleza mercantil:

“dado que la asimilación de los Administradores Societarios a trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal al solo efecto de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, la aplicación de normas laborales y por tanto del ET, están excluidos para regular la relación del Administrador con la empresa, dado la naturaleza mercantil de la relación, seguida por lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, en su Capítulo V, Sección Tercera, artículos 123 y siguientes, en donde se establece el régimen de nombramiento, prohibiciones, ejercicio del cargo, retribución, etc.; pues bien, si dentro de esta normativa, ninguna referencia se contiene a la jornada del Administrador, por tratarse de una actividad que por su propia naturaleza no está sometida a límites temporales, en principio, salvo que conste que desarrolla otras actividades similares en otra empresa dándose un caso de concurrencia de actividades, lo que en el presente caso no consta que acaezca, la jornada, por la propia naturaleza de la función, es a jornada completa, sin que en modo alguno pueda aplicarse el art. 12 del ET, a efectos de cotizaciones”.

Asimismo, es interesante el supuesto analizado en la STSJ de Galicia 15 de abril de 2002, I.L. J 945, donde se admite la existencia de dos contratos a tiempo parcial con la misma empresa, uno de carácter fijo discontinuo, coincidente con el curso escolar, y otro a tiempo parcial para desarrollar tareas de limpieza también en edificios y locales municipales. Consecuentemente, de ello deriva una protección independiente a efecto de las prestaciones por desempleo.

En fin, interesa reseñar la STSJ de Aragón de 20 de junio de 2002, I.L. J 1443, que considera inaplicable al personal estatutario el régimen del trabajo a tiempo parcial de carácter laboral, remitiendo la regulación de la cuestión al Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en este caso a efectos de calcular la base reguladora de la prestación por maternidad.

B) Contrato fijo discontinuo

De entrada, debe destacarse la STS de 29 de enero de 2002, I.L. J 872, donde se resuelve un recurso de unificación de doctrina en el que se discutía si el INEM podía denegar por sí mismo un subsidio para mayores de 52 años cuando estimase que la contratación del trabajador no se correspondía con las características de eventualidad, sino con la estacionalidad o discontinuidad propia de los trabajadores fijos discontinuos. Este pronunciamiento tiene interés si se conecta con el nuevo procedimiento de oficio introducido por la Ley 45/2002, de 12 de noviembre, en el art. 145 bis LPL, que permite a la entidad gestora de las prestaciones de empleo que constate fraude en la contratación temporal reite-

rada con la misma empresa en los cuatro años, dirigirse de oficio a la autoridad judicial. Pero más allá de lo dispuesto en esta reciente reforma, que lógicamente tiene aplicación tras la entrada en vigor de la ley (Disposición Transitoria Novena), lo cierto es que el pronunciamiento también tiene interés porque existía una interpretación en doctrina de suplicación que había negado que en los casos en que se estimase fraude en la situación legal de desempleo derivada de una utilización fraudulenta de la contratación temporal, la entidad gestora no podía denegar la concesión de la prestación. A este respecto, se argumenta que no podía imponerse al trabajador la exigencia inexcusable de demandar por despido para tener derecho a la prestación por desempleo (vid. STSJ de Baleares de 20 de septiembre de 2001, I.L. J 3036, y su comentario en Crónica IV, núm. 11, 2002).

En el supuesto de autos, la sentencia recurrida entendía que el INEM puede proceder por sí mismo a calificar la relación contractual al margen de la calificación de las partes. En cambio, la sentencia de contraste sostenía que la Entidad Gestora debe atenerse a la calificación de la relación que realicen las partes, no pudiendo negar la prestación, a no ser que se alegue y demuestre connivencia fraudulenta entre trabajador y la empresa. El Tribunal acoge la tesis de la sentencia recurrida, considerando, en síntesis que:

“Aunque no haya connivencia entre empresa y trabajador para adquisición fraudulenta de prestaciones, puede haber errores no deliberados de calificación en el tipo de contrato de trabajo celebrado, equivocaciones que pueden ser incluso frecuentes cuando las modalidades contractuales son próximas, como sucede en los supuestos de contratos de fijos discontinuos y contratos de eventualidad para empresas de actividad estacional o discontinua a los que se refiere la controversia. También para detectar estos errores, y no sólo para hacer frente a maniobras fraudulentas, que no se han acreditado en el caso, se atribuyen las competencias de las entidades gestoras de la Seguridad Social.”

Igualmente, en relación con la prestación por desempleo, la **STSJ de Aragón de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 1149, examina un supuesto en el que el INEM denegaba la prestación por desempleo al entender que la relación laboral entre la trabajadora y la asociación de padres empleadora —que rebasaba en cómputo anual el porcentaje del 77 por ciento contenido en la antigua redacción del artículo 12 TRET— no es un contrato a tiempo parcial. El Tribunal considera que se confunden diversas situaciones:

“sin que el hecho de que su duración en cómputo anual exceda aquel porcentaje legal desvirtúe el carácter cíclico e intermitente del servicio prestado ni, por consiguiente, desnaturalice la naturaleza fija discontinua de la relación laboral”.

Varios pronunciamientos se ocupan de la delimitación con otras figuras contractuales. En primer lugar, la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2002**, I.L. J 952, en el que unas trabajadoras interinas son contratadas con la categoría de cuidadoras en un colegio público, pero con una suspensión al cesar el período de actividad del centro durante el período estival. El Tribunal estima que las trabajadoras han sido contratadas como fijas discontinuas en régimen de interinidad:

IV. Modalidades de Contratación

“el legislador sitúa la esencia de la figura de –fijeza discontinua– en el tipo de actividad y no en su contingencial forma del contrato, por lo que también habrán de ser consideradas ‘trabajadores fijos discontinuos’, los contratados de forma interina para cubrir vacante de ‘ejecución intermitente o cíclica’”.

Como ya advertimos en crónica anterior, este tipo de planteamientos es admisible para los trabajos fijos-periódicos pero más discutible para los fijos-discontinuos –en los que debería rendirse al llamamiento del siguiente–.

En segundo lugar, puede verse la **STSJ de Murcia de 10 de abril de 2002**, I.L. J 848, donde existía una contratación sucesiva de trabajadores para la lucha contra incendios. El Tribunal rechaza la pretensión de los trabajadores de que se les reconociera su condición de trabajadores fijos discontinuos y estima correcta su articulación como contratos de obra o servicio determinado.

También, en tercer lugar, cabe destacar la **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002**, I.L. J 1236, que se ocupa de dilucidar el carácter de la contratación. La sentencia determina que el trabajador tiene un contrato fijo y no fijo discontinuo, considerando irrelevante lo que disponga la empresa:

“indudable es aquí que la actividad de la empresa es permanente, no sujeta a ciclos o períodos, ni a eventos externos determinantes de la periodicidad o intermitencia de los trabajos a efectuar, y sí exclusivamente, a la aleatoriedad del mercado”.

La sentencia tiene su interés por cuanto que la empresa recurre al trabajo fijo-discontinuo para crear un supuesto de trabajo “a llamada”: sólo existiría prestación cuando hubiera efectivamente faena, pero dentro de una actividad a todas luces permanente.

Por su parte, la **STSJ de Baleares de 14 de junio de 2002**, I.L. J 1601, reconoce el carácter fijo-discontinuo de una relación laboral y desestima la excepción de caducidad de la acción de despido formulada por la empresa, al entender que este plazo se inicia desde que el trabajador tiene conocimiento de su falta de llamamiento, “y que ante la falta de comunicación formal alguna por parte de Iberia no puede hacerse una aplicación rigurosa del plazo iniciándolo en la fecha de alguna o de la última de las contrataciones”.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

La **STS de 6 de mayo de 2002**, I.L. J 1089, se ocupa de la controvertida cuestión de las posibilidades de pactos de permanencia en contratos en prácticas. Ello se ejemplifica claramente en el caso enjuiciado; el Tribunal toma postura a favor de la nulidad de este pacto, argumentando que aunque la cláusula pactada en el contrato cumplía los requisitos formales exigidos para este tipo de pactos, no existía la necesaria proporcionalidad y equilibrio de intereses entre las cargas y obligaciones de las diversas partes. En este sentido, se señala por una parte, que la especialización suministrada no tuvo entidad bastante, sino que era incardinable en la formación ordinaria debida a todo trabajador en

este tipo de contratos. Y por otra parte, que no existía equilibrio de derechos y deberes de cada contratante, pues el banco empleador únicamente contraía el compromiso de que la relación laboral duraba seis meses, en tanto que el trabajador se vinculaba a la empresa durante dos años.

Desde otra perspectiva, la **STSJ de Baleares de 6 de junio de 2002**, I.L. J 1598, fija los efectos de un contrato de trabajo formalizado como un contrato de formación cuando la trabajadora ya había comenzado a prestar servicios quince días antes y sin recibir ningún tipo de formación, declarando su carácter fraudulento y la relación laboral debe entenderse concertada por tiempo indefinido y a jornada completa.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En primer lugar, la **STS de 23 de abril de 2002**, I.L. J 997, resuelve afirmativamente el problema de si la jurisdicción del orden social es o no competente para resolver como cuestión prejudicial el tema de si la amortización de un puesto de trabajo estuvo o no bien hecha por un órgano administrativo, cuando se plantea como antecedente necesario para resolver sobre la acción de despido. En el mismo sentido y partiendo de la competencia del orden social para conocer de la legalidad de un proceso de amortización como cuestión prejudicial para valorar el cese del trabajador interino por esta causa, la **STSJ de La Rioja de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1360, entra a discernir ya en concreto, el cumplimiento de los requisitos de la amortización.

“al ser una cuestión prejudicial y por ello no constitutivo de efectos de cosa juzgada material, tal conocimiento no es pleno sino limitado única y exclusivamente a determinar la aparente licitud del acto administrativo que decide la amortización de plaza, causa eficiente del cese combatido, y tal conocimiento, (...) se limita a: 1) a determinar la existencia de norma que autoriza a la Entidad Gestora del servicio de Salud correspondiente a llevar a cabo la amortización. 2) a comprobar si el Acuerdo de amortización ha incluido o no la plaza ocupada por la actora. 3) a valorar si dicho Acuerdo ha sido adoptado por el órgano competente y con los requisitos formales que la Sala considere necesarios”.

En segundo lugar, la **STS de 12 de junio de 2002**, I.L. J 1493, declara la incompetencia del orden social para conocer de una pretensión de que se declare que la relación de trabajo con la Administración es laboral de carácter interino. El Tribunal estima que al centrarse la cuestión de fondo en decidir sobre la validez de la relación funcional la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1237, examina el carácter administrativo o laboral de una relación de asesoramiento de un servicio organizado por un Ayuntamiento, considerando correcta su suscripción formal al amparo de la Ley de Contratos del Estado, al tratarse de una relación administrativa.

IV. Modalidades de Contratación

Finalmente, en el ámbito del empleo público, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de junio de 2002, I.L. J 1452, se ocupa de una reclamación formulada por trabajadores temporales para consolidar sus plazas con base en un acuerdo para la consolidación del empleo temporal suscrito entre la Administración y los sindicatos. El Tribunal desestima la pretensión al no existir un derecho de consolidación de todas las plazas, sino tan sólo de un porcentaje y al no encontrarse las plazas de los actores entre las determinadas por un organismo.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

La STSJ de Madrid de 22 de abril de 2002, I.L. J 1066, niega la competencia del orden social para conocer del mejor derecho para suscribir un contrato a partir de una bolsa de trabajo y de la indemnización de daños y perjuicios por la cantidad dejada de percibir. En síntesis, tras detallar la evolución jurisprudencial en la materia, esta exclusión competencial se funda en el hecho de que la actuación administrativa es previa a la relación laboral, que no existen derechos adquiridos, sino expectativas de derecho y, finalmente que en los supuestos de contratación externa o de nuevo ingreso, la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo y, en cambio, en los de promoción externa, corresponde al orden laboral.

También la STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2002, I.L. J 1574, niega la competencia del orden social para conocer de la impugnación de una convocatoria de pruebas para cobertura de plaza vacante en la Administración. El Tribunal no acepta la tesis del actor de que dado que lo que se discutía era la cobertura de una plaza laboral vía promoción interna la competencia correspondía a la jurisdicción laboral y estima que la “cuestión litigiosa no se inscribe en el concreto ámbito de la preexistente relación laboral entre las partes sino que atañe (...) a la convocatoria para cobertura de la plaza vacante”.

b) Irregularidades en la contratación laboral

En este terreno, tiene particular importancia la STS de 27 de mayo de 2002, Sala General, I.L. J 1357, que examina la extinción de un contrato laboral temporal indefinido (empleando la terminología de la propia sentencia), esto es, un contrato indefinido no fijo como consecuencia de irregularidades en la contratación en el ámbito de la Administración pública. Más concretamente, la sentencia se centra en el modo de articular el cese de este contrato por cobertura de la plaza al ser adjudicado a otro tras el correspondiente concurso. La sentencia recurrida había entendido que en estos supuestos la Administración ha de seguir el expediente de regulación de empleo si la afección es colectiva o la extinción por causas objetivas, si no se alcanza tal condición. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que la causa de cese es subsumible en el artículo 49.1.b) ET. En este sentido, se hace hincapié en que la doctrina del Tribunal Supremo para este tipo de supuestos de fraude en la contratación temporal al establecer el carácter indefinido, pero no fijo de plantilla, trata de salvar los principios constitucionales de acceso a la fije-

za en la Administración pública, introduciendo justamente una cláusula de indefinición temporal sometida a la cobertura de la plaza [a este respecto, *vid.*, asimismo, **STS de 22 de abril de 2002**, u.d., I.L. 990, *supra*, 3.1.A)].

Discrepante con esta solución aparece el voto particular formulado por A. Martín Valverde, y al que se adhieren G. Moliner Tamborero y B. Ríos Salmerón, quienes entienden más ajustada la extinción por causas objetivas en estos supuestos. Concretamente, esta solución se fundamenta en tres tipos de argumentos. En primer término, la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada por otro no es una causa consignada válidamente en el contrato –lo que constituye una interpretación forzada a juicio de estos tres magistrados–, sino en la ley. En segundo término, la aplicación del artículo 52.c) en el ámbito del sector público no constituye una solución forzada, sino que resulta incluíble en las “razones organizativas o de ordenación eficaz del personal”. En tercer término, no es coherente privar a los trabajadores de cualquier tipo de indemnización por fin de contrato, equiparándolos a los interinos y en peor situación que los trabajadores que cesan por fin de obra o de servicio, que al menos disponen de la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET.

Aunque se puede englobar en la misma temática, tiene menor interés la **STSJ de Baleares de 12 de junio de 2002**, I.L. J 1600, en la que se declara únicamente que es procedente el cese de una relación laboral indefinida sin fijeza de plantilla por cobertura reglamentaria de la plaza, sin que el tribunal haga cuestión de la causa de extinción aplicable en estos supuestos.

JOSÉ MARÍA 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) Definición y composición de la estructura salarial.

a) Plan de opción de compra de acciones. Cese en la empresa por despido improcedente.

No es posible el ejercicio anticipado del derecho, si bien el derecho no se extingue por el despido. Unificación de doctrina. b) Complemento de disponibilidad. Unificación de doctrina.

c) Complemento salarial de jornada partida. Compatibilidad con otro complemento salarial que viene percibiendo el trabajador. Unificación de doctrina. d) Plus de penosidad.

Se reconoce a los Educadores de disminuidos. Unificación de doctrina. e) Plus de distancia.

f) Complemento de residencia. g) Supresión del economato laboral de la empresa. Derecho

a percibir el plus asistencial también los mandos intermedios. h) Supresión de forma unilateral del servicio de comedor. Condición más beneficiosa. i) Inexistencia de recibos de salarios.

Constituye una infracción administrativa, pero no invalida el pago realmente efectuado. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Doble escala de retribución de la antigüedad. Resulta contrario al principio de igualdad. b) El establecimiento en convenio colectivo de diferentes niveles de retribución dentro de la misma categoría profesional con acceso progresivo a éstos por el paso del tiempo, pese a la posible identidad de funciones, no es contrario al principio de igualdad. C) Fondo de Garantía Salarial. a) *Dies a quo* e 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 el FOGASA: conciliación previa a la demanda. c) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial e indemnizaciones derivadas de la extinción contractual por circunstancias objetivas: interpretación y aplicación del derogado art. 33.2 ET que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley. d) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo fraudulento: periodos sucesivos de noventa días. e) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo y número de trabajadores de la empresa: referencia a la fecha del despido y no al promedio anual anterior. **2. Jornada de trabajo.** A) Horas extraordinarias. a) Jornadas de descanso compensatorias. Se pierden si durante las mismas sobreviene una situación de incapacidad temporal. b) Televisión española: incompatibilidad entre

la retribución de horas extraordinarias y la percepción del complemento de disponibilidad.

c) Valor de la hora extraordinaria: resulta posible la negociación colectiva por debajo del importe señalado para la hora ordinaria. B) Lugar de comienzo y finalización de la jornada laboral. C) Turnos. a) Derecho preferente de elección a trabajador que cursa estudios para la obtención de un título académico o profesional. b) No son unos rotativos obligatorios para la Administración de la CA de Andalucía. D) Vacaciones, inexistencia de obligación de negociar el período vacacional. **3. Clasificación profesional.** A) Personal no sanitario al servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: funciones de cocinero. B) Provisión de puesto vacantes. C) Proceso de clasificación profesional: materia e irrecurribilidad de la sentencia. **4. Movilidad funcional.** A) Funciones básicas y esenciales de la categoría superior. B) Movilidad funcional del trabajador y titulación. **5. Movilidad geográfica.** A) Traslado del trabajador. Tutela de los derechos fundamentales. Discriminación. Rechazo oferta de prejubilación. B) Traslado de centro de trabajo que no implica cambio de residencia. Proceso ordinario, proceso especial. C) Movilidad geográfica. Telefónica. Indemnizaciones por traslado. Convenio colectivo aplicable. **6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Rescisión contractual indemnizada. Posibilidad de su ejercicio después de haber impugnado sin éxito la modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo. B) Ejecución de sentencia. Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Nulidad. Plazo para instarla. Inadmisión del recurso. C) Rescisión contractual indemnizada. Modificación sustancial de condiciones de trabajo e incumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada. Inexistencia. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: Denegación de prestación por desempleo. B) Reingreso de excedencia voluntaria: Incumplimiento de requisito impuesto al trabajador por Convenio Colectivo. C) Excedencia voluntaria: Reingreso. Distinción entre despido y negativa al reingreso. D) Personal interino: No cabe la situación de excedencia. **8. 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 5 a 8 de 2002 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 814 a J 1618).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

- a) **Plan de opción de compra de acciones. Cese en la empresa por despido improcedente. No es posible el ejercicio anticipado del derecho, si bien el derecho no se extingue por el despido. Unificación de doctrina**

La cuestión planteada consiste en determinar si un trabajador que suscribió un plan de opción de compra de acciones tiene derecho al ejercicio de las mismas a pesar de haber cesado en la empresa antes de la fecha prevista para tal ejercicio cuando la extinción de la relación de trabajo ha tenido por causa un despido declarado improcedente. La STS de 11 de abril de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 973, mantiene el criterio adoptado en fallos precedentes (SSTS de 24 octubre de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 2347 y 2349) estableciendo que el período de carencia pactado no constituye una condición en el sentido del artículo 1119 del Código Civil, sino un requisito para causar o poder ejecutar la opción. De ahí que si bien el artículo 1256 CC impide que ese derecho se extinga por el despido, no es posible un ejercicio anticipado del mismo.

b) Complemento de disponibilidad. Unificación de doctrina

El exceso de jornada cuando la misma está pactada en Convenio Colectivo y retribuida por el complemento de disponibilidad, siempre que no se rebase las 40 horas semanales en total, impide su reclamación en concepto de horas extras. En otro caso, existiría una doble percepción de las 5 horas semanales que, tanto si se realizan realmente como si no, vienen cobrando los trabajadores sujetos a esta modalidad: una por la vía del mayor porcentaje de la base salarial para esta modalidad, y otra por la del recargo correspondiente a las horas extraordinarias (SSTS de 19 de abril y 18 de junio de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 986 y 1393; criterio ya establecido en la STS de 26 de septiembre de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 2177).

c) Complemento salarial de jornada partida. Compatibilidad con otro complemento salarial que viene percibiendo el trabajador. Unificación de doctrina

Se plantea cuestión relativa a la compatibilidad o no entre dos complementos salariales: el de jornada partida y la compensación por modificación de condiciones económicas de trabajo. La lectura del Convenio colectivo de empresa aplicable es clara en cuanto establece la incompatibilidad de los dos conceptos salariales. Sin embargo, el examen de la naturaleza de la compensación por modificación de condiciones económicas de trabajo sugiere una solución bien distinta. La concesión de la misma obedeció a la clausura del centro de trabajo en el que prestaba sus servicios el trabajador. Se le reconoció entonces un complemento salarial denominado “compensación inamovible”. Denominación que evidencia la intención de crear un complemento no absorbible. De ahí que, la modificación unilateral de su denominación por parte del empresario y en tiempo posterior no

es obstáculo suficiente para declarar su incompatibilidad con otro de nueva creación (STS de 26 de marzo de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 911).

d) Plus de penosidad. Se reconoce a los Educadores de disminuidos. Unificación de doctrina

Se resuelve en sentido positivo cuestión controvertida referida a la concesión del plus de penosidad a la categoría de educador de disminuido. Entonces, resulta aplicable al educador de disminuido lo dispuesto en el artículo 50 del V Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía (STS de 23 de abril de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 993).

e) Plus de distancia

La función del plus de distancia es compensar los gastos de desplazamiento desde el domicilio al centro de trabajo, cuando éste resulta obligado para llevar a cabo la prestación laboral. Entonces su devengo únicamente se produce cuando al iniciarse la relación laboral tal desplazamiento se hace necesario, pero en forma alguna, ante cambios de domicilio o residencia posteriores, decididos por el trabajador. No se genera el derecho al percibo de este plus cuando se ha producido un traslado pactado del centro de trabajo a otra localidad y se han abonado a los trabajadores afectados un grupo de compensaciones por el cambio de residencia y consiguiente vivienda, pese al percibo de las mismas y mantenimiento de la residencia habitual (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 18 de junio de 2002, I.L. J 1451).

f) Complemento de residencia

Ser beneficiario de un contrato subvencionado por el INEM no es motivo suficiente para excluir al trabajador del percibo del complemento de residencia, cuando se dan los presupuestos previstos en la norma para el cobro de este plus. Conviene diferenciar la relación jurídico-pública entablada entre el Ministerio empleador y el INEM de la relación privada que corresponde al empleador con la trabajadora. La primera relación se limita a determinar la cuantía máxima de la subvención a percibir por la entidad colaboradora. No teniendo eficacia alguna el tope salarial impuesto al trabajador cuando resulta contrario a normas de derecho laboral de contenido mínimo necesario (STSJ de Andalucía, Málaga, de 8 de marzo de 2002, I.L. J 1527).

g) Supresión del economato laboral de la empresa. Derecho a percibir el plus asistencial también los mandos intermedios

Se declara el derecho de los mandos intermedios a percibir el plus asistencial que se estableció con motivo de la supresión del economato laboral de la empresa. No cabe exclusión alguna, puesto que una y otra de tales medidas aparecen pactadas para todos los tra-

V. Dinámica de la Relación Laboral

bajadores de la plantilla, incluidos también los Mandos Intermedios (STS de 8 de mayo de 2002, I.L. J 1095).

h) Supresión de forma unilateral del servicio de comedor. Condición más beneficiosa

El compromiso de la empresa a prestar a los trabajadores un servicio de comedor, cuando la empresa procedía al traslado del centro de trabajo, se constituye en condición más beneficiosa y se incorpora al contrato de los empleados. De ahí que la supresión posterior de tal servicio de forma unilateral por el empresario no sea una conducta aceptable en derecho (STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2002, I.L. J 825).

i) Inexistencia de recibos de salarios. Constituye una infracción administrativa, pero no invalida el pago realmente efectuado

Una vez realizado el pago de salarios debidos por el empresario al trabajador mediante cheque sin especificar el concepto del mismo, corresponde al trabajador probar si hay deuda distinta a la del salario. Ello es así porque el recibo oficial de salarios del artículo 29 LET es el medio normal pero no el único de probar su abono, que puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho. Entonces, la inexistencia de recibos de salarios constituirá, en todo caso, una infracción administrativa pero no invalidará el pago realmente efectuado (STSJ de Asturias de 31 de mayo de 2002, I.L. J 1160).

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Doble escala de retribución de la antigüedad. Resulta contrario al principio de igualdad

El artículo 27 del Convenio colectivo para las empresas de transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona de 2000 establece, en su párrafo primero, que a los trabajadores que antes del 31 de mayo de 1995 cobraban antigüedad, se les mantiene el mismo método que hasta la fecha, que consiste, como máximo, en dos bienios del 5 por ciento y 5 quinquenios del 10 por ciento, en ambos casos calculados sobre los salarios base respectivos con el límite máximo del 60 por ciento. Su párrafo segundo prevé que el personal que haya pasado a fijo o ingresado a partir del 1 de junio de 1995 se regirá por la escala de vinculación, que sustituye el concepto y método de antigüedad, con el límite de cuantía fija que se fija al cabo de 3 años, 3.130 pesetas; a los 5 años, 6.260 pesetas; al cabo de 10 años, 9.391 pesetas; y a los 15 años 12.521 pesetas.

La STS de 17 de junio de 2002, I.L. J 1306, declara que la doble escala de retribución de la antigüedad vulnera el principio de igualdad y, por tanto, es nula, argumentando que: "(...) establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad". La justifica-

ción alegada por la empresa consistente en la creación de empleo fijo se declaró inválida, pues sólo se dio cumplimiento en los primeros años y no en el momento de la impugnación. En igual sentido se pronuncia la **STS de 25 de julio de 2002**, I.L. J 1511, en relación con cláusula idéntica contenida en el Convenio colectivo de transportes de viajeros por carretera de la provincia de Tarragona para los años 2000-2001.

b) El establecimiento en convenio colectivo de diferentes niveles de retribución dentro de la misma categoría profesional con acceso progresivo a éstos por el paso del tiempo, pese a la posible identidad de funciones, no es contrario al principio de igualdad

Se plantea cuestión relativa a si la regulación prevista en el III Convenio colectivo de la empresa Volkswagen de Navarra vulnera el principio de igualdad en materia retributiva. Queda acreditada la diferencia salarial prevista en este Convenio, en concreto en la percepción del salario base y diversos complementos, entre los trabajadores especialistas de nuevo ingreso y otros especialistas cuya relación laboral se encontraba preconstituida [especialistas letra a)] en el momento de la entrada en vigor del pacto colectivo, al imponer a aquéllos como requisito para que pudieran tener derecho a las retribuciones que perciben los restantes integrantes de su categoría profesional, el transcurso de sucesivos plazos fijados en el convenio. Los trabajadores especialistas de nuevo ingreso y los especialistas letra a) realizan un mismo trabajo, pese a ello, perciben los primeros un salario inferior a los segundos (el ochenta y cinco por ciento en todos los conceptos salariales fijos y variables). La **STC de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 859, declara la validez de tal ordenación de la categoría profesional al encontrar un dato o fundamento objetivo legitimador de la diferencia retributiva:

“Pues bien, la conclusión no puede ser otra que la inexistencia de la vulneración que se denuncia, atendiendo a la ordenación que dicho convenio colectivo efectúa del sistema de clasificación profesional y de la estructura retributiva que rige en la empresa. En efecto, esa ordenación se caracteriza en general, en todas sus categorías profesionales, por el establecimiento de diferentes niveles retributivos en el interior de cada categoría, pese a la posible identidad de funciones, a los que se accede progresivamente por el mero transcurso del tiempo. De esa manera, la ordenación jurídica de la categoría de especialistas en el convenio (con sucesivos niveles retributivos), así como la constitución de un nivel de ingreso en su tercera categoría, a diferencia de lo que ocurre en las demás, manifiestan un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios que se inspira en la promoción profesional y económica del conjunto de los trabajadores de la empresa, no sólo de los especialistas, existiendo niveles salariales de ingreso en todos los casos [en general, la letra a) de cada categoría]. No cabe aceptar, por tanto, que la consideración de la fecha de ingreso en los especialistas como factor relevante para la determinación de efectos retributivos tenga en el convenio una finalidad selectiva o de discriminación de los trabajadores incluidos en esa categoría y nivel en el momento de la contratación. Tal conclusión negativa se desprende tanto del sistema de progresión temporal que preside los sucesivos niveles salariales de la categoría de especialistas, como del sistema igualmente

V. Dinámica de la Relación Laboral

progresivo y temporal que rige el resto de la clasificación profesional regulada en el convenio colectivo, que se inspira en reglas automáticas de promoción. La retribución en función del tiempo de permanencia en la empresa, en definitiva, representa el principio que informa todas las categorías profesionales.

Consecuentemente, no puede admitirse como fundamento de la queja formulada en amparo la existencia de un voluntarismo selectivo en el convenio o la de una discriminación retributiva de los especialistas de ingreso frente a otros trabajadores en atención al momento de la contratación laboral. Por el contrario, esa misma lógica se manifiesta en el primer nivel o letra a) de las restantes categorías y se reproduce luego en cada una de ellas a la hora de acceder a los sucesivos niveles [b), c) y d)].”

C) Fondo de Garantía Salarial

a) **Dies a quo e interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo**

En STS de 19 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1395, se reitera el criterio contenido en SSTs de 3 de julio y de 21 noviembre de 2001, I.L. J 1682 y 2556, respectivamente, en las que se distinguen los supuestos en que el FOGASA es responsable subsidiario, en cuyo caso el plazo de prescripción arranca desde la firmeza del correspondiente auto de insolvencia, de los supuestos en que el FOGASA es responsable directo, según lo previsto en el art. 33.8 ET, porque en este último supuesto el hecho causante no es la insolvencia del empresario sino el reconocimiento por resolución administrativa o sentencia judicial de la obligación de pago de dicha indemnización legal.

Dice el TS que la responsabilidad del FOGASA establecida en el art. 33.8 ET no guarda relación alguna con la responsabilidad subsidiaria que le atribuye el art. 33.1 y 2 ET, al no tener una finalidad garantizadora sino responder a la voluntad legislativa de favorecer a los pequeños empresarios, aminorando los costes que han de asumir por los despidos. La responsabilidad directa es: a) pura, al no estar sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse, sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario; b) directa e inmediata, al imponer el deber del pago de la indemnización con eficacia desde el primer momento, y c) limitada, por fijar su alcance en el 40 por ciento de la tasa indemnizatoria legal, y no superior a la que, en su caso, pudiera pactarse.

Como consecuencia de todo ello, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA cuando es responsable directo se identifica con la fecha en que adquiere firmeza la sentencia de condena y no con la fecha en que adquiere firmeza el auto que declara la insolvencia provisional de la empresa demandada. Además, en tanto que los plazos de prescripción juegan de forma independiente en uno y otro supuesto, no constituye causa interruptiva de dicho plazo prescriptivo la iniciación de la ejecución frente a la empresa demandada.

b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda

En el supuesto que resuelve la **STS de 22 abril 2002**, u.d., I.L. J 991, se cuestiona si el intento de conciliación ante el correspondiente órgano administrativo, que interrumpe el plazo de prescripción para reclamar contra la empresa, interrumpe o no la prescripción frente al FOGASA. La sentencia del TSJ, recurrida, opta por absolver al FOGASA de eventuales responsabilidades futuras sobre la deuda salarial correspondiente a determinadas mensualidades, en base al art. 1975 del Código Civil, en donde se señala que la interrupción de la prescripción por reclamaciones extrajudiciales o reconocimiento de deuda no afectan al fiador.

En la STS comentada, se indica que, si bien la Sala ha señalado reiteradamente que la posición jurídica del FOGASA es la más parecida a la de un fiador con responsabilidad subsidiaria, esta proximidad conceptual no permite equiparar totalmente al Fondo con quien asume contractualmente el pago de una obligación en defecto del deudor principal, y que el FOGASA no puede ser identificado con el fiador definido en el art. 1822 del Código Civil, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador, sea similar a la del fiador en el mismo caso.

Señala también el TS que si bien la Sala ha señalado que: “no cabe que actos interruptivos de la prescripción frente al deudor principal y directo empresarial produzcan idéntico efecto interruptivo frente a la obligación autónoma y sustitutoria en el pago asumida legalmente por el Fondo de Garantía Salarial”, esta solución jurisprudencial, que tiende a impedir la efectividad de posibles maniobras fraudulentas en perjuicio del FOGASA, está siempre referida a reconocimientos privados de deuda, y no a la interrupción de la prescripción de la deuda empresarial, en virtud de la conciliación previa a la demanda que inicia el juicio en el que se condena al empresario al pago de la deuda salarial, ni a la que impide se declare la caducidad en las causas por despido.

Concluye el TS señalando que debe tenerse en cuenta también que tal acto es presupuesto del proceso, y que acaba integrándose en él, de modo que no sólo interrumpe la prescripción respecto del empresario deudor, sino también frente al FOGASA, máxime teniendo en cuenta que aceptar la solución contraria acabaría conduciendo al absurdo de eximirlo de responsabilidad en todas las causas de despido en las que la demanda se hubiera interpuesto después de la conciliación y cuando ya habían transcurrido veinte días desde la fecha del despido.

Con posterioridad, sobre el mismo tema y con cita de la anterior, la **STS de 25 junio 2002**, u.d., I.L. J 1413, “la referida actividad preprocesal actúa la suspensión de la prescripción para con todos los deudores, porque el intento de avenencia queda integrado en el procedimiento, por su naturaleza de requisito imprescindible para la viabilidad procesal de la acción”.

c) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial e indemnizaciones derivadas de la extinción contractual por circunstancias objetivas: interpretación y aplicación del derogado art. 33.2 ET que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley

De nuevo sobre el ya modificado art. 33.2 ET, que limitaba las indemnizaciones a abonar por el FOGASA —en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de trabajadores— a los despidos o extinciones contractuales producidas en aplicación de los artículos 50 y 51 ET, se pronuncia en este caso el TC, en STC de 6 de mayo de 2002, I.L. J 857.

La jurisprudencia del TS, en unificación de doctrina, en las SSTs de 26 de enero de 1998 (recurso 2673/1997) y 16 de febrero de 1998 (recurso 2913/1997), luego reiterada por STS de 4 de enero de 1999, I.L. J 13, entre otras, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión y declaró que el art. 33.2 ET era también de aplicación a los despidos regulados en el art. 52.c) ET, toda vez que resultaba imposible considerarlos separadamente del art. 51 ET, del que constituía una variedad, dentro del género, caracterizado por afectar a un menor número de trabajadores.

Finalmente, esta interpretación fue asumida por el legislador en la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, que, al modificar la redacción del art. 33.2 ET, comprendió entre las causas de despido o extinción de los contratos, no solamente los contemplados en los artículos 50 y 51 ET, sino también los incluidos en el art. 52.c) ET.

En la STC comentada se cuestiona si lesionó el derecho a la igualdad ante la ley la sentencia que negó el derecho de los demandantes a percibir del FOGASA, en su calidad de responsable subsidiario, las indemnizaciones derivadas de la extinción de sus contratos al amparo del art. 52.c) ET, mientras que a otros trabajadores, despedidos por idénticas causas a las suyas, pero en número mayor que permite la aplicación del art. 51 ET sí se les reconoce.

Señala, al respecto, el TC, otorgando el amparo solicitado, que dada la laguna legal de la que adolecía el art. 33.2 ET, como consecuencia de su falta de adaptación a las sucesivas reformas legislativas en la materia, la opción a favor de una interpretación literal, tal como la efectuada por la sentencia impugnada, no resultó acorde con el sometimiento de los órganos judiciales a la Constitución y con su deber de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios en ella contenidos. Señala también el TC que el TSJ realizó una interpretación del art. 33.2 ET excesivamente apegada a la literalidad del precepto, a pesar de que la norma era susceptible de una interpretación distinta, que podía fácilmente eliminar las desigualdades injustificadas a las que aquélla conducía, optando, de este modo, por la que resultaba menos respetuosa con el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, y realizando, consecuentemente, una aplicación de la norma estatutaria que el art. 14 CE no consiente.

d) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo fraudulento: períodos sucesivos de noventa días

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

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

En STS de 24 abril 2002, u.d., I.L. J 1003, se aplica la misma doctrina jurisprudencial para los supuestos a que se refiere el art. 51.1, último párrafo, ET. Señala el TS que cuando sucede lo previsto en el art. 51.1, párrafo último, ET, que dispone que cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el mismo precepto, la empresa realice extinción de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) ET, en número inferior a los umbrales señalados y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto, la conclusión a que se llega es la misma a que llegó el FOGASA, no procediendo lo reclamado por el actor.

Señala también el TS que, aun en el caso de que la decisión extintiva del empresario no haya sido impugnada por los trabajadores afectados, ello no supone, en lo que respecta a la obligación que impone el art. 33.8 ET, que el FOGASA quede ya inexorablemente obligado a su cumplimiento. Al contrario, si este organismo llega a la convicción de que tal cese no reúne los caracteres y connotaciones que definen al despido objetivo ni al despido colectivo, conforme lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) ET, el propio mandato del art. 33.8 ET le obliga a denegar el pago del 40 por ciento de la indemnización a que el mismo se refiere.

e) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo y número de trabajadores de la empresa: referencia a la fecha del despido y no al promedio anual anterior

Para determinar si debe o no responder el FOGASA en los términos a que se refiere el art. 33.8 ET se debe tener en cuenta el número de trabajadores que ocupa la empresa en la fecha del despido, y no el promedio de trabajadores empleados a lo largo de la anualidad precedente al despido.

Así lo señala la STSJ de Asturias de 21 junio 2002, I.L. J 1592.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horas extraordinarias

a) Jornadas de descanso compensatorias: Se pierden si durante las mismas sobreviene una situación de Incapacidad Temporal

La STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002, I.L. J 1044, analiza la cuestión planteada por una trabajadora que pierde 4 días de descanso compensatorios del exceso de jornada realizado, al sobrevenir con anterioridad al disfrute de los mismos un proceso de Incapacidad Temporal. Es por ello, que interesa el reconocimiento del derecho a su disfrute en otro período diferente dentro del año en curso. La desestimación de la demanda de la trabajadora se fundamenta en dos argumentos: el primero, específico, deviene del análisis de la norma colectiva aplicable al supuesto (Convenio Colectivo de la Diputación Foral de Bizkaia y sus organismos autónomos); el segundo, más genérico, por aplicación analógica de la respuesta que para idénticos casos viene dándose jurisprudencialmente, cuando el período de descanso no disfrutado es el de vacaciones.

En este sentido, recordar que, es criterio jurisprudencial ya consolidado, que en ausencia de mejora establecida en Convenio Colectivo, una vez fijado el período vacacional, la posterior coincidencia de aquel período con una situación de IT por accidente o enfermedad con el tiempo de vacaciones anuales preestablecido, no atribuye al trabajador derecho a nuevo señalamiento de período vacacional. En este sentido, se manifiestan las SSTS de 27 de junio de 1996, RJ 5388, y de 30 de noviembre de 1995, RJ 8771. Con anterioridad y en idéntico sentido se había pronunciado ya la STSJ de Cantabria de 10 de febrero de 1994, AS 527.

b) Televisión Española: Incompatibilidad entre la retribución de horas extraordinarias y la percepción del complemento de disponibilidad

Se plantea por varios trabajadores de TVE reclamación en concepto de horas extraordinarias, al haber prestado en una media de 20 horas extraordinarias mensuales. Resulta necesario señalar que los reclamantes eran preceptores de un plus de disponibilidad regulado tanto en norma colectiva aplicable, como en virtud de Acuerdo de empresa que desarrolla aquélla.

Varias son las Sentencias del TS que han desestimado esta pretensión. Entre ellas, se encuentran las SSTS de 18 de junio y 19 de abril de 2002, I.L. J 1393 y 986.

Las sentencias referidas, explican que la norma colectiva aplicable a Televisión Española, regula la existencia de un complemento de disponibilidad aplicable al trabajador adscrito a un puesto de trabajo que, realizando la cuantía normal de horas semanales de actividad, requiera disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horario.

Citada norma, se completaba con un acuerdo entre la dirección y la representación sindical de la empresa, en virtud de la cual se distinguían dos tipos de complementos de

disponibilidad: el denominado clase A), cuyo importe asciende a un 22 por ciento de la base salarial que corresponderá a los que realicen una jornada semanal de 35 horas en cómputo de cinco días, y el denominado clase B), cuyo importe es del 30 por ciento de la base salarial, que se aplicará a los que presten servicios durante 6 días, incluyendo festivos, con una jornada de 35 horas semanales, ampliables hasta 5 horas semanales más.

Conforme el tenor de estas normas, la realización de un exceso de jornada de hasta cinco horas semanales en cómputo mensual, ya queda retribuida con la percepción de un plus de disponibilidad un 8 por ciento más alto que aquellos trabajadores que no realizan este exceso de jornada y perciben el denominado plus de disponibilidad clase A).

En definitiva, la estimación de la demanda no procede, pues supondría el abono duplicado del exceso de jornada reclamado.

c) Valor de la hora extraordinaria: Resulta posible la negociación colectiva por debajo del importe señalado para la hora ordinaria

¿Puede un convenio colectivo pactar el valor de la hora extraordinaria por debajo del importe señalado para la hora ordinaria, pese a la dicción literal del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores?

Como es conocido, citada norma contiene un mandato imperativo o norma mínima, conforme al cual el valor de la hora extraordinaria “en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria”.

Una interpretación literal del precepto obligaría a dar una respuesta negativa a la cuestión planteada, pues se trataría de una norma indisponible para la negociación colectiva, en la que jugaría el principio de irrenunciabilidad de derechos contenido en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.

No es ésta, sin embargo, la solución que adopta la **STSJ de Baleares de 16 de abril de 2002**, I.L. J 933. Defiende esta Resolución una interpretación no rigorista del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, a favor del derecho a la negociación colectiva recogido en el art. 37.1 del texto constitucional.

Se sostiene así, la validez de estos pactos que fijan el valor de las horas extraordinarias por debajo del estipulado para las horas ordinarias, ya que las partes pueden fijar los incrementos salariales en la forma que estimen más oportuna dentro de la negociación colectiva.

Esta tesis exige, en cualquier caso, que el salario fijado globalmente en la norma colectiva supere el mínimo fijado legalmente por la norma estatal.

En idéntico sentido se habían pronunciado con anterioridad, entre otras, las SSTS de 30 de noviembre de 1994, RJ 10337 y de 27 de febrero de 1995, RJ 1262.

V. Dinámica de la Relación Laboral

B) Lugar de comienzo y finalización de la jornada laboral

El art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

¿Qué ocurre en aquellos supuestos en que la empresa tras años de práctica distinta exige unilateralmente el cumplimiento del precepto antes citado?

Es la cuestión que analiza la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de junio de 2002**, I.L. J 1603, la cual declara nula la decisión de una empresa, dedicada a análisis de terrenos y materiales, de imponer el inicio y fin de la jornada en el concreto puesto de trabajo que se desarrolla y no en el centro de trabajo como hasta entonces se venía realizando.

Aunque la Sentencia no lo indica, parece que estima, esta decisión, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, adoptada sin seguir el cauce establecido en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, lo que fundamentaría, en definitiva, la nulidad de la decisión adoptada.

C) Turnos

a) Derecho preferente de elección a trabajador que cursa estudios para la obtención de un título académico o profesional

El art. 23 del Estatuto de los Trabajadores recoge el derecho preferente del trabajador que preste servicios en una empresa que tenga establecido sistema de trabajo a turnos, a la elección de éste cuando tenga como finalidad la obtención de un título académico o profesional.

Si concurren ambos requisitos (sistema de turnos y curso de estudios para la obtención de título), la empresa tiene obligación de asignar al trabajador al turno elegido por éste que le permite compatibilizar el desarrollo de su actividad laboral y los estudios académicos.

Jurisprudencialmente, no obstante, se vienen admitiendo límites objetivos, cuales pueden ser los derivados de otro derecho de rango superior o equivalente, como pudiera ser el derecho de los restantes trabajadores a no turnar de noche dos semanas seguidas. En este sentido STSJ de Galicia de 26 de julio de 1993, AS 3422.

Ninguno de estos límites concurre en el asunto que estudia la **STSJ de Aragón de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 1148, en la cual se concede a un trabajador el turno de trabajo de tardes a fin de que pueda cursar sus estudios de Diplomatura de Enfermería.

Se exime al trabajador de realizar turnos de mañana y nocturnos, ya que son 17 los trabajadores que se encuentran en el cuadrante del actor, y si bien su eliminación del turno

de noche provocará una mayor frecuencia en la realización de este turno a los restantes, ello no vulnera ninguna norma referida a descansos reglamentarios, suponiendo, por ello, una mera incomodidad del resto de la plantilla que cede ante el derecho consagrado en el art. 23 del Estatuto de los Trabajadores.

b) No son unos rotativos obligatorios para la Administración de la CA de Andalucía

El personal adscrito al V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, no tiene derecho a exigir la implantación de rotación en los turnos establecidos.

Éste es el contenido del fallo de la STS de 28 de junio de 2002, I.L. J 1424.

El tribunal interpreta el art. 24 del citado Convenio y concluye que la obligatoriedad de rotar en el sistema de turnos alcanza al personal afectado, caso de que la Administración así lo estableciera; al contrario, el personal no puede exigir la rotación en los turnos a la Administración, si ésta no lo ha decidido así previamente.

Además del propio tenor literal del Convenio, alude el tribunal a lo dispuesto en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores, conforme el cual, deberá tenerse en cuenta la rotación en los turnos en empresas con procesos productivos continuos. Circunstancia esta que no concurre en el supuesto que estudia, en el que tan sólo existen turnos de mañana y tarde.

D) Vacaciones, inexistencia de obligación de negociar el período vacacional

Un Comité de empresa interpone demanda de conflicto colectivo, postulando la nulidad de un calendario vacacional que no fue negociado con los representantes de los trabajadores, interesando la condena a la empresa a elaborar otro distinto acordado entre las partes.

La STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2002, I.L. J 1194, desestima la demanda, al entender que ni el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores, ni la norma colectiva aplicable a las partes, impone la obligación de que el calendario vacacional sea negociado con la representación unitaria.

Para esta Sentencia lo único obligatorio es la fijación del período de disfrute de vacaciones en relación a cada trabajador respetando lo que establezca el convenio colectivo sobre planificación anual de vacaciones.

Como quiera que en el supuesto que tratamos, el calendario fijado por la empresa respetaba el contenido y márgenes del convenio colectivo sobre la materia, la Sentencia no atiende y, en definitiva, desestima la demanda de nulidad.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Personal no sanitario al servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: funciones de cocinero

La STSJ de Extremadura de 2 de junio de 2002, I.L. J 1455, afirma que la “apertura de los envases en que se contienen las muestras o verduras congeladas y los polvos de las natillas no entran en el concepto de ‘preparación de los víveres para su condimento’” que según el art. 14.6.1 del Estatuto del Personal No Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social corresponde a los pinches, sino que son alimentos ya preparados para que el cocinero se ocupe de su posterior condimentación, correspondiendo por consiguiente a éste tal prosaica función. Doctrina aplicable a otras tareas de similares características.

B) Provisión de puestos vacantes

La STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002, I.L. J 1221, considera que la reorganización empresarial que genera un puesto vacante en la categoría profesional de Encargada, legitima al trabajador que ostenta dicha categoría y percibe la correspondiente remuneración, pero que no ejerce las correspondientes funciones sino las inferiores de Limpiadora, a ocupar el puesto. El Tribunal desoye la calificación del supuesto de hecho efectuada por la representación empresarial como modificación sustancial de condiciones de trabajo, interpretando que la reincorporación de la anterior encargada, causa motivadora de la realización de funciones inferiores, es una necesidad “perentoria o imprevisible de la actividad productiva” (art. 39.2 ET). En concreto, la Sala afirma que la desaparición de la causa que habilitaba la comentada asignación de funciones de inferior categoría motiva la asignación de las correspondientes a su verdadera clasificación profesional.

C) 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).

Esta última precisión se corresponde con la doctrina de la STS de 10 de junio de 2002, u.d., I.L. J 1373 (recurso 36/2001), al manifestar que “lo relevante para entender que se está ante una pretensión sobre clasificación profesional es que ésta se funde en esa discrepancia entre las funciones respectivamente realizadas y la categoría atribuida, con independencia de que esa falta de correspondencia se produzca en la clasificación pro-

fesional o en el ulterior desarrollo de la relación laboral” (FJ 2º). Y, como recuerda la STS de 30 de mayo de 2002, u.d., I.L. J 1143 (recurso 2962/2001), sin que ello se vea alterado “por la solicitud en la misma demanda de las diferencias salariales correspondientes”.

Identificada la cuestión controvertida como clasificación profesional la consecuencia a la admisión del recurso de suplicación, consecuencia reiterada y advertida en la propia doctrina de unificación (por ejemplo, en la STS de 29 de octubre de 2001, u.d., I.L. J 2365) es la declaración de nulidad de actuaciones desde la publicación de la sentencia de instancia declarando expresamente su firmeza. Es igualmente de destacar que, sin constituir *ratio decidendi*, la STS de 10 de junio de 2002 presta una especial atención al hecho de que sea éste el procedimiento que ha sido seguido en el Juzgado “con sus trámites correspondientes, incluido el informe de la Inspección de Trabajo”.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Realización de funciones de superior categoría: funciones básicas y esenciales de la misma

Las SSTS de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970 juzgan que la encomienda de funciones superiores no requiere que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, sino las funciones básicas y esenciales de la misma. Esta doctrina es asumida por las SSTSJ de Valencia de 11 de julio de 2000 y la STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de marzo de 2002, I.L. J 1530, la última de las cuales reconoce que las actoras, que ostentan la categoría de Especialistas Puericultoras, realizan no sólo “las fundamentales y principales tareas” de la categoría superior de Educador, sino que incluso tienen las mismas responsabilidades y ejecutan idénticas tareas y actividades, lo que sobradamente justifica la percepción de las diferencias retributivas correspondientes (FJ 1º).

B) Movilidad funcional del trabajador y titulación

La ostentación de las titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación profesional es uno de los límites más importantes en materia de clasificación profesional y movilidad funcional en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se aprecia en el art. 39.1 ET. Es un requisito que responde a una cuestión de orden público y que, al limitar el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio en los términos en que se reconoce en el art. 35.1 CE, admite matices y modulaciones.

Entre éstos, las SSTS de 20 de enero, 21 de febrero, 25 de marzo de 1994 y 21 de junio de 2000 y las SSTS de 24 de julio de 2000, 15 de noviembre de 2000, 4 de junio de 2001, u.d., y STS de 25 de junio de 2002, I.L. J 1412, reflejan las diferencias existentes entre la exigencia legal de titulación, en cuyo caso no cabe ni reconocimiento de nueva clasificación profesional ni retribución salarial acorde a las funciones realizadas, pudien-

V. Dinámica de la Relación Laboral

do incluso constituir un delito de intrusismo tipificado en el art. 403 CP, y la exigencia convencional, supuesto en que al menos se reconoce a los trabajadores el derecho a las retribuciones propias de la categoría correspondiente a sus nuevas funciones aunque no puedan consolidar ésta.

La última de las citadas sentencias, conoce de un supuesto en que Educadoras que desempeñan funciones de maestra de escuela infantil reclaman, sin ostentar la titulación legalmente requerida, las diferencias salariales correspondientes.

También la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1185, refleja esta jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el primero de los supuestos citados cuando Técnicos Especialistas de Laboratorio de la Universidad de Valladolid pertenecientes al grupo III reclaman el reconocimiento de su pertenencia al grupo superior II en atención a las funciones realizadas, sin ostentar el título universitario de primer ciclo u oficialmente equivalente exigido. Exigencia que se recoge no en el convenio sino en la legislación estatal.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Traslado del trabajador. Tutela de los derechos fundamentales. Discriminación. Rechazo oferta de prejubilación

El trabajador presta sus servicios para una entidad bancaria y entre ésta y los sindicatos suscribieron un pacto regulador del trabajo a turnos con unas compensaciones económicas especiales. El trabajador venía llevando a cabo trabajo a turnos. Asimismo a éste se le ha venido sucesivamente ofertando la posibilidad de acceder a la prejubilación dada la edad, a lo que se ha negado. La empresa comunicó al trabajador el traslado a otro centro de trabajo pasando a horario ordinario. La STSJ de Madrid de 23 de abril de 2002, I.L. J 1061, en el recurso contra la sentencia dictada por la instancia, examina en primer lugar la caducidad de la acción rechazándola, pues tratándose de un proceso de tutela de los derechos fundamentales y por tanto no de modificación sustancial de condiciones de trabajo no se encuentra sujeta al plazo de caducidad de los 20 días (art. 59.4 ET y art. 138.1 LPL) sino al general de un año. En lo que se refiere al fondo de la litis confirma la sentencia de la instancia que declaró la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales (discriminación por edad) en razón a que (criterio ya mantenido por sentencia de la misma Sala de fecha 27 de febrero de 2001), “cuando se le priva al demandante de derechos y situaciones favorables que venía disfrutando y que no encuentra otras justificaciones para su desaparición que el rechazo por parte del trabajador a la oferta de prejubilación efectiva por haber cumplido la edad necesaria para optar a la misma. No aparecen otras causas o razones que justifiquen aquella conducta empresarial, a todas luces discriminatorias y que por ello su ejercicio escapa a lo dispuesto en el artículo 41 del ET (...) Apareciendo, pues, claros indicios discriminatorios por razón de edad (...)”

B) Traslado de centro de trabajo que no implica cambio de residencia. Proceso ordinario, proceso especial

La STSJ de Baleares de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1164, examina el recurso formulado por un vigilante de seguridad que prestaba servicios en un aeropuerto y es trasladado a otro centro de trabajo. El trabajador alega conducta antisindical, lo que es rechazado pues la misma debió ser enjuiciada a través de la modalidad procesal prevista en los arts. 176 y siguientes LPL, mientras que el trabajador acudió al procedimiento ordinario, por tanto ni siquiera a través del procedimiento del art. 138 LPL, modalidad cuya sentencia es irrecorrible. En su consecuencia confirma la dictada por la instancia.

C) Movilidad geográfica. Telefónica. Indemnizaciones por traslado. Convenio colectivo aplicable

A través de diversas SSTS de 11 de marzo, 24 de mayo, 10 de abril y 28 de junio de 2002, I.L. J 891, 1277 y 1431, se examina el supuesto de traslados llevados a cabo en el seno de la empresa durante el año 1999, no vigente en aquel momento el Convenio Colectivo de 1999-2000 y sí el Convenio de 1997-1998 y conforme a normas colectivas sucedidas en el tiempo deben ser indemnizados de forma distinta en razón a los parámetros dispuestos en éstas. Parten tales sentencias de que según lo dispuesto en el art. 86.2 y 3 ET, los convenios colectivos, salvo pacto en contrario, se prorrogarán de año en año y denunciado el convenio y hasta que no se logre acuerdo perderán vigencia sus cláusulas obligacionales, mientras que el contenido normativo se producirá en los términos pactados en el propio convenio, manteniendo su vigencia en defecto de pacto. El traslado objeto de examen se produce vigente la cláusula 4 del Convenio Colectivo 1997-1998, Convenio que se mantuvo vigente hasta la aprobación del Convenio Colectivo 1999-2000, con lo que “producido el traslado e indemnizado el actor bajo la vigencia de la normativa anterior, no puede entenderse que la retroactividad de la vigencia del Convenio Colectivo 1999-2000 al 1 de enero de 1999, que con carácter general establece su cláusula 2 (...) se extienda a situaciones, como sucede con los traslados, ya totalmente consumadas bajo vigencia de la normativa anterior (...)”

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO**A) Rescisión contractual indemnizada. Posibilidad de su ejercicio después de haber impugnado sin éxito la modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo**

La STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2002, I.L. J 827, examina el ejercicio de la acción de extinción del contrato llevada a cabo por el trabajador, ello después de instar proceso de modificación sustancial de condiciones del contrato, declarándose justificada. Tal sentencia, recogiendo la doctrina del TS en Sentencia de 21 de diciembre de 1999, quien señala en el examen del contenido de los arts. 40.1, párrafos 4º y 5º, y 41.3, párrafos, 2º y 3º, “no existe argumento atendible, y menos una imposición legal, que autorice a pensar que la deducción de demanda impugnativa excluye una ulterior petición extintiva si

V. Dinámica de la Relación Laboral

la respuesta judicial fuera desfavorable. Con este planteamiento se está condicionando una de las opciones: extinción indemnizada del contrato, nada menos que a la exclusión de un derecho fundamental, el de someter al juez de lo social, ex art. 24.1 de la Constitución, la viabilidad o la justicia de la orden empresarial”. Asimismo la comentada sentencia analiza el plazo *dies a quo*, que o bien inicia el cómputo del mismo a partir de la notificación de la sentencia que declaró justificada la modificación operada, plazo de caducidad de 20 días, o si acude al proceso ordinario el plazo será de un año (art. 59.1).

También examina la sentencia cuándo opera la indemnización del art. 41.3 ET, y ésta la vincula a “que resulte perjudicado” el trabajador por la modificación sustancial, lo que no acontece, pues si bien pierde como consecuencia de su pase a trabajo diurno, antes lo era nocturno, el plus que percibía tenía un carácter extraordinario por la mayor penosidad, al desaparecer ésta, la compensación económica pierde su razón de ser y por tal no procede la extinción al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3 ET.

B) Ejecución de sentencia. Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Nulidad. Plazo para instarla. Inadmisión del recurso

El trabajador obtuvo sentencia por la que se declaró la nulidad de la modificación sustancial operada por la empresa, siendo la misma notificada el 30 de marzo de 2001. Éste insta la ejecución en fecha 14 de junio de 2001, la que es admitida. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de abril de 2002**, I.L. J 939, conoce del recurso y partiendo del no cumplimiento de las exigencias de forma del art. 41 ET, se debe aplicar el plazo de 12 meses del art. 59 ET, y por ello los plazos para la ejecución son los consecuentes a lo dispuesto en el art. 241 LPL, y que en todo caso el punto 2 del art. 277 LPL se permite instar la ejecución en el plazo de tres meses. Respecto a las demás cuestiones de fondo, como quiera que la sentencia no es susceptible de recurso no procede recurso contra el auto que admite la ejecución.

C) Rescisión contractual indemnizada. Modificación sustancial de condiciones de trabajo e incumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada. Inexistencia

La **STSJ de Navarra de 7 de mayo de 2002**, I.L. J 1249, conoce del supuesto en que la actora suscribió un precontrato a fin de que la trabajadora desempeñara las funciones de directora del centro educacional. Posteriormente se llevó a cabo contrato de trabajo como pedagoga-terapeuta. La actora ha desarrollado funciones de Directora del Colegio. Después de diversas vicisitudes que dieron lugar incluso a la anulación por parte de la Inspección de Educación del Gobierno de Navarra, del Consejo Escolar Extraordinario en la que se la revocó del cargo de Directora, finalmente fue revocada de su cargo de Directora, lo que no impugnó, y pasando a desempeñar funciones de profesora del centro. Pues bien, la sentencia confirma la dictada por la instancia desestimatoria de la rescisión y ello por cuanto parte de la categoría establecida en el contrato de trabajo y la actividad de dirección (precontrato), lo fue como cargo de confianza y de elección conforme la normativa vigente (art. 59 LO 8/1985 y art. 24 LO 9/1995). Por tanto con-

cluye que no acreditado que fuera contratada como Directora y no constando que ejerciese funciones distintas y acreditado que el cese se ha llevado a cabo conforme a la normativa vigente sobre elección, duración y revocación de cargos de dirección de los centros escolares concertados, debe concluirse que el cese de la actora no es una modificación sustancial de condiciones del contrato prevista en el art. 50.1.a) ET.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Denegación de prestación de desempleo

La STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2002, I.L. J 879 (recurso 11/2001), recordando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de marzo de 2001, señala que: “se debe considerar en situación legal por desempleo al trabajador que, encontrándose en situación de excedencia voluntaria es contratado en otra empresa y cesado posteriormente, si el período por el que le fue concedida la excedencia voluntaria no ha concluido, viéndose imposibilitado por tal razón de instar el reingreso a su antiguo puesto de trabajo”, si bien matiza que cuando el excedente voluntario podía solicitar el reingreso en la empresa y no realiza la pertinente solicitud, no puede considerarse en situación legal de desempleo.

B) Reingreso de excedencia voluntaria: Incumplimiento de requisito impuesto al trabajador por Convenio Colectivo

La STSJ de Madrid de 15 de abril de 2002, I.L. J 1054 (recurso 541/2002), recuerda que resulta procedente ejercitar la acción de despido cuando la respuesta empresarial es reveladora de una inequívoca actitud de no reconocimiento del mantenimiento del vínculo, mientras que la acción de reingreso, es procedente cuando no hay respuesta empresarial o se rechaza expresamente la petición de reingreso pretextando la falta de vacantes o circunstancias análogas.

Ahora bien, en el caso examinado por la sentencia, el empresario se limitó a requerir al trabajador para que aportara una fe de vida laboral emitida por la Tesorería de la Seguridad Social, obligación prevista en el correspondiente Convenio Colectivo, por lo que no hay posibilidad de ejercicio de ninguna de las dos acciones, “porque es la propia actora al no cumplimentar el requerimiento empresarial quien no enerva la condición obstativa al reconocimiento y satisfacción pacífica de su derecho al reingreso”.

C) Excedencia voluntaria: Reingreso. Distinción entre despido y negativa al reingreso

La STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, I.L. J 1047 (recurso 45/2002), recuerda la diferencia existente entre la utilización de la acción de despido y la de la acción de reingreso, acción, esta última, que deberá tramitarse por el procedimiento ordinario, al tiempo que señala que tales posibilidades de reacción por parte del trabajador son alternati-

V. Dinámica de la Relación Laboral

vas y no optativas. Resulta procedente ejercitar la acción de despido cuando la respuesta empresarial es reveladora de una inequívoca actitud de no reconocimiento del mantenimiento del vínculo, mientras que la segunda es procedente cuando no hay respuesta empresarial o se rechaza expresamente la petición de reingreso pretextando la falta de vacantes o circunstancias análogas.

D) Personal interino: No cabe la situación de excedencia

La STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2002, I.L. J 1568 (recurso 275/2002), niega al personal interino el acceso a la situación de excedencia, dado que se daría lugar a una desconexión absoluta entre la razón de cubrir la vacante y la expectativa que todo excedente tiene de reingresar en cualquier plaza vacante de igual o similar categoría, al margen de exigir un nuevo contrato de interinidad para cubrir la vacante dejada por el interino excedente.

8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A) Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo

La STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002, I.L. J 855 (recurso 122/2002), recogiendo los antecedentes legislativos, se refiere al nuevo supuesto de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, recogido en el artículo 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. **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) 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 caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización.
a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. c) Otras cuestiones conexas. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad. Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas.** A) La garantía de indemnidad. B) Tutela de la libertad sindical.

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 5 a 8 del año 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, atinentes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de atención –con mayor o menor profusión o intensidad– en la

doctrina judicial. Se abordan después los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el “mutuo acuerdo de las partes” [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado finiquito. La **STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2002**, I.L. J 1035 (recurso 287/2002), *niega valor liberatorio* al finiquito, determinando que “no toda liquidación y finiquito tiene este carácter liberatorio sino que debe de demostrarse que existe una actitud firme y voluntaria de extinguir la relación”. En el supuesto analizado “la firma va precedida de una tensa conversación” “(...) que la firma de la liquidación no implica que se trate de una dimisión aceptada y libre, y que (...) a los tres días remite una carta para ratificar que la extinción del contrato no fue por decisión personal sino por decisión verbal de la empresa”.

Por el contrario la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 8 de marzo de 2002**, I.L. J 1526 (recurso 1714/2001), reconoce *efectos liberatorios* al finiquito firmado redactado según el modelo oficial previsto en Convenio colectivo en el que reconocía percibir la suma de 911.302 pesetas “en concepto de liquidación total por mi baja en la empresa” añadiéndose en el mismo que “quedó así indemnizado y liquidado, por los conceptos que pudieran derivarse de la relación laboral que unía a las partes y que queda extinguida, manifestando expresamente que nada más tengo que reclamar, estando en ello de acuerdo con la empresa”.

Para la Sala, el finiquito:

“se expresa en términos claros que revelan la voluntad inequívoca de saldar todas las deudas existentes y derivadas del contrato, tiene plena eficacia liberatoria, porque no comprende la renuncia de derechos indisponibles, prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, antes citado, sino que es expresión del ejercicio de la libertad jurídica del trabajador y de su capacidad negocial para disponer de la suerte de sus relaciones laborales y de contenido patrimonial derivadas lo que obliga a concluir que en los términos del recibo de finiquito quedaron incluidas y transigidas, por voluntad libre y consciente de sus firmantes, las consecuencias del cese de que era objeto, aceptando expresamente la extinción de su contrato con el abono de las cantidades que percibió. Para una mayor garantía en cuanto a los efectos liberatorios del finiquito (...) se ha de señalar que se utilizó el modelo que consta en el Anexo I del Convenio Colectivo Estatal de la Construcción y Anexo III del Provincial de Málaga expedido y visado por la Federación de asociaciones empresariales de la construcción, cuyos arts. 98.4 y 60.4, respectivamente, concede plenos efectos liberatorios a la empresa demandada de la extinción de la relación laboral del trabajador firmante del mismo”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

A la extinción del contrato por *causas consignadas válidamente en el contrato* [art. 49.1.b) ET] se refiere la **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2002**, I.L. J 836. Revoca la sentencia de instancia que declaró la nulidad del despido practicado durante el *período de prueba* por discriminación sexual. La Sala considera que no constituye indicios de discriminación suficientes, la mera alegación de la “creencia” o “sospecha” del embarazo, “máxime en una situación no real de embarazo: no hay en actuaciones dato objetivo alguno que muestre, ni aun indiciariamente la imputada motivación del cese (...)”. Por tanto, al tener la empresa la facultad unilateral de rescindir la relación laboral *inter partes* durante el período de prueba, sin que, deba ser motivado de un modo determinado, falla a favor de la válida extinción del contrato.

A la extinción procedente de un contrato de *interinidad* hace alusión la **STSJ de Baleares de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1163. El contrato fue suscrito para sustituir a otra trabajadora, Sra. B, con derecho a reserva de puesto de trabajo, con categoría de ATS, que se hallaba en situación de Invalidez Temporal por baja médica. La empresa notifica la extinción del contrato después de que el INSS comunicara la concesión a la Sra. B., de una pensión de incapacidad permanente en el grado de absoluta para todo trabajo, fijando un plazo de revisión por mejoría, con vencimiento a 1 de septiembre de 2001, hasta cuya fecha debía reservar a dicha trabajadora el puesto de trabajo, ya que, pasada la fecha de la revisión, no se produjo el alta de ésta al mantenerse en la misma situación de Invalidez.

“El art. 48.2 del referido Estatuto señala que declarada la extinción de la incapacidad temporal por la declaración de invalidez permanente total, absoluta o gran invalidez, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo si se estima vaya a ser objeto de revisión por mejoría y así señalado por el INSS en el caso de autos fijando un plazo de revisión del 1 de septiembre de 2001 hasta cuya fecha debía reservarse dicho puesto de trabajo, como dispone el art. 7 del Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por lo que transcurrido el mismo (...) cesaba la obligación de tal reserva, y por ello conforme lo dispuesto en el art 8.1.c) del RD 2720/1998 se extinguió el contrato del actor, sin que sea preciso preaviso alguno al estar exceptuado de ello el contrato de interinaje conforme el art. 8.3 del RD 2546/1994.”

La **STSJ de Extremadura de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1557 (recurso 231/2002), considera válida la extinción producida en un contrato de *interinidad* para ocupar vacante con motivo de la ocupación de la plaza tras la celebración de un concurso-oposición.

La **STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2002**, I.L. J 1226 (recurso 1138/2002), confirma la válida extinción de un contrato *eventual por circunstancias de la producción*, ya que: “se contrató al actor para una vinculación concreta y determinada, aislada vinculación eventual con objetivo determinado y definido, que no permite deducir, por evidente, la periodicidad cíclica que es uno de los elementos constitutivos de la fijeza discontinua.”

Diversas resoluciones analizan la extinción de *contratos temporales* cuya duración se sujeta a la existencia o al agotamiento de una *partida presupuestaria*. La **STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002**, I.L. J 838, revoca la sentencia de instancia que consideraba improcedente la extinción de la relación laboral que valoraba como fija discontinua, declarando en su

lugar la válida extinción del contrato temporal para la realización de las labores relacionadas con el Parque comarcal. La duración del contrato se hacía depender de la persistencia de subvención necesaria para su funcionamiento, a través de la suscripción del convenio oportuno con la Diputación de Barcelona.

La **STS de 19 de febrero de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 877 (r.c.u.d. 1151/2001), estima el recurso de casación interpuesto y declara la válida extinción de los contratos de unos trabajadores del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria, que suscribieron contratos sucesivos durante los años 1996 al 1999, para desempeñar puestos de trabajo relativos a *Planes Concertados sobre prestaciones sociales* con la Comunidad Autónoma de Canarias y con el Ministerio de Asuntos Sociales, y subvencionados por éstos. Contratos en los que se había pactado que su vigencia se prolongaría únicamente hasta el agotamiento de la respectiva subvención. Al agotarse ésta la Corporación empleadora comunicó por escrito el cese en su trabajo por finalización de contrato. El Tribunal falla a favor de la licitud de tal cláusula, aplicando el criterio recaído en anteriores resoluciones como las SSTs de 15 de enero de 1997, 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998, y 8 de junio de 1999. La doctrina contenida en estas últimas se concreta en los siguientes términos: “En estos casos (...) no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. 2. (...) En estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que ‘(...) está objetivamente definida y que ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste’. 3. (...) No cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato” (...) Este criterio ya fue reiterado, (...) por las sentencias de 23 de junio de 1997, de 18 y 28 de diciembre de 1998. En estas dos últimas sentencias se apreció la licitud de la cláusula que condicionaba el contrato de trabajo por obra o servicio determinado a la vigencia de un plan concertado entre un Ayuntamiento, que era el empresario en la relación laboral controvertida, y una Comunidad Autónoma (...) (las resoluciones) (...) consideran que hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, ya que: “no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuan-

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

to depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención”.

A la válida extinción de un contrato eventual de un *cámara de televisión por circunstancias de producción* se refiere la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2002**, I.L. J 950 (recurso 1376/2002). Señala el Tribunal que la falta de precisión o claridad de la circunstancia concreta que justifica tal contratación “lleva consigo una carga probatoria en contra del empresario, de acreditar que concurría concreta y específicamente la causa de temporalidad en el trabajo del actor”.

“El fraude de ley debe de ser probado por quien lo alega; en el presente caso ninguna prueba conduce a la conclusión pretendida, (...) sino todo lo contrario, ya que (...) ha quedado probada la realidad de las circunstancias de la producción que lo justificaba (...) la empresa realiza durante el período de verano, 1 de julio de cada año a 30 de septiembre, las coberturas informativas de las fiestas locales, (...) desplazando equipos integrados por un cámara, un ayudante de cámara y un redactor para grabar las incidencias de dichas fiestas en directo para su posterior emisión en diferido.”

Estudia la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET] la **STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1253 (recurso 841/2002), que declara la válida extinción de un *contrato de obra o servicio determinado* de un conductor de camión, ya que no se ha perdido la naturaleza temporal del contrato para la obra, en el que no ha existido fraude de ley.

A la *dimisión* del trabajador prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] se refieren las siguientes resoluciones:

– La **STSJ de Galicia de 20 de abril de 2002**, I.L. J 948 (recurso 1541/2002), desestimatoria de la demanda de despido, en un supuesto de un empleado de la construcción que desaparece de su puesto de trabajo y no vuelve a aparecer. Para la Sala la voluntad de extinción del trabajador “se ha evidenciado de modo inequívoco”.

– La **STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002**, I.L. J 1219 (recurso 629/2002), confirma la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda de despido por *falta de acción* al considerar que se ha producido un desistimiento de la trabajadora y no un despido. El supuesto analizado versa sobre la no reincorporación al trabajo de una empleada que no se persona en el centro de trabajo hasta transcurridos más de dos meses desde la notificación fehaciente de la resolución del INSS por la que se dejaba sin efecto, por revisión de oficio, el grado de Incapacidad Permanente, reconocido previamente. Para la Sala tal hecho “constituye una actitud reveladora del propósito deliberado de romper la relación laboral, por lo que resulta evidente, la extinción de la relación laboral, por propia dimisión de la trabajadora”.

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de abril de 2002**, I.L. J 1540 (recurso 181/2002), reconoce el derecho de una trabajadora a percibir las prestaciones de incapacidad temporal, que había sido iniciada con anterioridad a la baja voluntaria produci-

da en la empresa, ya que “la extinción del contrato de trabajo (...) no extingue el derecho de subsidio, ni altera el sujeto responsable del pago del mismo”.

A la *invalidez permanente total del trabajador* como causa de extinción de la relación laboral [art. 49.1.e) ET] se refiere la **STSJ de Extremadura de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1454 (recurso 254/2002), que niega la existencia de un despido al haberse producido la válida extinción por invalidez permanente total del trabajador.

A la extinción del contrato por *voluntad del trabajador* con motivo de las *modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo* (art. 41.1 ET), después de haber impugnado sin éxito la decisión empresarial, se analiza en la **STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2002**, I.L. J 826. En ella se estudia en primer lugar si es posible el ejercicio de la acción de rescisión indemnizada con posterioridad a la impugnación judicial de la decisión empresarial de modificación de horario de un trabajador nocturno que pasa a realizar un horario diurno, por lo que deja de percibir el plus de nocturnidad. La Sala en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 21 de diciembre de 1999) admite tal posibilidad, señalando que el plazo de los veinte días para su ejercicio, comienza a correr desde la fecha en la que se notificó al trabajador la sentencia declarando la justificación de la medida de cambio de horario. En cuanto al fondo del asunto, la Sala desestima la petición extintiva por cuanto no concurre el presupuesto necesario para que el trabajador tenga derecho a una rescisión indemnizada de su contrato, ya que no resulta perjudicado por la modificación sustancial.

Justifica su fallo en que:

“el plus nocturno no es un complemento salarial ordinario al que tiene derecho todo trabajador, sino de carácter extraordinario, que sólo se percibe cuando se realiza un horario nocturno, teniendo por finalidad compensar la mayor penosidad que representa la prestación de servicios en esta franja horaria. Si el trabajador pasa a realizar un horario diurno, esta mayor penosidad desaparece, por lo que la compensación económica pierde su razón de ser. En este sentido no puede hablarse de un perjuicio que se sufre y que justificaría la rescisión del contrato, porque tan perjudicial es realizar el trabajo durante la noche como no cobrar el plus de nocturnidad cuando se cambia a un horario distinto”.

La **STS de 27 de mayo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1357 (r.c.u.d. 2591/2001), casa y anula la Sentencia dictada en suplicación y declara la validez del cese de un trabajador con contrato laboral temporal indefinido con una Comunidad Autónoma, con motivo de la *cobertura de la plaza en un proceso selectivo*.

Se hace un voto particular en la sentencia, al entender que el recurso no debió haber sido estimado en base a que:

“la inclusión en el art. 49.1.1. ET y concordantes del cese del trabajador al servicio de la Administración Pública contratado por tiempo indefinido por atribución de su plaza a otro

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

trabajador tiene también a su favor una razón de equidad. Si nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por ‘expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato’, los cuales tienen derecho por ley a una indemnización ‘de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio’ [art. 49.1.c) ET].”

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 Navarra de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1248 (recurso 94/2002), niega la existencia de tal relación en el caso de unas trabajadoras, socias administradoras de las empresas auxiliares demandadas, sometidas al régimen especial de autónomos en la Seguridad Social. La actividad desempeñada, en un supuesto de empresa principal que externaliza determinadas parcelas del proceso productivo a otras empresas auxiliares, gozaba de plena autonomía, “no dependiente de la empresa principal que no ejercía funciones directivas sobre aquéllas. No existiendo dato alguno que permita presumir que la actividad de las sociedades contratadas fuese destinada a proporcionar mano de obra a la principal”.

La **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2002**, I.L. J 1571 (recurso 2248/2002), falla en contra de la existencia de relación laboral en un supuesto en el que el trabajador tras cesar voluntariamente en la empresa con motivo del impago de salarios, también voluntariamente continúa realizando algún trabajo que estaba contratado e iniciado con anterioridad, acudiendo a la empresa sin horario fijo, pudiendo cobrar parte de lo que la empresa le adeudaba.

La **STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2002**, I.L. J 827, analiza la relación laboral de los *extranjeros en situación irregular*. Declara la validez del contrato, al considerar que la falta de la autorización administrativa no implica la nulidad del contrato de trabajo, como se había venido interpretando hasta la fecha por la jurisprudencia Española, partidaria de estimar la falta de acción para el despido a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Para la Sala, “el trabajador no sólo no ha incumplido sus obligaciones, sino que al contrario, dentro de plazo legal, ha presentado la correspondiente renovación del permiso de trabajo”.

La **STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2002**, I.L. J 1227 (recurso 1146/2002), confirma la desestimación de la demanda de despido de un futbolista profesional contratado por el Club Rayo Vallecano SAD, en su condición de nacional italiano, al que se le privó de la licencia federativa, que es la “razón básica de su prestación”, ya que esto implica la im-

sibilidad total de jugar al fútbol con su equipo. El motivo de la suspensión provisional de su licencia federativa fue que el jugador no ostentaba la nacionalidad italiana “en razón a que los documentos en su día presentados (...) para la reconstrucción de la nacionalidad italiana fueron falsificados (...)” Niega la Sala la existencia de una incapacidad “sobrevenida”, ya que ésta es preexistente y “posconocida”, “(...) y que inducirá a catalogar el contrato en su día entre las partes concertado, como nulo, ya que el consentimiento en su día prestado por el Club empleador (...) resultó afectado de grave error (...) Invalidante del pacto asumido, al afectar a una condición fundamental de lo pactado”.

La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1235 (recurso 583/2002), declara la improcedencia del despido de un guarda de seguridad carente de habilitación para prestar tales servicios, ya que “la empresa conocía la falta de habilitación del actor para prestar sus servicios como guarda de seguridad y no obstante suscribió el correspondiente contrato de trabajo, debiendo responder la empleadora ‘Vectra Seguridad, SA’ de los efectos del despido sin causa acaecido”.

La STSJ de Baleares de 17 de junio de 2002, I.L. J 1602 (recurso 255/2002), confirma la válida extinción de la relación laboral penitenciaria en un taller de panadería “por razones de disciplina y de seguridad penitenciaria” que se valoran en primera instancia y en suplicación como ajustadas a derecho.

b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas

La STSJ de Galicia de 16 de abril de 2002, I.L. J 946 (recurso 1284/2002), niega la existencia de sucesión empresarial en un supuesto de despido improcedente, a efectos del cómputo de antigüedad para determinar la indemnización. Un grupo de trabajadores de las mercantiles “Santaz Censa, SA” y antes los de “Censa” tras extinguirse legalmente su relación laboral por expediente de regulación de empleo con las correspondientes indemnizaciones y desempleo, constituyeron una nueva empresa mediante la creación de una SAL, “Gándara Censa, SAL”, con independencia empresarial cierta. El trabajador despedido de la SAL suscribió contrato de trabajo en el año 2001, en el que “no percibía complemento de antigüedad como tal sino un denominado plus de afectación”.

Para la Sala la inexistencia de sucesión empresarial se desprende de que no se refleja:

“una transmisión patrimonial concreta funcionante y de entidad económica, lo que ciertamente aparece en autos es el compromiso, asumido por el demandante, (...) de constituir los trabajadores de ‘Santaz Censa’, tras extinguir su relación con ésta, una sociedad laboral para dedicarse a la misma actividad, pero con la necesidad ineludible de dotar efectivamente a la nueva empresa del capital social y de los medios ex novo oportunos y permitir así y desde este presupuesto su funcionamiento. (...) Con este contexto, tampoco aparece ningún acto expreso y suficiente por parte de la SAL creada de reconocimiento al demandante de su antigüedad precedente en las empresas ‘Santaz Censa’ y ‘Censa’”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Madrid de 12 de abril de 2002, I.L. J 1053 (recurso 852/2002), declara la existencia de cesión ilegal de trabajadores de la empresa “BAI”, quien no asumió el papel de contratista o arrendadora que le correspondía, ya que no prestó un servicio, sino que se limitó a enviar a “TVE, SA” un trabajador cuya prestación laboral “en absoluto dirigía ni controlaba, sin ser una ETT”.

La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1234 (recurso 948/2002), niega la obligación de subrogación para el nuevo contratista de empresa de seguridad, en los supuestos de suspensión o reducción del servicio por más de 12 meses.

“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, situación ésta aquí concurrente en que la arrendataria ha reducido en importante porcentaje el objeto de la contrata y siendo tal reducción en principio permanente, al deberse al cierre de un buen número de sus tiendas, ha de ser esta nueva situación la que sirva de base de cálculo para determinar si procede o no la subrogación por parte de la recurrente, la que no ha de producirse, al ser el resultado de las operaciones que el Convenio fija (...) y al sólo caber la subrogación de tripulaciones completas, (...) y constar cada una de éstas de tres trabajadores”.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

A la trasgresión de la buena fe y abuso de confianza, como causa justificativa de la procedencia del despido se refieren:

– La STSJ de Galicia de 12 de abril de 2002, I.L. J 943 (recurso 1175/2002), respecto de una trabajadora de empresa de viajes que se apropia indebidamente de cantidades cobradas en efectivo por clientes y por demorar habitualmente y sin justificación alguna el ingreso en la cuenta bancaria de la empresa las cantidades cobradas en efectivo. (Vid. *infra* VI.6.)

– La STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2002, I.L. J 1204. En ella se revoca la resolución dictada en primera instancia, al considerar que la conducta analizada de un empleado de banca equivale a un incumplimiento muy grave de sus obligaciones contractuales, encuadrable en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores. El supuesto se plantea como consecuencia de la utilización por el trabajador de su cuenta bancaria, sin saldo suficiente, para comprar acciones, quedándose en descubierto. Para la Sala no es determinante que el saldo sea repuesto luego, sino la mecánica y de la forma de actuar, sin autorización por parte de la entidad.

Justifica el fallo en que “el trabajador, es un cliente más de la entidad y que pudo operar como lo hizo quedándose descubierto y “comprando sin dinero” en base a su posición de empleado pues a cualquier cliente se le hubiera exigido la vinculación a una cuenta de crédito, o hubiera precisado una autorización, un instrumento que cubriera la actuación”.

– La **STS de 25 de julio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1512 (r.c.u.d. 3931/2001), casa y anula la sentencia recurrida en casación relativa al despido de un empleado de entidad bancaria con categoría profesional de oficial de 1ª administrativo, nivel 9, que en diversas ocasiones dispuso indebidamente de cantidades de cuentas de clientes del banco, sin autorización ni consentimiento de sus titulares, adeudando recibos a su cargo y efectuando transferencias en su favor. La sentencia analiza el plazo de prescripción de las faltas cometidas, fallando la procedencia del despido.

Considera la Sala conforme a una doctrina ya unificada que:

“la ocultación no requiere ineludiblemente actos positivos, pues basta para que no dé comienzo ‘el cómputo de la prescripción que el cargo que desempeñe el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, al estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continuada de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la prescripción’, y ésa es precisamente la situación en la que se encontraba el trabajador despedido pues, teniendo a su cargo la realización y el control de las operaciones en cuentas de los clientes del Banco, y que precisamente propiciaron los hechos denunciados, realizó disposiciones y transferencias irregulares de las que la empresa no tuvo conocimiento hasta que el 10 de junio de 2000 (...) el Servicio de Atención al Cliente recibió una queja de un cliente, en relación con diversas disposiciones irregulares en una cuenta en la que era cotitular con otra persona, lo que motivó el inicio de las actuaciones pertinentes por el Banco que recurre para la averiguación de lo ocurrido, operaciones que concluyeron el 28 de septiembre de 2000, produciéndose el despido el 27 de octubre siguiente, así es que desde que la empresa tuvo la primera noticia de los hechos (...) a la fecha del despido (...) no habían transcurrido 6 meses, ni tampoco los 60 días a los que alude el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, como plazo de prescripción corto, desde que la empresa tuvo cabal conocimiento de lo ocurrido hasta el despido, es decir, desde el 28 de septiembre de 2000 al 27 de octubre del mismo año”.

– La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1170 (recurso 118/2002), declara la procedencia del despido de un trabajador que aquejado de tendinitis y encontrándose en situación de incapacidad temporal realizó trabajos de asistencia mecánica al vehículo de un corredor de rally. Conducta que, para la Sala, constituye un incumplimiento grave y culpable del deber de lealtad y buena fe para con el empleador que debe ser sancionado con despido disciplinario. (Vid. *infra* VI.6.)

– La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de junio de 2002**, I.L. J 1606 (recurso 188/2002), confirma la procedencia de la extinción del despido de un empleado de empresa de recreativos que durante un período de dos años sustrae parte de la recaudación de las máquinas recreativas, previamente a la entrega a la empresa.

Por el contrario estima la prescripción de las faltas como causa del despido disciplinario la **STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002**, I.L. J 839, que declara la improcedencia del

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

despido por la utilización, con fines personales, del correo electrónico de la empresa, al considerar que el transcurso del tiempo en que la prescripción consiste provoca la extinción de la facultad sancionadora de la empresa. La decisión se basa en que los hechos imputados al trabajador están plenamente individualizados, “el jefe de informática puede saber a tiempo real las comunicaciones que reciben y envían los trabajadores en su correo electrónico”, por lo que no valora tales incumplimientos como “faltas continuadas”.

“Desde la última de las fechas en que se producen los hechos y el momento de la decisión extintiva han transcurrido más de sesenta días.”

A la *indisciplina o desobediencia* y a la procedencia del despido se refieren las siguientes resoluciones:

– La STSJ de Cantabria de 12 de abril de 2002, I.L. J 1071 (recurso 265/2002), declara la procedencia del despido de una vendedora de panadería que se niega a obedecer la orden de la empresa consistente en trabajar en otros despachos de la panadería en sustitución de trabajadores en período vacacional.

– La STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1174 (recurso 451/2002), respecto de un trabajador que desobedece sistemática y reiteradamente órdenes del empresario.

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) ET

La STSJ de Asturias de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1157 (recurso 3430/2001), falla la procedencia del despido objetivo por causas organizativas y productivas de una veterinaria. Considera la Sala estar en presencia de causa justa para el despido objetivo previsto en el artículo 52.c) del ET, pues “concurren razones productivas y, subordinadas a éstas, organizativas para justificar la extinción del contrato de trabajo, que constituye una medida cuya adopción contribuye a garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. “(...) la realización por el SERIDA de las funciones de control de piensos, con personal propio, hace imposible que la actora lleve a cabo la asistencia técnica que realizaba una trabajadora de la empresa EASA que ya no pertenece a la plantilla”.

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La STC de 6 de mayo de 2002, I.L. J 857 (recurso de amparo 3537/1998), estima el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de los Social del TSJ de Madrid, de 2 de octubre de 1997, por haberse vulnerado el derecho a la igualdad ante la Ley. La Sentencia hizo una interpretación “excesivamente apegada a la literalidad del precepto” al haber negado el derecho a recibir del FOGASA las indemnizaciones por extinción de contrato por causas objetivas previstas en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, por

no estar incluidos en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. Tal diferenciación suponía una clara discriminación “respecto de aquellos trabajadores que ven extinguido su contrato en virtud de idénticas causas (económicas, técnicas, organizativas y de producción) pero a los que se les aplica el artículo 51 LET, debido al número de trabajadores afectados por el despido”. Tal situación, como señala el Tribunal en su fundamento jurídico 4º, finalmente dio lugar a la aprobación de la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de cobertura del FOGASA, en cuya Exposición de Motivos se justificaba el texto de la ley en que “se estaba produciendo un claro perjuicio a un número importante de trabajadores y un agravio comparativo con respecto a otros”.

La **STS de 24 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1003 (r.c.u.d. 2643/2001), estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el FOGASA, en un supuesto de despidos individualizados en una empresa con una plantilla de 21 trabajadores, que en períodos sucesivos de 90 días realizó otros despidos individuales por las mismas causas objetivas, en un número superior a 10. Por ello, al no haberse acudido al preceptivo expediente de regulación de empleo, el FOGASA denegó en vía administrativa el abono del 40 por ciento de la indemnización reconocida por la empresa en conciliación. El Alto Tribunal considera correcta la actuación del FOGASA.

“Para la existencia real y efectiva, tanto del despido colectivo del art. 51 como del despido objetivo del art. 52.c), no basta con que concurran de un lado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y de otro la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo, sino que además es absolutamente preciso cumplir otros requisitos o exigencias. Así en el despido colectivo es obligado que se lleve a cabo la tramitación del ‘procedimiento de regulación de empleo’ que prescriben los números 2 y ss. del art. 51 del ET y el RD 43/1996, de 19 de enero, y que se dicte por la Autoridad laboral la pertinente resolución autorizando las extinciones de los contratos con arreglo a los números 5 y 6 de ese artículo; y en lo que atañe al despido objetivo del art. 52.c), no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53, sino que además, para que legalmente pueda ser calificado como tal y produzca cualquiera de los efectos propios del mismo, es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52.c) y 51.1; si estos límites no se respetan, no existe legalmente despido objetivo. (...) No existe responsabilidad del FOGASA de abonar a la actora el 40 por ciento de la indemnización fijada por la empresa. La empresa demandada en enero de 1997 tenía menos de 25 trabajadores procediendo, en períodos sucesivos anteriores al despido de la actora a la extinción de los contratos de trabajo de hasta doce trabajadores, es decir un número superior a diez, por lo que para que pudiera darse lugar a la comentada responsabilidad del FOGASA del art. 33.8, (...) sin prejuzgar la situación particular de los anteriores despidos, hubiera sido absolutamente necesario que se hubiese hecho a través del cauce propio del despido colectivo del art. 51, y en concreto que se hubiese seguido el ‘procedimiento de regulación de empleo’ previsto en los números 2 y siguientes de este artículo y se hubiese autorizado tal extinción por la correspondiente resolución de la autoridad laboral, y ello por ser el número de trabajadores despedidos superior al límite previsto en el art. 51.a).”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STS de 19 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1395 (r.c.u.d. 3340/2001), estima el recurso de casación para unificación de doctrina y declara la prescripción de la acción de reclamación al FOGASA en un despido objetivo de empresa de menos de 25 trabajadores, ya que “la responsabilidad del FOGASA, establecida, en el art. 33.8, es: a) pura, al no estar sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse, sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario; b) directa e inmediata, al imponer el deber del pago de la indemnización con eficacia desde el primer momento, y c) limitada, por fijar su alcance en el 40 por ciento de la tasa indemnizatoria legal, y no superior a la que, en su caso, pudiera pactarse”.

De aquí extrae la Sala que:

“Los plazos de prescripción corran de forma independiente y que el reconocimiento de una de las deudas por un obligado no interrumpa el curso de la prescripción de la otra, en que ese obligado no es deudor principal, sino garante público (...) (y que) (...) No cabe por tanto iniciar el cómputo del plazo de un año para reclamar ante el Fondo de Garantía Salarial el 25 de junio de 2000 fecha del auto de insolvencia, habiendo consumido el demandante el plazo de prescripción de un año, a computar desde el 10 de noviembre de 1998, el día que instó la ejecución de la sentencia, que por su inoperancia, al dirigirse frente a la empresa, siendo como es la obligación de pago del 40 por ciento una obligación del Fondo de Garantía Salarial, no podía tener efecto interruptivo por no ir dirigida contra el deudor”.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

Al plazo de caducidad de veinte días hábiles para el ejercicio de la acción de despido y a su interrupción por la presentación de papeleta de conciliación (art. 59.3 ET) se refiere la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002, I.L. J 838. La Sala analiza la cuestión suscitada sobre el planteamiento de un acto de conciliación en lugar de la reclamación administrativa previa, al ser demandado un Ayuntamiento. Resuelve la Sala desestimando la excepción de caducidad en aplicación de la doctrina constitucional (STC 11/1988, de 2 de febrero), ya que “los presupuestos y requisitos procesales han de ser valorados en su sentido y finalidad mediante la razonable apreciación del medio en que consisten y del fin que con ellos se persigue, medidos en su justa proporción”. Para la Sala opera el efecto suspensivo de la caducidad por la solicitud de conciliación, ya que se pone de manifiesto de modo indubitado, la voluntad impugnatoria de la trabajadora, y el requerimiento a la entidad pública, para que tenga conocimiento de la pretensión contraria de la trabajadora con anterioridad a la formulación de la demanda.

También resuelve desestimando la excepción de caducidad la STSJ de Baleares de 14 de junio de 2002, I.L. J 1601 (recurso 263/2002). La Sala resuelve la improcedencia de la extinción de la relación que une a un trabajador fijo-discontinuo con Iberia, ya que “la acción de despido, única a ejercitar cuando un trabajador fijo-discontinuo no es llamado, inicia su plazo desde el momento en que tenga conocimiento de la falta de llamamiento”.

Por el contrario, estima la *caducidad* la **STSJ de Castilla y León de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1550 (recurso 256/2002), al enjuiciar un supuesto de despido de una trabajadora con contrato laboral con el INSALUD; ésta plantea reclamación previa a la vía judicial, reanudándose el cómputo de la caducidad trascurridos 15 días sin contestación expresa, y presentando la demanda con posterioridad al vencimiento del plazo para ejercitar la acción. Reconoce la Sala “la competencia de la jurisdicción social los pleitos que puedan plantearse entre dicho personal y el Insalud por cuestiones derivadas de la prestación de sus servicios laborales, pleitos que están sometidos a las normas de procedimiento laboral. En virtud de dichas normas, para reclamar contra el despido, situación a la que se asimila el cese en un nombramiento temporal, si el titular del mismo entiende que se ha producido anticipadamente, el plazo es de veinte días hábiles siguientes a aquel en que se produjo el despido o cese”.

Motiva su fallo en que:

“queda claro que la acción de despido está sometida al perentorio plazo de los 20 días hábiles establecidos en el artículo 59.3 ET o 103 LPL estableciéndose así también para el personal estatutario, (...) por tanto siendo el 10 de septiembre de 2001 cuando la actora recibe la diligencia de finalización de su contrato, el plazo de caducidad comienza a contar al día siguiente, el 11 de septiembre de 2001, desde este día hasta el 25 de septiembre de 2001 en que presenta reclamación previa ha agotado 12 días hábiles del plazo de 20 previsto legalmente, quedando interrumpido el plazo de caducidad con la reclamación previa al igual que sucede con el acto de conciliación, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 65.1 de la Ley de Procedimiento Laboral para el acto de conciliación ‘El cómputo de caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días, desde su presentación sin que se haya celebrado’, en el caso enjuiciado como lo que hay es una reclamación previa que no es contestada hasta el 28 de noviembre de 2001, después de haberse presentado la demanda, tendríamos que aplicar el mismo plazo de los 15 días pero desde la fecha de la reclamación previa (25 de septiembre de 2001) siendo por tanto a partir del día 15 de octubre de 2001 cuando se reanuda el plazo de caducidad, restándole entonces sólo 8 días para cumplir los 20, siendo por tanto el 23 de octubre de 2001 cuando vencía el plazo para ejercitar la acción del despido y como quiera que la actora no presentó la demanda hasta el 19 de noviembre de 2001, debemos considerar caducada la acción de despido”.

B) La acción de despido

La **STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002**, I.L. J 1047 (recurso 45/2002), confirma la sentencia de instancia que estimaba la excepción de *inadecuación de procedimiento* en un supuesto de ejercicio de acción de despido por un trabajador que con posterioridad a la suspensión de la relación de trabajo con motivo de una excedencia voluntaria, solicita el reingreso en la empresa. Para la Sala las respuestas empresariales a las dos solicitudes de reingreso no pueden ser interpretadas “como un rechazo a la existencia de relación laboral entre las partes, ni reveladoras de una voluntad de romper la relación contractual”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002, I.L. J 1219 (recurso 629/2002), estima la falta de acción el un supuesto en el que una empleada no se reincorpora en tiempo al trabajo tras la notificación fehaciente de la resolución del INSS por la que se dejaba sin efecto, por revisión de oficio, el grado de Incapacidad Permanente, reconocido previamente. Para la Sala la reincorporación con un retraso de dos meses a tal notificación “constituye una actitud reveladora del propósito deliberado de romper la relación laboral, por lo que resulta evidente, la extinción de la relación laboral, por propia dimisión de la trabajadora”.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

A la *indisciplina o desobediencia* como causa de despido [art. 54.2.b) ET] se refiere la STSJ de Cantabria de 12 de abril de 2002, I.L. J 1071 (recurso 265/2002). Declara la procedencia del despido de una vendedora de panadería que se niega a obedecer la orden de la empresa consistente en trabajar en otros despachos de la panadería en sustitución de trabajadores en período vacacional; orden que se ejercita dentro del *ius variandi* empresarial.

Motiva la Sala que:

“en el caso, lo ordenado era tan sólo el trabajo en otros despachos de la firma demandada, dentro de la misma localidad y localidades limítrofes, con carácter temporal (dentro del período vacacional), respetadas las condiciones laborales (jornada, categoría, horarios, etc.) abonando la empresa los gastos del transporte. Es entonces aplicable la clásica regla ‘obedece y luego reclama’, lo que no ha hecho, sino que se ha limitado el recurrente a desobedecer, sin probada justificación de razones poderosas (penosidad, peligrosidad u otras), por lo que la desobediencia a tal encomienda formada dentro de las necesidades del servicio y de las facultades organizativas (art. 20 del ET) constituye una infracción con la entidad suficiente como para merecer la respuesta empresarial más grave y que constituye el despido”.

La STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1174 (recurso 451/2002), declara la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que desobedece sistemática y reiteradamente órdenes del empresario en un supuesto en el que “la *desobediencia* es clara, culpable y reiterada, suponiendo el incumplimiento de la orden dada por la empresa, graves perjuicios para la misma y para sus compañeros de trabajo, habida cuenta que la referida orden no era ilegal ni se extralimitaba en el ejercicio de la potestad empresarial”.

La *trasgresión de la buena fe contractual*, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2.d) ET] motivadora de la extinción contractual es analizada en resoluciones como la STSJ de Galicia de 12 de abril de 2002, I.L. J 943 (recurso 1175/2002), respecto de una trabajadora de empresa de viajes que se apropia indebidamente de cantidades cobradas en efectivo por clientes y por demorar habitualmente y sin justificación alguna el ingreso en la cuenta bancaria de la empresa las cantidades cobradas en efectivo. Para la Sala, tal trasgresión de la buena fe contractual es causa de despido, no admitiendo la aplicación de la doctrina gradualista, “lo importante es el quebranto de la confianza depositada en el trabajador, sin que sea preciso acreditar la existencia de un daño ni que tal conducta sea calificable de dolosa, no existiendo graduaciones en la pérdida de con-

fianza”. Los actos de la trabajadora constituyen una “disposición de cantidades de la empresa sin hallarse autorizada para ello, y sin que conste consentimiento tácito alguno a través, como mínimo, de una práctica admitida”, y “tal conducta ha de ser calificada de muy grave, pues, independientemente del perjuicio que ello pudiera ocasionar a su principal, la actora ha quebrantado con su conducta el deber esencial de buena fe y diligencia en el trabajo [arts. 5.a) y 20.2 ET]”.

Recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo:

“la deslealtad consiste en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone (SSTS de 24 y 25 de febrero y 26 de septiembre de 1984), así como en abusar de la confianza recibida de la empresa, en razón del cargo desempeñado, rebasando los límites de éste, en provecho propio o de un tercero, y dicha falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor menor cuantía de lo defraudado, bastando el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad propios de la relación laboral (SSTS de 26 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1987), sin que tal responsabilidad pueda ser exonerada por la autoinculpación o el reintegro posterior de la cantidad (SSTS de 21 de septiembre de 1984 y 9 de mayo de 1988)”.

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1170 (recurso 118/2002), declara la procedencia del despido de un trabajador que aquejado de tendinitis y encontrándose en situación de incapacidad temporal realizó trabajos de asistencia mecánica al vehículo de un corredor de rally “cambiando las pastillas de freno, revisando los niveles del motor y las ruedas, moviéndose con celeridad y sin cojear, manteniéndose en cuclillas”, conducta que para la Sala constituye un incumplimiento grave y culpable del deber de lealtad y buena fe para con el empleador que debe ser sancionado con despido disciplinario.

(...) Las actividades del trabajador en el rally perjudican el retraso de su curación al ser incompatibles con el proceso patológico en que la baja laboral se ha fundado evidenciando la simulación de la misma y el propósito fraudulento con que su reconocimiento y efectos subsiguientes se han obtenido con daño tanto de los intereses públicos del sistema asistencial como de los privados de su empleadora, y que constituyen una trasgresión de la buena fe contractual pues con tal conducta se quebranta el deber de todo trabajador establecido en el art. 5.1.a) en relación con el 20.2 del ET, en cuanto quebranta la lealtad nacida del vínculo laboral, defraudando con ello no sólo al empresario y a la Seguridad Social sino a los propios compañeros que colaboran en el mantenimiento de la empresa”.

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de junio de 2002, I.L. J 1606 (recurso 188/2002), conforma la procedencia de la extinción del despido de un empleado de empresa de recreativos que durante un período de dos años sustrae parte de la recaudación de las máquinas recreativas, previamente a la entrega a la empresa.

Respecto al despido disciplinario, Vid. *supra* VI.3.A).

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2002, I.L. J 1232 (recurso 90/2002), determina la pérdida del derecho al beneficio salarial, discrecional y no consolidable, de opción sobre acciones, de un trabajador que ejercita sus opciones, dos horas después de ser precedentemente despedido.

Para la Sala:

“tratándose de un beneficio salarial, discrecional y no consolidable, al requerirse para su percepción, un rendimiento calificado de excelente o sobresaliente, el actor no puede tener derecho al mismo, ya que no sólo cesó antes del 31 de diciembre, sino que realizó hechos que motivaron la procedencia de su despido. En las normas (...) que lo regulaban, también se decía que ‘su percepción en un año, no significa la consolidación para años sucesivos’. Las opciones de acciones se consideraban en esas normas como una inversión en McDonald’s, y si por tanto la compañía iba bien, subirían su valor bursátil, manteniéndose el precio de compra, durante un período de diez años, regulándose lo que ocurriría al finalizar el contrato, concediéndose para ese supuesto, un plazo de treinta días para ejercitar cualquiera de las opciones, si bien, ‘los empleados que sean despedidos, perderán el derecho a ejercitar cualquier opción que tuviesen’”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

A la improcedencia de despidos disciplinarios llegan como conclusión diversas resoluciones:

– La STSJ de Extremadura de 10 de abril de 2002, I.L. J 847 (recurso 158/2002), respecto de la conducta de un camarero consistente en coger un día 15.000 pesetas de la caja registradora para prestárselo a un cliente y proferir las siguientes palabras en presencia de clientes “inhumanos, no tenéis corazón, sinvergüenzas y ladrones”, cuando fue informado por la encargada de la administración de que no iba a cobrar la parte de salario al día que no acudió a su puesto de trabajo, por tener a una hija ingresada en el hospital, aun cuando previamente lo había comunicado a la empresa, sin que existiese desautorización por ésta.

La Sala califica el préstamo realizado a un cliente como falta grave, y no muy grave, señalando que “si este incumplimiento fuese reiterado, implicase quebranto manifiesto para el trabajo o del mismo se derivase perjuicio notorio para la empresa u otros trabajadores, podría ser calificada como falta muy grave”. Significa la Sala que la conducta del trabajador consistió en “prestar a un cliente normal, (...) 15.000 pesetas, sin pedir autorización a la empresa” (...) siendo “una conducta aislada y sin mediar ocultación”. Respecto a las ofensas verbales realizadas a la administradora de la empresa, la Sala considera “que desde luego si son graves, si tienen trascendencia, suponen una infracción del respeto mutuo y que corresponde a la dignidad humana, suponiendo su trasgresión una infracción laboral (...) (que ha de ser valorada en)... relación con el momento y ocasión, al no bastar que las expresiones sean atentatorias a la dignidad atendido su significado gramatical, (...) sino recíproco, (...) (atendiendo al) contenido ético del contrato de trabajo en ambos sentidos (...) del lado del empresario y del trabajador, (...) y bien es cierto que el actor rega-

la a la encargada con las siguientes palabras ‘inhumanos’, ‘no tenéis corazón’, ‘sinvergüenzas’, ‘ladrones’, no podemos en ningún modo olvidar el contexto en que se vierten, que constituye una evidente provocación. Estas inapropiadas palabras son la respuesta a la comunicación de la empresa de no pagarle el salario del día 24 de septiembre de 2001, fecha en que tuvo que velar a su hija ingresada en el hospital, siendo que su inasistencia había sido oportunamente comunicada a la empresa, la cual no se le desautorizó. “(...) Esas expresiones más que un ánimo de injuriar integran un propósito de censurar una actuación abusiva del empresario, constituye una protesta inadecuada a la decisión de la empresa, que tampoco tiene muchos visos de ser ajustada a derecho, (...) lo cual resta animosidad injuriosa, para integrar manifestación de la censura que le merece al trabajador tal aptitud de la empresa, que no parece muy acorde con el derecho laboral que incumbe al trabajador de ser respetado en su intimidad y dignidad”.

– La **STSJ de Madrid de 23 de abril de 2002**, I.L. J 1062 (recurso 612/2002), revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido disciplinario por *ofensas verbales y amenazas* de un Jefe de Servicio Técnico que llama “sinvergüenza” al Director Financiero de la empresa, y que para la Sala “en las circunstancias en que tuvo lugar, con ocasión de la reclamación de unos gastos de hotel, ni objetivamente, ni en el contexto en que se profirieron tienen entidad para acarrear la máxima sanción en materia laboral”. Por otra parte al Presidente de la mercantil le dijo que “hacia 15 años que debía estar jubilado”, manifestación que la Sala califica como “peyorativa y despectiva mas no injuriosa”, y en tercer lugar realiza presuntas amenazas al Director financiero, respecto de lo que señala el Tribunal “obligado resulta recordar que la carta de despido se limita a plasmar tal concepto jurídico sin especificar las hipotéticas frases proferidas, y tal omisión decisiva no puede suplirse en el acto del juicio, pues el demandante desconocía en el momento de formular su oportuna defensa el actuar concreto imputado, y, por lo tanto, no puede ser tenida en cuenta”.

– La **STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1178 (recurso 427/2002), declara la improcedencia del despido de un trabajador por ausencias injustificadas, ya que éstas se produjeron con motivo del disfrute de las vacaciones que le quedaban, en el único período temporal posible. De tal disfrute unilateral no resulta, para la Sala, gravedad ni culpabilidad de conducta que justifique el despido.

La **STS de 19 de junio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1396 (r.c.u.d. 3238/2001), estima el recurso de casación y anula la sentencia recurrida en un supuesto de despido disciplinario de un empleado de Caja de Ahorros al entender prescrita la falta imputada, consistente en “haber cometido graves irregularidades en el desempeño de su cometido”. La Sala considera que la iniciación de un expediente disciplinario, previo al despido, no interrumpe el plazo de prescripción para sancionar, por lo que había prescrito la acción cuando se produjo el despido.

“a) Como es doctrina reiterada de la Sala, contenida no sólo en la sentencia contraria, sino, además entre otras, en la de 29 de septiembre de 1986, 9 de abril de 1990, 26 de diciembre de 1995, 12 de junio de 1996 y 20 de marzo de 1997, el día inicial para el cómputo de

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

la prescripción corta de los 60 días, es el del conocimiento pleno y cabal de los hechos por quien tiene la facultad de sancionar, y no aquella fecha en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indicación de las faltas cometidas. b) Siendo esto así, en el presente caso, en donde está probado en la sentencia, que el actor incurrió en el desempeño de su trabajo en diversos irregulares desde el punto de vista del cumplimiento de las normas interiores de funcionamiento de la entidad, (...) que originó la necesidad de una auditoría, por lo laborioso de la tarea de investigación, está fuera de toda duda, aunque no constituya una exigencia legal que el día inicial del plazo de prescripción debatido debe fijarse en la fecha del informe de la auditoría que es cuando tuvo un cabal conocimiento la empresa, de la conducta imputada para decidir el despido. Por tanto, como en el caso de autos, el informe de la auditoría es de 20 de abril de 1999, ésta es la fecha del día inicial de la prescripción por lo que cuando se produjo el despido el 15 de octubre de 1999, la acción está prescrita. c) Ahora bien, siendo el tema específico de debate (...) el de si, la incoación de expediente disciplinario interrumpe o no el plazo de prescripción del art. 60 del ET, y 84 del Convenio Colectivo, la solución correcta es (...) los efectos no interruptivos de dicho plazo reiterada en la sentencia de 29 de junio de 1999, entre otras, niega dichos efectos interruptivos cuando el trabajador no tiene carácter representativo, ni lo exige el correspondiente C. Colectivo. En el caso de autos, el actor no ostenta la cualidad de representante sindical ni el expediente disciplinario incoado venía impuesto por el C. Colectivo; lo único que establece el art. 82 del Convenio es la necesidad de dar audiencia por tres días al interesado previa a la imposición de la sanción en los casos de faltas graves y muy graves, pero tal trámite, de naturaleza distinta al expediente, no interrumpe la prescripción, sólo abre un paréntesis de tres días, para oír al trabajador, pasado el cual debe imponerse, si procede la sanción y sin que produzca otros efectos que los de no computar los tres días a efectos de prescripción; en el caso de autos, en donde no consta se diera el trámite de audiencia, aun descontando los tres días, siempre la sanción se impuso cuando la acción estaba prescrita.”

La improcedencia del despido como conclusión de *defectos de forma o incumplimiento de requisitos* se analiza en las siguientes resoluciones:

– **STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2002**, I.L. J 822, revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido disciplinario, por incumplimiento de los *requisitos formales* previstos en convenio colectivo, consistentes en la “obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores los hechos imputados y la calificación previa de la sanción”; estableciendo asimismo el Convenio con carácter taxativo que “el despido será declarado improcedente cuando no se ajuste en su forma a lo establecido (...) (en el mismo).”

Motiva la Sala, que tal incumplimiento, “aparte de privar al trabajador de las garantías que la norma convencional le otorgaba en cuanto a un posible acuerdo entre la empresa y la representación social respecto de la sanción a imponer, ha vulnerado un requisito de forma para el que la Ley impone la declaración directa de improcedencia del despido”.

– **La STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2002**, I.L. J 823, declara improcedente la decisión extintiva unilateral del empresario de una *empleada al servicio del hogar familiar*, que se manifiesta de forma verbal, sin cumplimiento de preaviso y sin abono o puesta a disposición de la indemnización correspondiente.

– La STSJ de Galicia de 25 de abril de 2002, I.L. J 949 (recurso 1638/2002), falla la improcedencia de la exención, en la que la carta de despido no hace indicación alguna de la infracción que pudiera haber cometido la trabajadora; asimismo toda la prueba practicada, no resulta suficiente para la Sala para su justificación.

Al despido durante el período de prueba se refiere la STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2002, I.L. J 833, que revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia de la extinción, al considerar nulo el pacto de prueba, ya que el trabajador, empleado de Correos y Telégrafos, había prestado servicios para la empresa en la misma categoría profesional.

“La nulidad del pacto se produce siempre que el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, sin que quepa aceptar un período de prueba fijado de modo aplazado y sometiendo cada vez el vínculo a esa experimentación que carece de finalidad una vez superada la misma (...) (además de) (...) que en la anterior vinculación entre las partes, no se produjo el sometimiento del contrato a prueba alguna.”

A la falta de causa motivadora del despido o a su insuficiente entidad se refieren diversas resoluciones:

– La STSJ de Madrid de 9 de abril de 2002, I.L. J 1052 (recurso 353/2002), declara la improcedencia del despido de un trabajador por la ausencia de gravedad de los hechos que se le imputan, así como por la falta de acreditación de tales hechos. No estima la petición de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador, con motivo del testimonio prestado en un procedimiento de despido de otro trabajador, ya que “la declaración del trabajador en nada perjudicó a la empresa, mediando entre uno y otro acontecimiento un tiempo más que suficiente como para romper el nexo causal que pudiera establecerse entre ambos”.

– La STSJ de Madrid de 16 de abril de 2002, I.L. J 1055 (recurso 376/2002), falla la improcedencia del despido de una trabajadora que incurre en cuatro faltas leves y una grave, “que en modo alguno justifican el despido, no concurriendo ningún incumplimiento cuya gravedad y culpabilidad pueda considerarse como falta muy grave”.

– La STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2002, I.L. J 1076 (recurso 345/2002), declara la improcedencia del despido de una Auxiliar de Ayuda a domicilio contratada por un Ayuntamiento, por extinción de dotación presupuestaria, ya que esta causa extintiva no se contempla en el contrato, sino que se contempla otra distinta cual es al finalización del servicio; ya que “el Ayuntamiento prescinde de ella utilizando como argumento la gestión del servicio de asistencia pública por una empresa privada”.

– La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1235 (recurso 583/2002), resuelve la improcedencia del despido de un guarda de seguridad sin habilitación para prestar tales servicios, conocida por la empresa al no existir causa para el despido. [Vid. supra VI.2.B).a).]

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

– La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1236 (recurso 1353/2002), decide la improcedencia del despido de un trabajador fijo discontinuo “con motivo de fin de temporada”, ya que el trabajador tenía la condición de fijo y la actividad en la empresa permanente. Para la Sala el cese carece de razón, ya que el montaje de mobiliario se efectúa en todas las estaciones del año, con independencia de que, como en cualquier empresa, la actividad pueda oscilar, con abstracción de la época y por mor de la situación de mercado”.

– La STS de 5 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1366 (recurso 2506/2001), casa y anula la sentencia de suplicación y declara la improcedencia del despido de una empleada de hogar realizado verbalmente.

La STSJ de Baleares de 8 de marzo de 2002, I.L. J 917 (recurso 68/2002), confirma la sentencia de instancia que desestimaba la petición principal de nulidad del despido de un trabajador y estimaba la petición de improcedencia. El supuesto refiere el incumplimiento de la empresa de la obligación impuesta por Convenio Colectivo, en virtud del cual debía proceder a contratar *ex novo* al actor, al haber sido declarado en la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de lavandero y concurrir los requisitos previstos para ello, eludiendo su cumplimiento mediante la ficción de un despido. Tras la contratación *ex novo*, la empresa procede al despido.

Motiva la Sala que:

“las consecuencias y efectos de la declaración de despido improcedente (...) también es aplicable a supuestos de fraude de ley en la contratación, negativas a la reincorporación del trabajador tras la suspensión del contrato ya sea por excedencia o tras resolución del INSS en la que se le declara en situación no invalidante, entre otros supuestos, sin que, por ello, proceda la declaración de despido nulo, el cual sólo está previsto en los supuestos contemplados en el apartado 5 del art. 55 del ET, es decir, cuando el despido tenga como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

A la irregular extinción de contratos temporales se refiere un nutrido grupo de sentencias.

– La STSJ de Galicia de 30 de abril de 2002, I.L. J 955 (recurso 1688/2002), declara la improcedencia de la extinción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, ya que “las labores efectivamente realizadas (por el trabajador) –algunas impropias de la categoría profesional– eran realizadas, con anterioridad a la contratación (...), por otro trabajador, sin necesitarse –o, al menos, sin acreditar necesitarse–, ni antes ni después del contrato de trabajo, ni con relación a esas labores ni con relación a las labores asumidas por el trabajador sustituido, la existencia de un incremento de la actividad productiva justificativa de un paralelo incremento de la fuerza laboral para atender dicho pico de la producción”.

– La STS de 10 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 972 (r.c.u.d. 2806/2001), confirma la improcedencia de la extinción de dos profesoras de educación permanente de adultos, que prestaron servicios, durante períodos discontinuos pero reiterados, con vigencia tem-

poral coincidente con el curso escolar. La falta de llamamiento al curso siguiente, no se justifica, ya que no se acredita la terminación del servicio de educación permanente.

Señala el Tribunal que:

“Esta Sala ha ido estableciendo un cuerpo de doctrina sobre la aplicación del contrato de obra o servicio determinado a los programas de actuación temporalmente limitados de las Administraciones Públicas (...) pero tal admisión de la aplicación de tal modalidad contractual en tales supuestos no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esta configuración. (...) aclara que “esta Sala no ha elevado en ningún caso la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal”, precisando que “del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian”. Y en el mismo sentido se pronuncia el nuevo apartado e) del artículo 52 del ET, que, al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación. “(...) de lo que se trata no es de determinar lo que se ha pactado, sino de establecer si lo pactado se ajusta al tipo legal del contrato de obra o servicio determinado (...)” “Si se aceptara la tesis del recurso no estaríamos ante un contrato de obra o servicio determinado, que es, en principio, un contrato de duración incierta (SS de 26 de septiembre de 1992 y 4 de mayo de 1995), sino ante un contrato a término cierto que no se ajusta a ninguno de los tipos del artículo 15.1 del ET, pues no cumple las funciones propias de la interinidad, ni puede considerarse de eventualidad, dado que no responde a una necesidad extraordinaria de trabajo, ni se han respetado los límites temporales del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, al no ser válido el término invocado, el cese de las actoras ha sido calificado correctamente como despido improcedente y el recurso debe ser desestimado, con las consecuencias que de ello se derivan.”

– La STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2002, I.L. J 1225 (recurso 1190/2002), declara la improcedencia de la extinción de un contrato eventual por circunstancias de la producción de un dependiente, en un supuesto en el que no se acredita la naturaleza temporal del contrato, “dado que la causa invocada aparece colectivamente limitada para los contratos por obra, como tampoco la conclusión de esta última”.

– La STS de 26 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1346 (r.c.u.d. 2709/2001), confirma en unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia que declaró la improcedencia del cese de un trabajador con contrato de interinidad en una Administración pública, con motivo del nombramiento en comisión de servicios de un funcionario de carrera, ya que se trata de una causa de extinción no contemplada en el contrato de trabajo.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

a) La indemnización: cuantía y cálculo

La STSJ de La Rioja de 9 de mayo de 2002, I.L. J 1358 (recurso 33/2002), analiza el cálculo de la indemnización en supuestos de sucesivos contratos temporales, sin solución de continuidad, con empresa de limpiezas y suscripción de recibos de finiquito, en el que se ha de valorar “no la total antigüedad, sino el número de días efectivamente trabajados durante toda su relación laboral”.

“Es doctrina unificada, y reiterada, la que declara que el tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma y que tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido y que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos (vid., por todas, la STS, Sala Cuarta, de 18 de septiembre de 2001, rec. 4007/2000).”

b) Salarios de tramitación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 2002, I.L. J 887 (recurso 2084/2001), niega que opere la limitación en el pago de los salarios de tramitación respecto de una consignación judicial efectuada tras el reconocimiento de la improcedencia del despido de una trabajadora, ya que el ofrecimiento y consignación se hace en concepto de indemnización saldo y finiquito.

“Si bien es posible y admisible el ofrecimiento conjunto de una cantidad total que englobe el pago de la indemnización y los salarios de tramitación, en tanto que sería válida la oferta llevada a cabo en ‘términos lo suficientemente claros como para permitir la inmediata determinación de su cuantía y por consiguiente la inmediata aceptación por parte del trabajador’, sin embargo no sería asumible el ofrecimiento en el que se introdujesen conceptos ajenos a los contemplados en el art. 56.2, como sería el saldo y finiquito, ya que ello implicaría condicionar la aceptación de la oferta relacionada con el contenido de la acción de despido a la aceptación del propio finiquito, incumpliendo así no sólo la finalidad perseguida en el precepto, sino que la oferta devendría abusiva y contraria al derecho de defensa del trabajador respecto de la futura reclamación liquidatoria; (...) aunque el art. 56.2 del ET no requiere ninguna formalidad específica en cuanto a la oferta empresarial que él mismo contempla, sí que exige que la misma sea lo suficientemente clara como para que el trabajador pueda aceptarla o rechazarla sin más, deviniendo contraria a tal exigencia una oferta condicionada a la aceptación del saldo y finiquito de la relación laboral.”

En el mismo sentido, se dicta la STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2002, I.L. J 1040 (recurso 477/2002), en la que siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en esta materia

refiere que “no basta con el ofrecimiento de la indemnización y de los salarios de tramitación para que opere el art. 56.2 ET, si se incluye también la liquidación de la relación, puesto que ello supone el condicionar la propuesta de avenencia a elementos distintos a los que configuran las consecuencias del despido. Por ello, si el ofrecimiento de una cantidad global no es suficiente, con una oferta clara, precisa y determinada o determinable (STS de 30 de diciembre de 1997), hemos de convenir que la oferta realizada por la empresa, no aceptada por la trabajadora, ofrece dudas, y ello porque no se puede escindir la suma que corresponde a los salarios de tramitación de aquella otra que interfiere en la liquidación de la relación”.

“Es irrelevante que se haya consignado como causa de la no avenencia la discrepancia con el importe del salario, puesto que, tampoco la empresa acredita el que existiese un ofrecimiento deslindado entre las consecuencias del despido, a efectos de enervar posteriores salarios de tramitación, y la liquidación de la relación, y prueba de ello es que consignó, posteriormente, el total de la cuantía, volviendo a condicionar la aceptación a la totalidad de las cantidades.”

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de mayo de 2002, I.L. J 1548 (recurso 325/2002), niega la obligación de pago de los salarios de tramitación a la empresa cuando el trabajador improcedentemente despedido se halle en situación de incapacidad temporal.

Alude la Sala a Jurisprudencia ya unificada en el sentido de que:

“corresponde a la entidad gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente, solución que es asimismo aplicable, y con idéntica razón, a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha del despido (...) así como que (...) la clave para la solución del problema radica en la propia naturaleza de los salarios de tramitación; el art. 52.1.b) del Estatuto de los Trabajadores concibe los salarios de tramitación como la suma que es debida al trabajador, cuando el despido es declarado improcedente, y equivale a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare su improcedencia o hasta que hubiere encontrado empleo si la colocación es anterior a la sentencia. (...) Si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia”.

c) Otras cuestiones conexas

La STS de 11 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 973 (r.c.u.d. 3538/2001), declara la falta de acción del trabajador improcedentemente despedido de una compañía de segu-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ros, respecto del ejercicio de la opción de compra de acciones, *stock options* realizado anticipadamente. La Sala califica la acción como “declarativa de futuro y de mero carácter preventivo que no responde a un conflicto real y actual”.

Señala que: “el período de carencia pactado (...) constituye (...) un requisito para causar o poder ejercitar la opción. Por ello, aunque el artículo 1256 CC impide que este derecho se extinga por el despido, tampoco es posible el ejercicio anticipado”.

La STS de 25 de septiembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 871 (r.c.u.d. 3248/2000), analiza los efectos que produce la solicitud de ejecución de sentencia que declara la improcedencia del despido. Estima el recurso de casación para unificación de doctrina, en el supuesto analizado en el que tras la notificación de la Sentencia al empresario a través del BOP el día 8 de junio de 1999, el trabajador “realiza una primera solicitud de ejecución de sentencia, deducida en 26 de julio”. Tal acción, señala la Sala, es ejercitada dentro de plazo (art. 277 LPL) dentro de los “20 días a partir de que expire el plazo de 10 días que el empresario tiene para llamar al operario” o de “los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia”; por lo que aun cuando el día señalado para la comparecencia incidental, el actor, debidamente citado, no acudiese, y se le tuviese “por desistido de la solicitud”, “(...) dedujo una segunda petición de ejecución, a cuya comparecencia acudió el trabajador y el FGS”, quien opuso la excepción de prescripción, que fue acogida en instancia, y en suplicación.

Señala el alto Tribunal que:

“la primera solicitud de ejecución es un acto interruptivo de la prescripción, en sentido legal, cuya virtualidad o eficacia no desaparece por la ulterior inasistencia del acreedor laboral, a la cual la ley enlaza necesariamente el desistimiento de tal solicitud; sin que el modo alguno el deudor (amén de que estaba ausente) no podía, como en lo civil, instar la prosecución del acto (cfr. art. 442 LEC 2000, como norma ilustrativa). Por lo que deviene útil y eficaz la segunda solicitud presentada, dentro del plazo máximo de tres meses, a contar desde la firmeza de la sentencia, toda vez que el mismo fue interrumpido (por la primera solicitud de ejecución”.

A la readmisión irregular del trabajador se refiere la STSJ de Galicia de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1561 (recurso 944/2002), en un supuesto en el que la empresa evidencia un trato vejatorio y amenazante al trabajador cuando la reincorporación se pretende, lo que motiva el fallo de readmisión no regular.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD. SUPUESTOS. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

A) La garantía de indemnidad

La STSJ de Madrid de 12 de abril de 2002, I.L. J 1053 (recurso 852/2002), confirma la declaración de nulidad del despido practicado, por vulneración de la garantía de indemnidad

del trabajador; Reseña la Sala que el trabajador ha cumplido con la carga de aportación de indicios relevantes, como la presentación de la papeleta de conciliación, la interposición de demanda sobre cesión ilegal, que se encontraba pendiente de juicio cuando le fue notificada la extinción del contrato alegando que “TVE, SA” le había comunicado la extinción del servicio; pero las empresas demandadas “no han acreditado en modo alguno que esa extinción obedeciera a un propósito totalmente ajeno a la represalia que los indicios hacen sospechar” “(...) toda vez que no se han acreditado ni la existencia y condiciones de la contrata, ni tampoco se ha probado la alegada comunicación extintiva de ‘TVE, SA’ a ‘BAI’, y ni siquiera existe el contrato de trabajo escrito a cuyas cláusulas 7 y 8 se alude, ya que la contratación del actor por ‘BAI’ fue verbal”. Motivos por los que para la Sala la calificación adecuada del despido ha de ser la de nulidad. Y tratándose RTVE, SA de un ente público resulta aplicable la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno a la no consideración del trabajador como fijo de plantilla sino titular de una relación laboral indefinida.

B) Tutela de la libertad sindical

La STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2002, I.L. J 1563 (recurso 1901/2002), declara la nulidad del despido practicado a un trabajador, por considerar la actuación disciplinaria de la empresa, lesiva de derechos fundamentales, al mediar indicios o un principio de prueba relativo a una represalia de carácter antisindical, que se encuentra vinculada a la actuación reivindicativa del trabajador.

La Sala concreta tal vinculación a través de circunstancias fácticas como:

“1º El antecedente de otro despido disciplinario, derivado de la participación del trabajador en la huelga convocada por su sindicato, y la solución de readmisión derivada del arbitraje voluntario de un alto cargo público gallego, lo que para la Sala configura un contexto fáctico conflictivo, en un período inmediatamente anterior (...) al despido disciplinario, la readmisión se había producido a 27 de julio de 2001 y el expediente disciplinario se inició a 12 de septiembre de 2001 intervalo en el que la empresa intentó alcanzar una resolución indemnizada mediante una reunión producida sólo dos días antes de la comunicación al trabajador de la iniciación del expediente disciplinario. Tampoco se puede pasar por alto, que (...) otro trabajador asistente a la reunión con la empresa ha sido objeto de un expediente por otros hechos. (...) 2º (...) el conocimiento de la empresa de la afiliación del trabajador (...) 3º De los hechos imputados en la carta de despido disciplinario, (...) la prueba testifical ha resultado contradictoria (...) así como que el supuesto insultado es un superior jerárquico de la empresa, es representante cualificado de la empresa y único testigo del presunto hecho (lo cual para la Sala) resta imparcialidad a su declaración que no ha venido apoyada por prueba complementaria alguna.”

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA

M^a. CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Acción sindical en la empresa.
 B) Libertad sindical y negociación colectiva. C) Procedimiento de libertad sindical.
 D) Régimen jurídico de sindicatos. E) Poder de dirección empresarial y libertad sindical.
2. Representación unitaria. A) Comité de empresa. B) Comité intercentros.
 C) Garantías de los representantes. **3. Conflicto colectivo.** A) Ámbito del proceso de conflicto colectivo. B) Competencia jurisdiccional funcional y territorial en procesos de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Sustitución de trabajadores huelguistas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 814 a J 1618).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Acción sindical en la empresa

La Ley Orgánica de Libertad Sindical dedica su capítulo cuarto a la descripción de una serie de conductas que se pueden llevar a cabo en el marco de lo que se entiende por acción sindical. Entre las actuaciones que la Norma propone y para cuyo desarrollo legítima a los trabajadores afiliados a un sindicato está la de difundir información a los trabajadores. Como se sabe, existen diversas fórmulas para dar difusión a la información y precisamente una de las que más problemas viene planteando en los últimos tiempos, en parte por la novedad que supone y en parte por la ausencia de regulación específica que provoca la necesidad de aplicar analógicamente otras reglas ya existentes, es el correo electrónico. Esta cuestión que ya se abordó en sentencias comentadas en números anteriores como la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001**, I.L. J 3224, vuelve de nuevo a suscitar dudas en la **SAN de 5 de abril de 2002**, I.L. J 923. En este caso la Confederación General de Trabajo, Sindicato Federal CGT-Telefónica presentó una propuesta a la Comisión de Gestión del Comité Intercentros relativa a una cláusula del con-

venio colectivo en la que se analizaba la existencia de una bonificación que Telefónica proporcionaba a sus empleados a la hora de contratar una línea ADSL. CGT elaboró un escrito en el que ponía en entredicho las ventajas que los trabajadores de Telefónica obtenían a la hora de contratar dicha línea y en consecuencia solicitaba difundir sus conclusiones a través del infobuzón. Sin embargo, la Dirección General de Recursos Humanos envió un comunicación poniendo de manifiesto que no se iba a difundir dicho escrito a través del infobuzón porque no se estaba ante una materia relacionada con la negociación colectiva, las elecciones sindicales u otros eventos singulares. En definitiva, no se estaba difundiendo información sindical. Ante esta negativa CGT solicitó la tutela del derecho a la libertad sindical al entender que la empresa demandada había lesionado el derecho de información sindical sin injerencias, así como el de secreto de las comunicaciones sin causa justificativa para ello. El TS trasladó la cuestión a la letra del convenio colectivo y a lo en él establecido a la hora de delimitar las posibilidades de uso del correo electrónico como medio para difundir información a los trabajadores. Teniendo en cuenta que en el convenio colectivo aplicable al caso que nos ocupa la utilización de este mecanismo por la representación unitaria de los trabajadores y por los sindicatos se circunscribía a la difusión de temas de especial consideración y siempre referidos a la negociación colectiva, a elecciones sindicales y a otros eventos singulares entre los que no se incluía el tipo de información que en este supuesto se manejaba, la negativa por parte de la empresa a utilizar el infobuzón con la finalidad pretendida no fue considerada un atentado a la libertad sindical.

Igualmente relacionada con la actividad sindical en la empresa está la **STSJ de Madrid de 2 de abril de 2002**, I.L. J 1045, relativa al uso de un local de la empresa para la realización de una asamblea de trabajadores. Este tema, tal y como lo demuestran las crónicas precedentes, ha sido objeto de delimitación por parte de los tribunales en numerosas ocasiones. Ahora bien, esta sentencia no cumple esa función delimitadora porque en realidad lo que se solicitaba era una indemnización por haber obstaculizado el ejercicio del derecho como consecuencia de un error humano. La Sección Sindical de la CGT demandó a “Unísono Soluciones CRM, SA” en reclamación sobre tutela de derechos fundamentales solicitando una indemnización de 100.000 pesetas. La Sección Sindical había solicitado a la Dirección de recursos humanos una sala para la celebración de una asamblea de trabajadores y ésta había contestado a través de un escrito firmado por un técnico administrativo con autorización de la Directora de recursos humanos en el que se ponía de manifiesto la existencia de una sala a su disposición en el horario solicitado. Sin embargo, el día que se iba a celebrar la asamblea la Dirección de Recursos Humanos a través de los tablones de anuncios difundió una nota en la que advertía de la inexistencia de autorización empresarial para su celebración por no haberse cumplido los requisitos exigidos en el Estatuto de los Trabajadores para su convocatoria. Cuando los Delegados Sindicales de la empresa, los trabajadores afiliados y los miembros del Comité de Empresa intentaron acceder a la sala se les prohibió la entrada produciéndose ciertos altercados en los que intervino la fuerza pública. Finalmente, el técnico administrativo reconoció su firma en el escrito que poseía la Sección sindical y se permitió la celebración de la Asamblea, pero como ya sea habían perdido dos de las tres horas durante las

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

cuales se contaba con autorización para la celebración de la reunión se pospuso para otro momento. La Sección Sindical estaba dispuesta a aceptar que se había cometido un error, pero exigía la publicación de una nota por parte de la empresa donde reconociese que sí se habían cumplido todos los requisitos legalmente exigidos para la realización de la asamblea, así como una indemnización de 100.00 pesetas. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid calificó de antisindical la conducta de la empresa, pero con un matiz por la existencia de un error humano por lo que redujo la indemnización a la cantidad de 150 €, es decir unas 25.000 pesetas.

B) Libertad sindical y negociación colectiva

En el caso que dio lugar a la **STSJ de Castilla-La Mancha**, I.L. J 883, USO había demandado a la Delegación Provincial de Educación y Cultura de Toledo, a la Federación de Sindicatos Independientes de la Enseñanza (FSIE), a la Unión General de Trabajadores y a Comisiones Obreras porque se había convocado la Comisión Provincial de Conciertos Educativos y USO no había sido convocado. La Central demandante tras enterarse de modo ocasional de la existencia de dicha convocatoria y antes de plantear la demanda se puso en contacto con el Presidente de dicha Comisión poniendo de manifiesto que era más representativo en el ámbito de la enseñanza concertada, pero no recibió ninguna contestación. En la siguiente reunión de la Comisión Provincial de Conciertos Educativos se leyó la queja presentada por USO y se propuso que tuviese presencia en la Comisión, pero no voto. Ante esta actitud USO solicitó la declaración de nulidad de la constitución de la Comisión Provincial y de todos los actos y acuerdos que se hubieran adoptado en su seno por vulneración de su Libertad Sindical. Tanto en la instancia como en suplicación se acogió la excepción de incompetencia del Orden Jurisdiccional Social, correspondiéndole el conocimiento de la cuestión al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo porque la acción esgrimida se basaba en un acto administrativo adoptado en función de una disposición normativa de carácter también administrativo.

Como se puede intuir la exclusión de un sindicato para la negociación de un convenio colectivo plantea numerosos problemas y prueba de ello es la **STS de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1304. En esta sentencia se discutía la modificación de la unidad de negociación de un convenio colectivo, concretamente el del personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid para cuya negociación se venían aplicando las reglas propias de la negociación de un convenio de empresa, pero en el año 2001 se aplicaron las reglas de la negociación del convenio de sector y como consecuencia de ello el sindicato demandante quedó excluido. El TS consideró que en el supuesto concreto de que se trataba, puesto que incluía no sólo al personal de la Administración de la Comunidad Autónoma con personalidad jurídica propia, sino también al de sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y empresas con forma de sociedad mercantil se estaba ante un marco organizativo plural con una dirección común y con un grado de complejidad significativo por lo que teniendo en cuenta la doctrina del TS resultaban aplicables para la determinación de la legitimación del banco social las reglas propias de los convenios de ámbito supraempresarial. Debiendo quedar claro que si como consecuencia de la aplicación de esas reglas resultaba excluido algún sindicato dicha exclusión no era contraria al derecho de libertad sindical.

C) Procedimiento de libertad sindical

En la STS de 27 de mayo de 2002, I.L. J 1138, se trataba de dilucidar cuál es el procedimiento adecuado para solicitar la nulidad de una decisión adoptada por la Confederación Sindical de CCOO de Andalucía y de la Federación de Industrias Textil, Piel y Afines por medio de la cual se produjo la disolución de una Sección Sindical. Contra esa decisión interpuso la demanda correspondiente la Sección afectada pues la consideraba atentatoria de su derecho de libertad sindical y en consecuencia articulaba su pretensión a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical que es la adecuada de acuerdo con la doctrina del TS. Para poder utilizar el procedimiento de tutela de la libertad sindical es preciso invocar la existencia de una actuación que impida o restrinja el ejercicio de ese derecho, de modo que en aquellos casos en los que se esgrima una conducta antisindical habrá que utilizar el procedimiento mencionado, STS de 14 de junio de 2002, I.L. J 1381. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en la STSJ de Baleares de 15 de mayo, I.L. J 1164, en la que se impugnó un traslado de centro de trabajo por entender el demandante que se basaba en su condición de miembro del Comité de Empresa y en definitiva suponía un atentado a su libertad sindical, articulándose la solicitud realizada a través de un procedimiento ordinario cuando debería haberse empleado el procedimiento expresamente previsto para la tutela de la libertad sindical.

D) Régimen jurídico de sindicatos

La Ley Orgánica de Libertad Sindical dedica su título II al régimen jurídico sindical y en él regula cuestiones tales como las que se abordan en las sentencias que incluimos en este apartado. Efectivamente, el art. 4.2.a) LOLS prohíbe que la denominación de una organización sindical coincida o induzca a confusión respecto de otra legalmente registrada y precisamente ése es el supuesto de hecho que presenta la STSJ de Aragón de 18 de junio de 2002, I.L. J 1442. En ella se discutía la utilización por parte de dos sindicatos diferentes de siglas parecidas susceptibles de generar cierta confusión. La Unión Sindical de Trabajadores de la Administración había depositado sus estatutos en 1977 y se había registrado bajo el acrónimo USTA-USO, pero habitualmente era conocida bajo las siglas USTA. En el año 2002 se publicó en el Boletín Oficial del Estado de Aragón el anuncio del depósito de los estatutos de la Unión Sindical de Trabajadores de Aragón bajo las siglas UTSA, ante lo cual la Unión Sindical Obrera presentó alegaciones para que no se aceptase dicho depósito, pero la Dirección General de Trabajo las desestimó por lo que se acudió a los tribunales solicitando la declaración de nulidad del acta de constitución y de los estatutos de la Unión Sindical de Trabajadores de Aragón. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la sentencia mencionada consideró que la utilización siquiera parcialmente de un acrónimo común podía generar confusión y en consecuencia estimó la demanda.

Una cuestión parecida, en la medida en que está relacionada con la identificación de sindicatos, se plantea en la STSJ de Canarias de 16 de mayo de 2002, I.L. J 1169. En este

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

caso no se entra en el fondo pues se acepta la excepción de inadecuación del procedimiento opuesta por la parte demanda, pero a pesar de ello merece la pena detenerse en esta sentencia. El litigio se planteó porque la Federación del Campo de CCOO consideraba que la utilización de un logotipo parecido al suyo por parte del Sindicato Independiente de Trabajadores de Canarias suponía una vulneración de su derecho a la libertad sindical por lo que interpuso demanda por medio del procedimiento de tutela de la libertad sindical. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, acogiendo los planteamientos de la parte demandada, nos recuerda que en ese caso y en tanto que la descripción del logotipo cuyo uso se discutía constituía el contenido de uno de los preceptos de los estatutos sindicales y en tanto que se estaba discutiendo contenido estatutario el procedimiento utilizado no era el adecuado.

La expulsión de los afiliados es otra cuestión relacionada con el funcionamiento interno de los sindicatos que se aborda en la **STSJ de Madrid de 16 de abril de 2002**, I.L. J 1056. En esta sentencia se planteó un aspecto de carácter instrumental conectado con dicha actuación, el plazo a tener en cuenta para impugnar la decisión de un Sindicato de expulsar a un afiliado. A este respecto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que dicha actuación no era un acto contrario a los estatutos sindicales sino a las leyes y, ante la ausencia de regulación expresa al respecto bien en la LOLS o en la LPL, se aplicó análogamente el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción correspondiente en ese supuesto.

E) Poder de dirección empresarial y libertad sindical

El empresario en el ejercicio de su poder de dirección puede colisionar con derechos fundamentales. De acuerdo con la doctrina del TC, expuesta en numerosas sentencias, si se intuye la existencia de una posible lesión de derechos fundamentales y se presentan por parte de quien esté afectado por la medida indicios suficientes de la misma se produce una inversión en la carga de la prueba de modo que quien presuntamente ha vulnerado tales derechos es quien debe probar que la medida adoptada está basada en motivos totalmente objetivos. Ahora bien, para que dicha inversión se produzca se precisa la presentación de indicios suficientes y eso es precisamente lo que falta en la **STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002**, I.L. J 1223, en la que se trata de determinar si se ajusta o no a derecho el traslado de una trabajadora decretado por la empresa. La actora, auxiliar administrativo, prestaba servicios en Madrid donde la empresa poseía un único centro de trabajo en el que solamente ella prestaba servicios. Su función era la de tomar los pedidos que le comunicaban los comerciales y transmitirlos a Jumilla donde la empresa tenía su sede. El 23 de abril se celebraron elecciones sindicales en las que ella era la candidata primera suplente en la lista de CCOO, pero como consecuencia de la baja en la empresa de un representante de CCOO integrante del comité de empresa la actora pasó a ocupar automáticamente la vacante. Como consecuencia de la necesidad de una reestructuración en el desarrollo de la actividad empresarial el 28 de mayo se le comunicó a la actora su traslado a Jumilla medida que apreció vulneradora de su derecho a la libertad sindical. Sin embargo, el TSJ de Madrid al entender que no se habían presentado indicios suficientes de que el traslado obedeciese a su condición de miembro del comité de empresa desestimó su pretensión.

Así pues, un traslado puede o no ser acorde con la legalidad ordinaria, pero ese aspecto no es objeto de análisis en el proceso de tutela de derechos fundamentales cuya cognición es limitada y en el caso de que se entienda atentatorio de un derecho fundamental, como pueda ser el derecho a la libertad sindical, si se pretende conseguir una inversión en la carga de la prueba habrá que presentar los indicios de los que hablábamos al hilo de la sentencia anterior. En el mismo sentido de dicha sentencia se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2002**, I.L. J 1211, con ocasión de un traslado de un trabajador de RENFE.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Comité de empresa

La celebración de reuniones por parte del Comité de Empresa para tratar cuestiones de interés para sus trabajadores constituye una de las competencias propias de este órgano de representación. Sin embargo, el hecho de consistir en una actividad que le compete no significa que tenga el deber de convocar reuniones siempre que le sea solicitado. Así en la **STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2002**, I.L. J 1175, se plantea un problema a nivel interno en el Comité de Empresa de “Plásticos españoles, SA”. Tras la celebración de varias reuniones para tratar un determinado tema, un grupo de trabajadores en nombre y representación de SITA-USO y algunos miembros del Comité de Empresa solicitaron la celebración de una reunión extraordinaria cuyo orden del día recogía temas ya tratados y sobre los que ya se habían adoptado decisiones en reuniones anteriores, aunque los solicitantes de la nueva reunión no las habían aprobado porque no estaban de acuerdo. El Comité de Empresa se negó a la celebración de una nueva reunión y por esa razón los solicitantes de la misma interpusieron una demanda contra el Comité por vulneración de derechos fundamentales. En cambio, el Tribunal que conoció del asunto entendió que no existía tal vulneración sino más bien, al contrario, un abuso de derecho por parte de los solicitantes de la reunión extraordinaria.

B) Comité intercentros

En la **STS de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1351, se analiza la repercusión de la fusión de entidades sindicales sobre la intervención de las mismas en los distintos órganos de representación. En este caso se habían celebrado elecciones en abril de 1999 en el seno de Televisión Española, SA y Radio Nacional de España, SA, obteniendo USO un total de nueve representantes y UTC ocho. Posteriormente se constituyó el Comité General Intercentros de cuya composición de acuerdo con el Reglamento de Funcionamiento del mismo ni UTC ni USO formaban parte. Sin embargo, en septiembre de 1999 estas dos entidades llegaron a un acuerdo de fusión por medio del cual UTC se integraba en USO tras su disolución, en ese momento USO solicitó participar en todos los órganos y comi-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

siones representativas del ente público RTVE al entender que su número de representantes había pasado a ser de diecisiete. La Audiencia Nacional desestimó su pretensión y en el mismo sentido se pronunció el TS pues de acuerdo con el Reglamento de elecciones cuando se produzca una fusión de sindicatos y uno de ellos se subroga en todos los derechos y deberes del otro los resultados electorales del que se integra serán atribuidos al que acepta la integración sólo si el proceso de fusión se produce simultáneamente al de elección.

C) Garantías de los representantes

De acuerdo con el art. 68.e) ET los miembros del comité de empresa y los delegados de personal pueden disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación, permitiendo la Norma que el convenio colectivo establezca el modo en el que se puede llevar a cabo su acumulación. Sobre esta tema encontramos dos sentencias en las que se discute, entre otras cosas, un mismo extremo relativo a la cesión del crédito horario y cuyas soluciones son diferentes. Se trata de las **SSTS de 30 de mayo de 2002**, I.L. J 1142 y **de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1301. En la primera de ellas se discute la respuesta de la empresa ante la cesión de crédito horario llevada a cabo por varios miembros del Comité de Empresa pertenecientes al sindicato FETICO a favor de otros miembros del Comité afiliados a CCOO. La empresa Carrefour no admitió dicha cesión y CCOO calificó su conducta de antisindical por lo que interpuso la demanda correspondiente que fue desestimada en las diferentes instancias judiciales hasta llegar al TS donde también se desestimó al considerar que la actuación empresarial no era contraria al derecho de libertad sindical.

Por el contrario, en la **STS de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1301, en la que los hechos son similares, si bien los representantes que reciben el crédito pertenecen a UGT y no a CCOO, la conducta de la empresa sí fue considerada antisindical. Como decíamos, el supuesto de hecho es el siguiente: los miembros del Comité de Empresa de Carrefour procedentes del sindicato FETICO que voluntariamente habían dejado de pertenecer a él, pretendían acumular y ceder el crédito horario que les correspondía a favor de los miembros del Comité de Empresa afiliados al sindicato UGT, al que posteriormente se afiliaron también los exmiembros de FETICO cedentes del crédito horario. La empresa puso de manifiesto su negativa ante dicha actuación y por eso UGT presentó demanda al considerar que se estaba atentando contra su derecho a la libertad sindical con dicha actuación. El TS calificó la conducta empresarial contraria al derecho de libertad sindical pues en el precepto del convenio colectivo aplicable no se exigía que la acumulación hubiera de realizarse a favor del sindicato en el que estuviera afiliado el trabajador que cede la totalidad o parte de su crédito horario. Así pues, no existía inconveniente para que, con independencia de su afiliación, se llevara a cabo la cesión pretendida entre los representantes del Comité al margen del cambio de afiliación.

En la **STS de 27 de mayo de 2002**, I.L. J 1553, se plantea una cuestión relacionada con un derecho de difícil delimitación, el derecho de información. En este caso la empresa, concretamente la Universidad SEK de Segovia, interpuso una demanda solicitando una

indemnización por daños y perjuicios ante la actuación del Presidente del Comité de Empresa. Este trabajador en enero de 2001 en su condición de Presidente del Comité de Empresa había solicitado a la empresa el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio económico anterior. El 8 de marzo de ese mismo año fue revocado de su cargo por la Asamblea de trabajadores y en abril publicó un artículo en la revista *Rojo y Negro* del Sindicato Confederación General del Trabajo analizando la situación económica de la empresa, publicación que motivó que la empresa interpusiera una demanda solicitando indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo estimó parcialmente la demanda y afirmó que efectivamente el demandado había infringido la obligación que le alcanzaba de guardar secreto respecto de la información a la que había tenido acceso como miembro del Comité de Empresa al revelar extremos que no estaban amparados por el derecho de información y quedaban al margen de los fines legalmente establecidos, con independencia de que cuando se publicó el artículo ya no formara parte del Comité de Empresa.

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) Ámbito del proceso de conflicto colectivo

La SAN de 14 de marzo de 2002, I.L. J 922, forma parte del conjunto de resoluciones judiciales a través de las cuales se van perfilando los elementos que deben confluír para poder utilizar el procedimiento de conflicto colectivo diseñado en la LPL. En el caso que dio lugar a esta sentencia se discutía la validez de una convocatoria de plazas para cubrir vacantes de Ayudante de Maquinista. Una vez más en esta sentencia por referencia a otras se puso de manifiesto la necesidad de concurrencia de un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual debe estar afectado por el conflicto un grupo genérico de trabajadores no considerando como tal la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general e indivisible que afecte al grupo en su conjunto y no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, en otras palabras no puede existir un interés individualizable. Teniendo en cuenta que en este caso se discutía una convocatoria realizada por la empresa que afectaba a numerosos trabajadores, pero en la que no existía ese interés general no susceptible de individualización no podía emplearse este procedimiento.

En la misma línea de la sentencia anterior, en la STS de 4 de julio de 2002, I.L. J 1476, el TS recalca la necesidad de estar ante un interés no susceptible de individualización si lo que se pretende es acudir al procedimiento de conflicto colectivo. El origen de esta sentencia es una demanda de conflicto colectivo interpuesta frente a la empresa “Telefónica de España, SA” por parte de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de las Islas Baleares en la que se solicitaba la declaración de nulidad del traslado de una trabajadora a una plaza existente en el Departamento de Relaciones Internacionales y la publicación de la misma para que a ella pudieran optar todos los administrativos ofimá-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ticos de Palma de Mallorca. Esta pretensión se canalizó a través del procedimiento de conflicto colectivo, pero el TS sentenció que no era ése el procedimiento adecuado y ello porque si bien dicha pretensión se había presentado con una vestidura colectiva perseguía, por el contrario, un pronunciamiento eminentemente individual y, por tanto, no concurrían en este caso los elementos necesarios para emplear dicho procedimiento.

Por el mismo motivo, es decir la imposibilidad de utilizar el procedimiento de conflicto colectivo cuando los intereses en juego se pueden individualizar y ante la ausencia de un interés común, el TS también estimó en las SSTS de 5 y 24 de julio de 2002, I.L. J 1480 y J 1510, respectivamente, la excepción de inadecuación del procedimiento utilizado.

B) Competencia jurisdiccional funcional y territorial en procesos de conflicto colectivo

La STS de 4 de abril de 2002, I.L. J 960, tiene su origen en una sentencia de la Audiencia Nacional que ya fue comentada en el número ocho de esta Revista. Se perseguía la impugnación de sendos Acuerdos de subrogación entre las mismas empresas en dos aeropuertos diferentes, el de Alicante y el de Madrid. Como consecuencia de la mencionada subrogación un grupo de trabajadores de ambos aeropuertos pasó a trabajar de Iberia a “Ineuropa Handling Ute” una vez que AENA otorgó la concesión de estos servicios a esta última empresa. Como lo que se pretendía era impugnar los Acuerdos de subrogación de ambos aeropuertos y existían diversos elementos comunes tales como la empresa concesionaria y la normativa a aplicar se acudió a la Audiencia Nacional al entender que se estaba ante un conflicto supraautonómico, pero la Audiencia estimó su incompetencia. Precisamente, ésta es la decisión que se recurre ante el TS, pero que el Tribunal considera acorde a Derecho haciendo suyos los argumentos esgrimidos por la Audiencia, pues si la concesión se llevó a cabo de forma separada resultará competente el Juzgado correspondiente, en definitiva a juicio del TS no se estaba ante un conflicto supraautonómico.

En la misma línea, en la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2002, I.L. J 1208, se estimó la inexistencia de competencia por parte de la Audiencia Nacional para conocer de un conflicto colectivo que afectaba a una serie de centros de trabajo todos ellos ubicados en la comunidad autónoma de Cataluña, aunque existiese en Madrid una oficina que realizaba algunas funciones meramente administrativas. La cuestión debatida se planteó en una entidad bancaria y en relación con las ventanillas o puntos de proximidad al cliente (PPC) cuya reclasificación se pretendía. El problema competencial surgió porque aunque todos los PPC estaban situados en la comunidad autónoma de Cataluña existía uno en Madrid y por ello se dudaba si nos encontrábamos o no ante un conflicto supraautonómico. La oficina sita en Madrid se dedicaba únicamente a funciones administrativas y de representación y ése fue el dato que hizo imposible que la excepción declinatoria de falta de competencia de la Sala del TSJ de Cataluña en favor de la Audiencia Nacional prosperase.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Sustitución de trabajadores huelguistas

Entre todas las sentencias incluidas en los tomos que constituyen esta crónica sólo hay una en la que se plantea una cuestión relacionada con el derecho de huelga, concretamente con uno de los deberes que se imponen al empresario en los casos en los que se ejercita este derecho por parte de los trabajadores y que es el relativo a la sustitución de huelguistas. Como se sabe, el art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, que reforma la normativa sobre Relaciones Laborales prohíbe a los empresarios la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de ser comunicada la huelga, lo que provocó en su momento la duda de si ante el esquirolaje externo prohibido expresa y claramente por el precepto mencionado podía entenderse admitido el esquirolaje interno, cuestión resuelta por el TS en sentido negativo. Precisamente de esta posición se hace eco la **STS de 19 de junio de 2002**, I.L. J 870, que tiene como base un supuesto de esquirolaje interno con un matiz geográfico que no varía la solución a adoptar. En este caso la huelga se había convocado en el centro que el Casino Atlántico posee en La Coruña y los trabajadores huelguistas habían sido sustituidos por trabajadores que prestaban sus servicios para la misma empresa, pero un centro situado en la República Dominicana. Sin embargo, como puso de manifiesto el TS, la distancia geográfica no desdibuja la situación de esquirolaje interno ante la que realmente se estaba, y en consonancia con su doctrina el TS negó dicha posibilidad.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (Coordinadora)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. En unidades complejas de dirección común. 3. Ámbito personal. 4. Determinación del convenio aplicable. En el caso de sucesión de empresa. 5. Eficacia. 6. Sucesión de convenios. 7. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. A) Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad. B) Posibilidad de someter la retribución de cada hora extraordinaria a un importe inferior al de la hora ordinaria de trabajo. 8. Contenido obligatorio. 9. Convenios “extraestatutarios”. 10. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 11. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

1. CONSIDERACIÓN PREMILINAR

Se reseñan a continuación las sentencias que resultan más destacables en materia de negociación colectiva dentro de las publicadas en los números 5, 6, 7 y 8 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, Lex Nova, 2002, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. Destacan, cuantitativa y cualitativamente, las que abordan cuestiones relacionadas con la introducción convencional de una doble escala salarial y las condiciones para su ajuste a las exigencias del principio de igualdad, de las que se ocupan la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo y las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio y 25 de julio. Asimismo, también merece traerse a colación aquí la sentencia de este último Tribunal de 22 de marzo, por su tratamiento de la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la transmisión de su empresa (dicho convenio sigue siendo el de la empresa cedente, aunque se encuentre en situación de ultraactividad, salvo pacto en contrario posterior a la transmisión o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria o adquirente).

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR. EN UNIDADES COMPLEJAS DE DIRECCIÓN COMÚN

Tiene ocasión de confirmar la sujeción de la legitimación para negociar en unidades complejas de dirección común, como es una Comunidad Autónoma (en el caso de autos

se trataba de la Comunidad de Madrid), al criterio mixto establecido en precedentes sentencias de igual Tribunal y Sala, la **STS de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1304. Estándose ante una unidad del tipo indicado, que no se limita a una persona jurídica única, como sería la Administración de una Comunidad Autónoma, sino que se extiende a las distintas Administraciones y entidades integradas en una Comunidad Autónoma, incluyendo, por lo tanto, además de la Administración de ésta, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y empresas públicas con forma de sociedad mercantil, considera el Tribunal Supremo en la sentencia reseñada, con cita de la de 24 de abril de 2001, que no puede admitirse que resulte de aplicación la excepción que apunta su Sentencia de 21 de diciembre de 1999, relativa a los grupos de empresas con una estructura organizativa relativamente simple, que permitiría fijar la legitimación para negociar según las reglas propias de los convenios empresariales (art. 87.1 ET). En la situación descrita, definida por la presencia de “un conjunto organizativo plural –varias personas jurídicas ostentan posiciones empresariales independientes para su propio personal– con una dirección común y con un grado de complejidad significativo”, se está ante “un supuesto claramente comprendido” entre los que la citada Sentencia de 21 de diciembre de 1999 “considera incluidos en el criterio mixto, aplicando para la determinación de la legitimación del banco social las reglas propias de los convenios de ámbito supraempresarial”.

3. ÁMBITO PERSONAL

Del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado.

No se extiende, salvo que en el contrato se pacte la sumisión a la legislación española, al trabajador español contratado en el extranjero para prestar servicios fuera de España, que figura sujeto a lo dispuesto en el art. 1.4.1 del Convenio, según el cual queda excluido del ámbito de aplicación considerado el personal laboral contratado en el exterior. Así, con rotundidad, **STSJ de Madrid de 22 de abril de 2002**, I.L. J 1065. Recuerda la Sala, citando su Sentencia anterior de 16 de noviembre de 2000 (recurso de suplicación 3733/2000), los distintos casos en los que debe entenderse que no cabe la aplicación del convenio, entre los que figura el que acaba de describirse: “dicho convenio colectivo único no es aplicable (...) en los supuestos en los que: a) el español contratado lo haya sido en el extranjero –con la salvedad, obviamente, de que en tal contrato exista una cláusula expresa de sumisión a la legislación española (...); b) el español contratado lo haya sido, en España o en el extranjero, con sumisión expresa a la legislación extranjera; c) el español contratado lo haya sido, en España o en el extranjero, con exclusión expresa de la legislación española, o d) el español contratado en España, con o sin sometimiento expreso a la legislación española, pero que, en uso de lo previsto en el artículo 1.4.6° del Convenio colectivo único, se elimine taxativamente la aplicación de las normas convencionales españolas”.

VIII. Negociación Colectiva

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE. EN EL CASO DE SUCESIÓN DE EMPRESA

Afronta el Tribunal Supremo, en su STS de 22 de marzo de 2002, I.L. J 906, la cuestión de si el convenio que rige en la empresa o unidad transmitida y que se encuentra denunciado y vencido, en situación de ultraactividad, sigue siendo de aplicación a los trabajadores procedentes de aquélla, a los que no cabrá pretender someter todavía al convenio en el que figura incluida la empresa adquirente. Aunque dictada a propósito de un supuesto de hecho anterior a la entrada en vigor de la modificación introducida en el art. 44 del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la sentencia de que se trata adopta una solución que resulta trasladable a la regulación de la materia resultante del nuevo apartado 4 de dicho artículo. Concluye la Sala que: “el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa”, lo que se acomoda plenamente a las previsiones del artículo 3.3 de la Directiva 77/187/CEE, modificada por la 98/50/CEE (así como a las de igual precepto de la Directiva 2001/23/CE, que ha procedido a “codificar”, “en aras de una mayor racionalidad y claridad”, según declara en su exposición de motivos, la antigua Directiva 77/187/CEE):

“Cuando la Directiva habla de ‘aplicación de otro convenio colectivo’, no se refiere al que ya estaba vigente *ex ante* la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquélla y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza, si cabe, a la vista del contenido del antes citado número 4 del art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2002, de 9 de julio, que, aun inaplicable al caso por razones temporales, debe cumplir una evidente función orientadora (...)”

Adviértase que esa obligatoriedad de continuar aplicando a los trabajadores afectados por la transmisión el convenio que regía en la empresa cedente de la que proceden, aun cuando estuviese en situación de ultraactividad, desaparece tras la transmisión, además de cuando entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la adquirente, si se alcanza un pacto en tal sentido entre ésta y los representantes de los trabajadores.

5. EFICACIA

No desvirtúa su origen en el propio convenio el que la obligación del empresario de suscribir un seguro de vida aparezca limitada a los trabajadores que se adhieran a él y condicionada en su validez a la consecución de un determinado número de adhesiones individuales. Tales circunstancias no convierten la referida obligación “en una obligación de origen contractual o nacida del contrato de trabajo” (STS de 25 de junio de 2002, I.L. J 1408).

6. SUCESIÓN DE CONVENIOS

La regla general en la materia, según la cual el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer de los derechos reconocidos en aquél (principio de modernidad),

hace admisible que el convenio posterior pueda regular de forma distinta un seguro de vida a favor de los trabajadores, sin perjuicio de que se pueda establecer, *ad personam*, que algunos de éstos sigan rigiéndose por la regulación convencional precedente. La referida regla “vale también (...) para el supuesto especial de sucesión de disposiciones convencionales que suele derivar de la aprobación de acuerdos o convenios colectivos de homogeneización o unificación de condiciones sociales y de trabajo en las fusiones de sociedades y en otros actos de transmisión de empresas y unidades productivas. En la redacción actual del art. 44.4 del ET, estos acuerdos o convenios colectivos de unificación de condiciones sociales y de trabajo dan lugar expresamente a la sustitución de las mismas” (STS de 25 de junio de 2002, I.L. J 1408).

7. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

A) Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad

Aunque cabe el establecimiento de una doble escala para el cálculo y abono del complemento de antigüedad, la correspondiente cláusula del convenio debe incorporar los elementos precisos para hacerla compatible con el principio de igualdad, que afecta al convenio colectivo en cuanto norma jurídica que es e impide que puedan acordarse en él diferencias en el tratamiento retributivo de los trabajadores carentes de justificación objetiva y razonable y de proporcionalidad en relación con el resultado producido y la finalidad perseguida. Contradice dicho principio, por falta de esa justificación en la introducción de la diferenciación retributiva ante un trabajo igual, el sujetar la percepción del complemento de antigüedad a distinto modo de cálculo e importe en función, exclusivamente, de la fecha de la contratación de los trabajadores o de ingreso en la empresa. En cambio, podría ser suficiente para hacer compatibles semejante diferenciación retributiva y aquel principio el vincular ésta a la creación de empleo fijo mediante la conversión en trabajadores por tiempo indefinido de un determinado número de trabajadores eventuales. Así, STS de 25 julio de 2002, I.L. J 1511, en relación con la impugnación del art. 21 del Convenio colectivo de transportes de viajeros por carretera de la provincia de Tarragona para los años 2000-2001:

“Si bien es cierto que en el convenio colectivo se pueden establecer determinadas diferencias en función de las distintas actividades laborales y de las peculiaridades de cada una de éstas, sin embargo, cuando se trata de la retribución salarial por trabajos iguales es obvio que el principio general debe ser el de que ‘a igualdad de trabajo igualdad de retribución’, por lo que resulta carente de toda fundamentación razonable el establecer una diferencia retributiva en función de la fecha de contratación por cuanto esto rompe el principio de equilibrio entre retribución y trabajo.

Si la diferencia retributiva por el concepto de antigüedad que se pactó (...) tuviera una justificación distinta a la que se invoca, cual es la fecha de ingreso en el trabajo, podría admi-

VIII. Negociación Colectiva

tirse la constitucionalidad de dicho precepto paccionado, pero, cuando como aquí ocurre, el único elemento de diferenciación se halla en la fecha de incorporación del trabajador a la empresa, (...) no cabe considerar como razonable la diferencia de retribución que se establece (...)

Si en la norma paccionada en cuestión se hubiera suprimido de futuro el complemento de antigüedad para todos los trabajadores del sector, reconociendo, únicamente, como derecho adquirido, el consolidado por los trabajadores hasta el 31 de mayo de 1995, nada habría que objetar; pero lo que no resulta aceptable es que, en función simplemente de la fecha de ingreso en la empresa, se establezca una diferente modalidad de abono del complemento de antigüedad con muy gravosas consecuencias económicas para los trabajadores ingresados con posterioridad al 1 de junio de 1995.

La Sala no puede ni debe ignorar que en el convenio colectivo de 1995 y en alguno de los posteriores, se estableció esa doble configuración de la antigüedad en función de una creación de empleo fijo durante los años 1995 y 1996; pero es evidente que (...) en el convenio colectivo (impugnado) (...) nada se dice respecto a la compensación de ese distinto tratamiento de la antigüedad y, por el contrario, lo que sí se establece es esa ya injustificada diferenciación entre los trabajadores ingresados con anterioridad al 31 de mayo de 1995 (...) y los restantes trabajadores ingresados con posterioridad a dicha fecha, para los que se establece una tabla de vinculación en cantidades fijas cuyas cuantías, aun llegando a su tope máximo, en modo alguno podrán alcanzar el tope del complemento de antigüedad que reciben los trabajadores ingresados con anterioridad al 31 de mayo de 1995.”

En igual sentido, en relación con la impugnación de la cláusula similar contenida en el art. 27 del convenio colectivo para *empresas de transportes mecánicos de viajeros* de la provincia de Barcelona de 2000, **STS de 17 junio de 2002**, I.L. J 1306. A mayores, advierte esta sentencia que no siempre la conversión de eventuales en fijos podrá servir para justificar la diferenciación retributiva contenida en cláusulas como las que se vienen contemplando (doble escala para el complemento por antigüedad en función de la fecha de ingreso en la empresa):

“La creación de empleo puede ser un motivo poderoso para el establecimiento de cláusulas que, sin dicha motivación, serían ilícitas, por contrarias al principio de igualdad que debe imperar en las normas del convenio colectivo que regulen situaciones iguales. Pero tal propósito, además de ser real y no una mera invocación justificativa, debe reunir una serie de caracteres para merecer la calificación de razonable. El primero de ellos es que la regularización de situaciones anteriores abusivas, o de legalidad más que dudosa, no puede ser premiada con ventaja alguna para el causante de la irregularidad. En este sentido, la transformación de contratos temporales en indefinidos, si por su número evidencia una superación de los limitados supuestos en que está permitida la temporalidad en nuestra legislación, en caso paladino de que el sacrificio que se impone, a cambio de legalizar situaciones irregulares, no es razonable.

Por otra parte, debe existir una relación de causalidad adecuada entre la creación de empleo y el sacrificio que se impone. Si éste es común a toda la plantilla, aunque en deter-

minadas concretas circunstancias sea mayor para unos que para otros, podrá ser adecuado. Pero no puede estimarse así si se impone únicamente a quien no está en condiciones de hacer valer sus derechos, bien por la temporalidad de su contrato, bien por no haber accedido aún a la empresa cuando se concertó el convenio que la estableció.”

En cambio, queda justificada en términos objetivos y resulta proporcional desde el punto de vista de la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, por lo que no contradice el principio de igualdad, la cláusula del convenio colectivo que establece, con respecto al salario base y diversos complementos, una diferencia retributiva entre los trabajadores especialistas de nuevo ingreso y los pertenecientes al siguiente nivel, sin variar las funciones o las actividades de unos y otros, todo ello en el marco de una estructura profesional y retributiva caracterizada por el establecimiento de diversos niveles salariales dentro de cada categoría (no sólo en la indicada), a los que se accede sucesivamente por el mero transcurso del tiempo y que sirven para hacer efectiva la promoción profesional y económica del conjunto de trabajadores de la empresa. Tal circunstancia proporciona, *per se*, una justificación objetiva y razonable a la diferenciación salarial, sin necesidad de atender, como hicieron las sentencias impugnadas, al dato de que la creación de la categoría y nivel retributivo de especialista de nuevo ingreso figura vinculada en el convenio colectivo que la establece a un compromiso patronal de inversiones y de nuevas contrataciones de trabajadores por tiempo indefinido a los que se les asignaría dicha categoría y nivel. Así, **STC de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 859:

“La ordenación que realiza el convenio colectivo del sistema de clasificación profesional se caracteriza, en general, en todas sus categorías profesionales, por el establecimiento de diferentes niveles retributivos en el interior de cada categoría, pese a la posible identidad de funciones, a los que se accede progresivamente por el mero transcurso del tiempo. De esa manera, la ordenación jurídica de la categoría de especialistas en el convenio (con sucesivos niveles retributivos), así como la constitución de un nivel de ingreso en su tercera categoría, a diferencia de lo que ocurre en las demás, manifiestan un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios que se inspira en la promoción profesional y económica del conjunto de los trabajadores de la empresa, no sólo de los especialistas, existiendo niveles salariales de ingreso en todos los casos [en general, la letra a) de cada categoría]. No cabe aceptar, por tanto, que la consideración de la fecha de ingreso en los especialistas como factor relevante para la determinación de efectos retributivos tenga en el convenio una finalidad selectiva o de discriminación de los trabajadores incluidos en esa categoría y nivel en el momento de la contratación. Tal conclusión negativa se desprende tanto del sistema de progresión temporal que preside los sucesivos niveles salariales de la categoría de especialistas, como del sistema igualmente progresivo y temporal que rige el resto de la clasificación profesional regulada en el convenio colectivo, que se inspira en reglas automáticas de promoción. La retribución en función del tiempo de permanencia en la empresa, en definitiva, representa el principio que informa todas las categorías profesionales.

VIII. Negociación Colectiva

Consecuentemente, no puede admitirse como fundamento de la queja formulada en amparo la existencia de un voluntarismo selectivo en el convenio o la de una discriminación retributiva de los especialistas de ingreso frente a otros trabajadores en atención al momento de la contratación laboral. Por el contrario, esa misma lógica se manifiesta en el primer nivel o letra a) de las restantes categorías y se reproduce luego en cada una de ellas a la hora de acceder a los sucesivos niveles [b), c) y d)]. Al margen de las diferencias nominales, por tanto, hemos de concluir que el fundamento de la demanda parte de una supuesta discriminación que no resulta confirmada en la regulación del convenio colectivo impugnado, lo que excluye la vulneración del art. 14 CE en los términos planteados.”

B) Posibilidad de someter la retribución de cada hora extraordinaria a un importe inferior al de la hora ordinaria de trabajo

Aunque el art. 35.1 ET dispone, tras prever que por convenio colectivo o pacto o contrato individual se pueda optar por la compensación económica de las horas extraordinarias, que el importe acordado a tales efectos “en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria”, la libertad de que disponen las partes negociadoras les permite llegar a establecer que dicho importe quede finalmente fijado en una cantidad inferior a la que corresponde en aplicación estricta de la anterior regla, siempre que la cuantía asignada al conjunto de los distintos conceptos retributivos supere los mínimos contenidos en las normas estatales. Así, con abundante cita de jurisprudencia, **STSJ de Baleares de 16 de abril de 2002, I.L. J 933:**

“La doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de enero de 1991, 13 de enero de 1992, 27 de febrero de 1995 y 1 de febrero de 1997, entre otras), declara como válidos los pactos colectivos que establecen una retribución de las horas extraordinarias que puedan implicar una cuantificación inferior a la que resultaría de una aplicación estricta del (...) art. 35.1 del ET, siempre que el salario fijado globalmente supere los mínimos fijados por las normas estatales, todo ello en virtud del derecho de negociación colectiva contenido en el art. 37.1 CE y los artículos 82 y ss. del Estatuto de los Trabajadores.

Dicha doctrina jurisprudencial señala que ‘es lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en el que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues tal cláusula encuentra su apoyo en lo que establece el art. 37.1 de la Constitución española y los artículos 82 y ss. del citado Estatuto, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías alzadas, que resulten inferiores a las que derivan de la interpretación mencionada, pues esa libertad negocial, que consagra el art. 37.1 de la Constitución, legitima que las partes sociales a la hora de pactar condiciones económicas repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva en la forma que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquellas cuantías’.

Pues bien, la aplicación de la expresada doctrina con posterioridad a la reforma del redactado del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, no ofrece problema alguno, puesto que la modificación introducida se limita a eliminar el incremento del 75 por ciento sobre el valor de la hora ordinaria (...) en la retribución de las horas extraordinarias, permitiendo a las partes negociadoras de un convenio colectivo pactar no sólo el porcentaje de incremento que estimen conveniente, así como el fijar el precio de las mismas, incluso como en el supuesto de autos, con una retribución inferior al valor de la hora ordinaria y, en este sentido, no sólo se pronuncian las sentencias del TS dictadas con posterioridad a la reforma de dicho precepto, sino también las de los Tribunales Superiores de Galicia de fecha 17 de julio de 2000 y las del de Valencia de 25 de marzo de 1997.”

8. CONTENIDO OBLIGACIONAL

Sobre la distinción entre contenido normativo y obligacional del convenio colectivo y la atribución de esta última naturaleza a la cláusula en la que la parte empresarial (un Ayuntamiento) se compromete a la elaboración de una relación de puestos de trabajo antes de una determinada fecha y a presupuestar la cantidad necesaria para atender los posibles desajustes económicos derivados de aquélla, **STSJ de Extremadura de 18 de abril de 2002**, I.L. J 846. Frente al carácter de “fuente de derecho” que conviene a las cláusulas normativas, que hace a éstas de cumplimiento obligatorio, “generando derechos que pueden ejercitarse directamente”, las *obligacionales* “atienden fundamentalmente a la necesidad de garantizar la observancia global y duración del convenio, e imponen compromisos de carácter instrumental, implicando un compromiso de las partes negociadoras tendente a un determinado comportamiento, sólo generan derechos y obligaciones entre las partes pactantes y su cumplimiento sólo ocasiona responsabilidad entre las mismas”.

9. CONVENIOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Tiene ocasión de insistir sobre la admisión de su posibilidad y su naturaleza y eficacia la **STS de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 1120:

“La existencia de los precitados convenios colectivos o acuerdos de carácter extraestatutario, que han sido objeto de bastante polémica tanto en el ámbito judicial como en el doctrinal, en la actualidad, es admitida pacíficamente su suscripción y validez como lo ponen de relieve las sentencias del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (...), siendo de resaltar que tal tipo de acuerdos o convenios carecen de valor normativo teniéndolo solamente convencional, por lo que no se integran en las fuentes del Derecho Laboral previstas en el art. 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, regulándose, en consecuencia, por la normativa general del Derecho común en el campo de las obligaciones. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 8 de junio de 1989, con base en el art. 37.1 de la Constitución española, admite la posibilidad de la celebración de tales conve-

VIII. Negociación Colectiva

nios de eficacia limitada y no normativos, atribuyendo legitimación para concertarlos a los sindicatos con apoyo en el art. 28.1 del Texto constitucional.

Pero es que es más, la vigente Ley de procedimiento laboral, en el art. 151.1, viene a admitir la posibilidad de ese tipo de convenios cuando habla de convenio colectivo ‘cualquiera que sea su eficacia’.

10. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Dicha impugnación comprende también la del convenio colectivo “extraestatutario”, como se deduce de los términos del art. 163.1 de la LPL (“la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia...”), resultando entonces de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, ciertos trámites del proceso de conflicto colectivo. “La naturaleza puramente convencional y el carácter no normativo de los convenios o pactos extraestatutarios (...) no debe impedir la posibilidad de su impugnación por quienes no fueron parte en ellos cuando pueda advertirse la existencia de una conculcación de la legalidad vigente o, en su caso, una lesión para terceros”. En este sentido, tratándose de la impugnación por ilegalidad del pacto o convenio extraestatutario, no cabe duda de que “un sindicato (...) con implantación en la empresa” cuenta con legitimación para ello (STS de 16 de mayo de 2002, I.L. J 1120).

11. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la necesidad de que el sindicato que pretenda formar parte de la comisión paritaria o de las subcomisiones delegadas de ella, creadas conforme a las previsiones del propio convenio colectivo, reúna las condiciones a las que el art. 87 ET supedita la concesión de la legitimación para negociar, STS de 27 de febrero de 2002, I.L. J 912.

B) Por los Tribunales laborales

Sobre la interpretación del convenio colectivo teniendo en cuenta tanto las reglas que rigen la interpretación de las leyes como de los contratos, STSJ de Baleares de 20 de abril de 2002, I.L. J 935:

“Reconocida por la doctrina y jurisprudencia el carácter híbrido de los convenios colectivos, de norma y contrato, es obvio [que] resultan de aplicación tanto el art. 3 del Código Civil como los arts. 1281 y siguientes del mismo, y así, para su interpretación deberán tener[se] en cuenta tanto el sentido de sus propias palabras, como que las diversas cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas.”

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 garantías de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.** A) Reintegro de gastos médicos. **11. Incapacidad temporal.** A) Dinámica de la prestación. B) Incapacidad temporal y regímenes especiales.

12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. A) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. B) Régimen Especial de la Minería del Carbón. C) Régimen Especial Agrario. D) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. **14. Infracciones y sanciones.**

15. Procesos de Seguridad Social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Reclamación administrativa previa. C) Demanda.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 814 a J 1618).

1. FUENTES

La STS de 16 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1118, aplica la jurisprudencia comunitaria, entre otras el Asunto Rontfeldt, y la jurisprudencia española iniciada por la STS de 15 de octubre de 1993 para mantener que en caso de concurrencia normativa entre el Reglamento comunitario 1408/1971 y un Convenio internacional de Seguridad Social ha de escogerse la regla más favorable al trabajador migrante.

Según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2002, I.L. J 1187, no resulta contrario a la normativa comunitaria el aplicar la revalorización de la pensión, como criterio de actualización, el incremento experimentado por el salario mínimo interprofesional desde el año en el que se ingresaron las últimas cotizaciones hasta la fecha del hecho causante.

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de junio de 2002, I.L. J 1604, sigue la STS de 11 de mayo de 1999 que cambia la doctrina del Tribunal sobre el cálculo de las

prestaciones realizada sobre las bases medias y establece que el cálculo la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española y que la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculadas para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante para las pensiones de la misma naturaleza.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La STS de 29 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1014, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, analiza la retroactividad e irretroactividad de las sentencias con relación a la doctrina sentada por la Sentencia de 29 de noviembre de 1997 del Tribunal Supremo. Antes de esta última, no existía criterio legal o reglamentario alguno sobre la medida de la habitualidad en el trabajo de los subagentes de seguros a efectos de su inclusión en el Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Este vacío se ha debido colmar por vía de la integración jurisprudencial en la citada sentencia, señalando que puede considerarse habitual un trabajo que produce un rendimiento económico superior al salario mínimo interprofesional. Al respecto, en el caso concreto lo que se discute es si la citada sentencia del Tribunal Supremo puede tener eficacia en la actividad de los entes de la Seguridad Social, no sólo a partir de ser dictada, sino también respecto a situaciones anteriores a su fecha, por cuanto la Entidad Gestora ha decidido retrotraer el efecto del alta de oficio en el RETA a períodos anteriores a la fecha de la citada sentencia del Tribunal Supremo. Resolviendo el recurso, la doctrina de la sala del Tribunal Supremo, entiende que no cabe atribuir o negar a la doctrina jurisprudencial efectos retroactivos, pues la eficacia temporal es propia de las normas y no de las resoluciones jurisprudenciales que las interpretan. Pero aun así, las sentencias que la crean se limitan a poner de manifiesto la voluntad legislativa, que ha de ser aplicada en los casos en que se enjuicien con posterioridad aunque los hechos que los determinan hubieran tenido lugar en fecha anterior a la de la doctrina judicial.

En segundo lugar también analiza la competencia de la jurisdicción social respecto a la decisión sobre la eficacia en el tiempo del alta de oficio en Seguridad Social. Por mucho que se extienda el concepto de “gestión recaudatoria” determinante de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con el art. 3.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, no debe alcanzar a los actos de afiliación y alta, que son o pueden ser determinantes del derecho a la prestación.

A dicha sentencia se formulan dos votos particulares. Uno de ellos, tras mostrar su acuerdo respecto a la competencia del orden jurisdiccional social en este supuesto, discrepa en cuanto a la solución de fondo, entendiendo que la seguridad jurídica queda seriamente

IX. Seguridad Social

afectada por este tipo de comportamientos administrativos. Otro de los votos particulares, sin cuestionar la jurisdicción del orden social para conocer de las pretensiones de impugnación de los actos de encuadramiento, sólo niega que el orden social sea competente para conocer las pretensiones de retroactividad o de limitación de retroactividad de esos actos de encuadramiento, cuando el único interés real y actual existente es la proyección de esa retroactividad o de su limitación sobre la obligación de cotizar. Desgranando profusamente esta argumentación concluye que debiera declararse de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en la demanda que pide la limitación de los efectos del alta en materia de cotización en el supuesto analizado.

Conteniendo idéntica doctrina a la manifestada por la Sala Cuarta del TS en la **STS de 29 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1014, respecto a la extensión de los efectos del alta de oficio en el RETA a períodos anteriores a la fecha de la STS de 29 de octubre de 1997 en el caso de subagentes de seguros, pueden citarse entre otras las **SSTS de 30 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1022, y I.L. J 1023; **de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1081, I.L. J 1083 y I.L. J 1084; **de 6 de mayo de 2002**, I.L. J 1085; **de 1 de julio de 2002**, I.L. J 1286; **de 24 de junio de 2002**, I.L. J 1400, y **de 24 de junio de 2002**, I.L. J 1586.

4. GESTIÓN

En la **STS de 7 de junio de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 866, se establece cuál es la extensión del principio de colaboración entre las Administraciones Públicas, que establece el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al hilo de la denegación de un Ayuntamiento a la petición cursada por la Tesorería General de la Seguridad Social para la comprobación de los bienes correspondientes a un elevado número de expedientes de regulación. Considera el Tribunal razonada la negativa a colaborar, puesto que la obligación establecida por el artículo 4 no es de carácter absoluto, sino que se exige y debe prestarse en proporción a las posibilidades organizativas de cada Administración; así, el elevado número de expedientes a tramitar unido al escaso personal para su gestión en el plazo legalmente establecido, constituye un argumento lícito para la negativa.

Se debate en la **STS de 13 de mayo de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1102, si la Tesorería General de la Seguridad Social puede, en base a los artículos 145.2 de la LPL y 51.1 y 56 del RD 84/1996, de 26 de enero, revisar de oficio y cancelar la inscripción de una empresa, con la consiguiente situación de baja de oficio para sus trabajadores, sin precisar acudir a la vía judicial. Dicha cuestión ya ha sido recogida en doctrina unificada, a la que se remite (STS de 22 de mayo de 2001), admitiéndose dicha posibilidad.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

En la **STS de 8 de mayo de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 862, se entiende de un caso análogo a otro ya resuelto por la Sala: la reclamación de los intereses legales de aquellas cantidades que, de forma indebida, fueron percibidas a través de las cuotas, una vez declarado por sentencia firme contrario a Derecho el procedimiento que se siguió para calcular los salarios normalizados a satisfacer en la actividad de la minería del carbón. En concreto, sobre la naturaleza de dichos intereses, se trata de “intereses correspectivos o compensatorios” y no los moratorios. Aquéllos se incluyen dentro de los intereses legales, naciendo su abono de la necesidad de compensar el desequilibrio económico que sufre el deudor por el hecho de que una cantidad de dinero se ha encontrado durante un tiempo indebidamente en poder del supuesto acreedor.

En la **STS de 7 de mayo de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1092, en un asunto sobre el cálculo de la pensión de jubilación antes de la edad ordinaria, en el que la cuestión litigiosa es la determinación del período total de cotización acumulado por el asegurado, en particular con anterioridad a 1 de enero de 1960. En cuanto a éstas, la Entidad Gestora computa las cotizaciones ficticias cuyo objetivo es la dispensa al trabajador de probar la existencia de cotizaciones en dicho período. Podría hacerlo, optando en su caso entre las cotizaciones reales y las ficticias, pero sin poder acumularlas.

La **STS de 26 de marzo de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1341, asimila las cotizaciones a la Institución Telefónica de Previsión a las realizadas al SOVI a efectos de una pensión de invalidez, puesto que dicho sistema era de carácter obligatorio y sustitutorio de la Seguridad Social, lo que exoneraba a la actora, durante el período de trabajo en dicha empresa, de afiliarse y cotizar al SOVI.

7. RECAUDACIÓN

En la **STS de 12 de junio de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 869, se distingue entre legitimación para recurrir y habilitación de postulación procesal para, a continuación, afirmar que el órgano legitimado para interponer el recurso de alzada previo ante el Tribunal Económico Administrativo Central es el Director General de la TGSS o los Interventores Territoriales, no la propia TGSS.

En materia de reintegro de prestaciones indebidas, pueden consultarse algunas resoluciones que reiteran la jurisprudencia constante que ya se ha puesto de manifiesto en números anteriores. Así, por ejemplo, la **STS de 27 de marzo de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 913, antes de las reformas legales que condujeron a la inaplicación del período excepcional de 3 meses y del general de 5 años, fijándolo en el general actual de 4 años, tras la Ley 55/1999 (**STS de 23 de julio de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1508).

IX. Seguridad Social

Cabe destacar la **STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1215, que afirma la improcedencia del reintegro de la prestación de desempleo derivada de la extinción de la relación laboral por un ERE. En este sentido, afirma la Sala, siguiendo un pronunciamiento anterior, que no procede dicha restitución a pesar de la revocación de la autorización administrativa –ejecutiva–, puesto que la situación legal de desempleo durante aquel período de ejecutividad no se ve alterada por tal revocación.

En otro sentido, en la **STS de 4 de julio de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1477, se trata sobre el concreto alcance de la prescripción de la acción ejecutiva contemplada en el art. 241 de la LPL. Habiendo dictado diversas decisiones la Sala sobre este tipo de problemas, recuerda el criterio mantenido para fijar que, al tratarse de la entrega de una simple “suma de dinero”, resulta aplicable el plazo genérico de un año, surtiendo efectos dicha prescripción por haberse instado la ejecución dicho plazo.

Por otra parte, sobre el tema de devolución de complementos por mínimos irregularmente percibidos, se reitera jurisprudencia ya comentada en esta sede. Así, por ejemplo, la **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2002**, I.L. J 1572, recuerda la facultad de la entidad gestora para la exigencia de su reintegro; o la **STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2002**, I.L. J 1567, determina que los ingresos que deben computarse son los obtenidos durante el mismo año en el que se abona el complemento.

En la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 1549, se declara que, al concurrir la pensión derivada de la afección de la actora por neumonía tóxica con otra pensión –de viudedad–, a cargo del Régimen General, no tenía derecho al complemento por mínimos que reclama. Además, puede observarse en la **STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1565, la posibilidad del disfrute del complemento por mínimos de forma “discontinua”, dependiendo de si durante el año natural los ingresos del solicitante se encuentran por debajo de los mínimos reglamentarios, surtiendo efectos, cuando haya sido reconocido posteriormente a la prestación, a los 3 meses.

En otro orden de cosas, el procedimiento de deducción de deudas que establece el art. 52 del RD 1517/1991, se prevé excepcionalmente para los Organismos Autónomos, Empresas Públicas, Corporaciones Locales y Entidades Públicas. Por ello, como determina la **STS de 25 de junio de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 1435, debido a su singularidad, no puede incluirse en él a la Cruz Roja Española, no siendo posible ampliación alguna.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STS de 20 de junio de 2002**, I.L. J 1322, niega la calificación de accidente de trabajo a la muerte por agresión sufrida por el esposo de la parte recurrente, pues, si bien es cierto que tal agresión se llevó a cabo en el inicio del trayecto al centro de trabajo, para el que iba adecuadamente preparada la víctima de la agresión, sin embargo, la muerte del trabajador aparece producida por causas totalmente ajenas al trabajo y sí, en cambio, de

naturaleza personal entre el trabajador y el causante de su muerte. Así pues, el Tribunal Supremo concluye que las motivaciones que determinaron la muerte del trabajador, esposo de la recurrente, fueron totalmente ajenas al trabajo de la víctima, advirtiéndose, en cambio, que estuvieron originadas por una rencilla personal entre trabajador y agresor.

Señala la **STSJ de Murcia de 29 de abril de 2002**, I.L. J 853, que el supuesto de hecho no puede calificarse como accidente de trabajo, dado que el conductor accidentado había ingerido bebidas alcohólicas hasta el punto de tener un índice de alcohol en la sangre de 1,94 gr/litro, conduciendo un camión articulado a una velocidad de 132 Km/hora, realizando una maniobra de adelantamiento a un turismo y a otro camión en una zona en la que la velocidad se encontraba limitada a 80Km/hora. Por todo lo cual, la Sala estima en la conducta del trabajador la omisión de las más elementales medidas de cautela y la generación de un riesgo muy grave, que deben calificarse como imprudencia temeraria.

Para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 881, lo decisivo para calificar una enfermedad como accidente de trabajo no es la preexistencia de la misma, sino que se produzca una agravación de aquélla como consecuencia de una lesión padecida mientras se desarrolla el trabajo habitual. Por tanto, es de aplicación la presunción del art. 115.3 LGSS.

La **STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2002**, I.L. J 1205, resume la doctrina jurisprudencial en relación al art. 115.4.b) LGSS, que ha considerado que la simple imprudencia no impide la calificación de un accidente como de trabajo, lo que quiere decir que sólo dejan de ser accidentes de trabajo los debidos a la imprudencia temeraria del trabajador accidentado. En la sentencia, se desestima la calificación de accidente como accidente de trabajo, debido a que para el TSJ de Cataluña concurre imprudencia temeraria del trabajador fallecido, debido a la falta absoluta de precaución y cuidado de aquél, el cual se colocó, conscientemente y sin que ninguna causa excepcional le obligara a ello, en una situación de gravísimo riesgo para su vida.

La **STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2002**, I.L. J 1529, argumenta que la lesión de la trabajadora tiene perfecto encaje en el artículo 115.2.f) LGSS, ya que padecía una enfermedad que se vio recrudecida por un suceso de naturaleza laboral, conclusión que viene avalada por la inexistencia de padecimientos anteriores de tal naturaleza, tal y como informa el Servicio Médico de Empresa, por lo que no cabe sino concluir que la sentencia recurrida no ha infringido los artículos 115.2.b) ni 117.2 LGSS, sino que, al contrario, ha argumentado de manera concluyente con base a las pruebas practicadas que la lesión de la demandante deriva de la contingencia de accidente de trabajo. Vid., asimismo, la **STSJ de Cantabria de 5 de junio de 2002**, I.L. J 1610.

B) Indemnización por daños y perjuicios

La STS de 8 de abril de 2002, I.L. J 965, estima la responsabilidad respecto a una indemnización por daños y perjuicios por falta de medidas de seguridad, que conllevó la intoxicación de varios trabajadores. La sentencia reafirma la responsabilidad solidaria de las dos empresas de un mismo grupo, porque claramente se aprecia la existencia de confusión patrimonial y de conexiones económicas, financieras y laborales entre todas las empresas del grupo. La sentencia concluye que se hace un uso fraudulento de las normas legales, lo que conduce a la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, pues quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo social no puede invocar frente a sus acreedores que existen varias organizaciones independientes. En esta línea, también puede consultarse la STS de 23 de abril de 2002, I.L. J 995, en supuesto referente a una indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional por manejo de sustancias mercuriales, sin que la empresa adoptase precauciones con respecto a los trabajadores afectados.

Según la STSJ de Murcia de 14 de abril de 2002, I.L. J 849, no procede la indemnización por la muerte del trabajador derivada de la responsabilidad extracontractual de la empresa en caso de accidente de trabajo, puesto que los informes técnicos mantienen serias dudas de que el trabajador cayera de la plataforma de trabajo a cuyas deficiencias se imputa la caída, y se inclinan a pensar que ésta se produjo en un forjado debidamente protegido que se encontraba en otro lugar y por causas que no cabe imputar a la empresa. Por tanto, la inversión de la prueba que sostenía la recurrente no lleva sin más al TSJ de Murcia a declarar la responsabilidad empresarial, dadas las circunstancias en que ocurrió el accidente.

Por su parte, la STSJ de Canarias de 15 de abril de 2002, I.L. J 940, señala que para que proceda la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo es necesario que exista por parte de la empresa una conducta culposa y negligente muy grave que va más allá de lo que supone la infracción de normas de seguridad. Es aplicable al caso la teoría de la moderación de la responsabilidad empresarial por la concurrencia de culpa del trabajador y, para evitar el enriquecimiento injusto del trabajador, es preciso ponderar la totalidad de prestaciones percibidas, como las prestaciones a cargo de la entidad gestora, recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene y mejoras voluntarias, entre otros.

La STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1564, resume la doctrina de la STS de 17 de febrero de 1999, según la cual, para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado. En el supuesto de hecho analizado, el Tribunal concluye en que no media un concreto incumplimiento empresarial que pudiera hacer surgir la responsabilidad generadora de la indemnización por daños y perjuicios reclamada. El deber de protección –por parte del empresario– ha quedado agotado con las consecuencias propias de la normal cober-

tura del accidente, traducidas en el oportuno aseguramiento de las contingencias de asistencia sanitaria, Incapacidad Temporal, lesiones no invalidantes, Incapacidad Permanente y muerte y supervivencia, con el recargo —en su caso— de las prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad.

C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene

La STS de 28 de junio de 2002, I.L. J 1430, confirma la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 1999, en la que se afirma que la empresa no proporcionó al trabajador accidentado los cinturones de seguridad, estimando existente la relación de causalidad entre la falta de esta medida de seguridad y la lesión producida, de modo que el daño no hubiera tenido lugar de haber cumplido la empresa las normas de seguridad.

D) Enfermedad profesional

Según la STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2002, I.L. J 1209, la presunción del art. 115.3 LGSS no libera de la necesaria concurrencia del nexo de causalidad que debe existir entre lesión y trabajo. Dicho de otro modo, si la enfermedad no aparece determinada por el trabajo, el hecho de que se manifieste durante la jornada laboral no la dota, sin más, de los caracteres de accidente de trabajo, pues para ello, pese a la presunción legal, es preciso probar que la enfermedad tiene en el trabajo su causa exclusiva, su elemento desencadenante o su causa de agravación, ya que —de no exigirse ese nexo causal— cualquier enfermedad que apareciese en el centro de trabajo debería calificarse como laboral. De ahí que la tendinitis del hombro izquierdo que padecía el trabajador, y que no consta que fuera motivada por ningún traumatismo, es una dolencia degenerativa y progresiva derivada de la continua utilización de dicha articulación, la cual se pone en juego en cualquier actividad de la vida ordinaria y no necesariamente estaría relacionada con la actividad laboral del trabajador.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

Las SSTS de 26 de junio de 2002, I.L. J1414, y de 3 de julio de 2002, I.L. J 1468, resuelven sendos casos en los que la Empresa tenía cumplidos los deberes de afiliación, alta y cotización por el trabajador cuando se produce un accidente de trabajo. Casos en los que además la Empresa tenía asegurado el riesgo de accidente de trabajo con la correspondiente Mutua Patronal y estaba acogida al sistema de pagos delegado de la prestación de incapacidad temporal. La controversia se suscita cuando la Empresa deja de abonar al trabajador la prestación de Incapacidad Temporal y pese a ello se descuenta de las liquida-

IX. Seguridad Social

ciones hechas a la Entidad Gestora las cantidades correspondientes al pago no efectuado. Como el trabajador no percibe la referida prestación reclama judicialmente y se le reconoce el derecho, condenándose a la Empresa al pago directo de la cantidad reclamada, si bien la Mutua es la que debe anticipar dicho pago al ser la entidad subrogada de las obligaciones empresariales, sin perjuicio de la posibilidad de repetir posteriormente frente a la empresa. Finalmente las sentencias de instancia señalaban que “el INSS y la TGSS, responderán subsidiariamente en el alcance legalmente previsto”. Y éste es precisamente el verdadero punto de controversia al que tratan de hacer frente ambas sentencias del Tribunal Supremo, recordando que en materia de responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones, la doctrina de la Sala está contenida en Sentencias como la de 1 de febrero, de 29 de febrero, 27 de marzo, 27 de noviembre y 15 de diciembre, todas ellas del año 2000, que amparándose en el art. 94.2.b) de la LGSS de 1966 (que se aplica todavía con carácter reglamentario mientras no se desarrolle el actual art.126.2 LGSS de 1944) determinan que, la responsabilidad recae sobre el empresario que de forma reiterada ha dejado de cumplir con su obligación de cotizar, debiéndose distinguir a tal efecto dos supuestos: a) los supuestos de descubierto ocasional, en los que por su intrascendencia la responsabilidad sería de la Entidad Gestora o Colaborada), y b) los supuestos reiterados, duraderos y por ello calificables de rupturistas por encubrir una verdadera intención de no cotizar, en los que la responsabilidad recaerá sobre la Empresa, y de forma subsidiaria (en caso de insolvencia) la Entidad Gestora.

Sin embargo, en los casos en los que la Empresa se encuentre totalmente al corriente en el pago a las cuotas a la Seguridad Social no resulta aplicable esta jurisprudencia en tanto que la misma sólo juega en casos de descubiertos de cotización y no en supuestos de falta de abono de las cantidades que en ejecución de las obligaciones derivadas del sistema de pago delegado del subsidio de Incapacidad Temporal a los que la Empresa venía obligada a realizar. Igualmente dicha jurisprudencia sólo juega, según las SSTs de 22 de febrero y 24 de marzo de 2000, para establecer la responsabilidad empresarial al momento de producirse el hecho causante (en este caso, el accidente de trabajo), y no de la posterior, de forma que sólo cabe tener en cuenta los descubiertos que pueden seguir a la fecha del accidente. Por todo lo cual, no hay responsabilidad directa de la Empresa sino que es la Mutua la que tiene que hacer frente a las responsabilidades que se deriven del citado accidente de trabajo. Y al no tratarse de un supuesto de insolvencia empresarial tampoco cabe aludir a una responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora.

Por otro lado, el que la empresa incumpla sus obligaciones en orden a la colaboración en el pago del subsidio de Incapacidad Temporal sí tiene relevancia jurídica, pero no desde el punto de vista de la responsabilidad derivada de accidente de trabajo, que regula el art. 126.2 LGSS de 1994, sino que surte efectos en el plano de las obligaciones de colaboración previstas por la Orden de 25 de noviembre de 1966, que regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, y en concreto en relación a sus arts. 17.1.b) y 19, que imponen la obligación a la Empresa de pagar el subsidio de Incapacidad Temporal, incluso en los casos en los que ha finalizado la relación de trabajo; constituyendo su incumplimiento una sanción grave.

La controversia jurídica a la que hace frente la **STS de 22 de julio de 2002**, I.L. J 1505, consiste en determinar el alcance de la responsabilidad que ha de afectar a las Entidades que emplearon a una trabajadora y que, sin embargo, no la dieron de alta en la Seguridad Social ni cotizaron por ella en tiempo oportuno. El Tribunal se ha pronunciado de forma reiterada en ocasiones anteriores, unificando su doctrina en sentencias como la de 3 de abril y 17 de septiembre de 2001, señalado que el punto de su doctrina se encuentra en el art. 126.2 LGSS y que conforme al mismo la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que tal incumplimiento haya ocasionado en el derecho del trabajador. Quedando obligado el empresario a reparar tal perjuicio y por ello debe responder aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. Es decir, para que la falta de ingreso de las cotizaciones del empresario en el plazo legalmente establecido pueda determinar la declaración de responsabilidad empresarial tiene que vincularse a incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección. Lo que significa que si los descubiertos impiden al trabajador el obtener el período de carencia necesario para obtener una prestación estamos ante un supuesto de responsabilidad empresarial. Igualmente estamos ante un supuesto de responsabilidad empresarial cuando la repercusión del incumplimiento del empleador afecta no ya al período de carencia necesario para obtener una prestación, como pueda ser la de jubilación, sino cuando afecte al porcentaje a aplicar a la referida prestación, dado que el repetido incumplimiento empresarial repercute directamente en el porcentaje aplicable a la base regulador. Por lo que la responsabilidad empresarial debe de alcanzar el porcentaje del importe total de la prestación que sea proporcional al período de incumplimiento.

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de abril de 2002**, I.L. J 1535, resuelve un supuesto de reclamación por diferencia de base reguladora derivado de un caso de responsabilidad empresarial por infracotización, esto es, por cotización inferior a la debida. En tales casos, tal y como ha determinado de forma reiterada la jurisprudencia, la responsabilidad relativa a las pertinentes diferencias de prestación corresponde a la empresa, aunque por razones de justicia social y en aras a las garantías de los derechos de los beneficiarios, la entidad gestora está obligada a anticipar el pago de dichas diferencias.

La **STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1569, afronta un supuesto de establecimiento de responsabilidad empresarial en el seno de un grupo de empresas. Siguiendo la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sus Sentencia de 26 de septiembre de 2001, no es suficiente con que haya una dirección unitaria de varias entidades empresariales para extender a todas ellas la responsabilidad, sino que además es necesario “un plus, un elemento adicional” que se concreta en: “1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del Grupo. 2) Prestación de trabajo común, simultánea y sucesiva a favor de varias empresas del grupo. 3) Creación de empresas aparentes, sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidad

IX. Seguridad Social

des laborales. Y, 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos médicos

Según la STS de 21 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1340, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, cabe el reintegro de gastos médicos como consecuencia de haber recibido asistencia sanitaria en un país extranjero (Chile) por darse una situación de urgencia vital. El trabajador recibió asistencia sanitaria en Chile, al sufrir una caída cuando practicaba el deporte de parapente, al ser dicha asistencia la que resolvía de manera eficaz la consecuencia más grave de las producidas por el accidente. Y es que una cosa es el voluntario recurso a la medicina privada por extranjera y por ver en ella garantías de éxito, y otra muy distinta, la situación de urgencia vital que impide el inmediato y directo recurso a los Servicios de la Seguridad Social. Y es que únicamente se accede al reintegro cuando la necesidad surge inesperadamente fuera de las fronteras con motivo de un viaje no proyectado a tal fin, que dicho tratamiento tenga carácter urgente y vital y que impida el traslado a España.

La STSJ de Asturias de 21 de junio de 2002, I.L. J 1593, acreditado que el tratamiento que precisaba la menor, prescrito por la propia Entidad Gestora, que denegó su asistencia, consistía en limpieza, obturación de caries y tartrectomía con anestesia general, resulta claro que el INSS estaba obligado a facilitarlo, careciendo de justificación alguna la negativa del mismo a prestar la asistencia exigida puesto que la urgencia vital no significa sólo el peligro inminente de fallecimiento, sino también la posibilidad cierta y próxima de un daño irreparable para la integridad física del enfermo.

Según la STSJ de Canarias de 30 de enero de 2002, I.L. J 1521, cabe el reintegro de gastos sanitarios no sólo en casos de diagnóstico erróneo, con fijación de consulta para 4 meses después, sino también en los casos de urgencia vital, que se da no sólo cuando está en peligro la vida del afectado, sino también cuando pelagra la curación definitiva o la integridad física del paciente.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la STS de 18 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 896, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades. Puesto que en el caso de autos, en la fecha de emisión del dictamen de la UVAMI, el trabajador tenía cumplida la edad de jubilación, no procede el reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad permanente.

La **STS de 10 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 970, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina debate la cuestión de determinar si la responsabilidad en el pago del subsidio de incapacidad temporal corresponde a la empresa que ha asumido esa prestación en régimen de colaboración voluntaria o a la Mutuality de Previsión recurrente con la que aquélla había asegurado la cobertura del mencionado subsidio, y entiende la sentencia, que es responsable la Mutuality.

En la **STS de 12 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 987, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se plantea la cuestión relativa a determinar si para la adopción por parte de una Mutua de Accidentes de Trabajo de la decisión de dar por finalizada la situación de incapacidad temporal en la que un trabajador se hallaba a consecuencia de accidente laboral apoyándose en haber abandonado dicho trabajador el tratamiento prescrito, es o no preciso el seguimiento previo de un expediente contradictorio, y entiende el Tribunal Supremo, que no es necesario dicho expediente.

En la **STS de 30 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1029, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión litigiosa consiste en determinar si el subsidio por incapacidad temporal, cuando la situación es prorrogada por haber propuesta de invalidez, se extingue en la fecha de la Resolución que deniega la invalidez o debe mantenerse hasta que se notifica al interesado dicha Resolución. Y al respecto, la doctrina en la materia ya ha sido unificada en el sentido de que el subsidio se extingue en la fecha de la resolución.

En la **STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2002**, I.L. J 1033, se discute si cabe considerar como accidente de trabajo, o bien como enfermedad común, el infarto de miocardio sufrido por el trabajador en su domicilio. Y al respecto, la jurisprudencia ha señalado que la inclusión del infarto de miocardio entre los supuestos de presunción de accidente debe entenderse cuando se produce en tiempo y lugar de trabajo, para dar verosimilitud a la presunción de que tal padecimiento lo fue como consecuencia de la labor desarrollada, puesto que las lesiones cardiacas pueden estar en su desencadenamiento, relacionadas causalmente con el trabajo. Pero en el caso de autos, ello no fue así, puesto que la dolencia se produjo (y también los primeros síntomas), estando el trabajador en su domicilio a las 22,30 horas.

Según la **STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2002**, I.L. J 1038, no se suspende la prestación de incapacidad temporal por ingreso del trabajador en prisión, al no ser ésta una de las situaciones previstas en el artículo 208.1 de la LGSS. La incapacidad temporal, eventualmente suspendida para un preso, se extinguirá si éste recibe el alta médica, no pudiendo proseguir tras la salida del centro penitenciario. Además, el recluso puede realizar trabajos remunerados y por cuenta ajena en la propia prisión, sin que pueda acceder a ella por la eventual situación de incapacidad temporal. Luego si ésta sigue impidiendo en la propia prisión la realización de un trabajo posible, no hay razón para que la prestación se haga efectiva.

IX. Seguridad Social

La STSJ de La Rioja de 16 de abril de 2002, I.L. J 1079, condena conjunta y solidaria a la empresa y a la Mutua al pago de la prestación de incapacidad temporal en un supuesto en que la Mutua asumió la colaboración en la gestión de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común y la empresa dedujo de las liquidaciones de cuotas de la Seguridad Social, el subsidio por incapacidad temporal que tenía que haber abonado en pago delegado al trabajador y no lo hizo.

Según la STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2002, I.L. J 1209, no cabe entender que la incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo si la enfermedad no aparece determinada por el trabajo, ya que el hecho de que se manifieste durante la jornada laboral, no la dota de los caracteres de accidente de trabajo. Para ello es preciso probar que tiene su causa exclusiva en el trabajo, su elemento desencadenante o su causa de agravación. En el caso de autos se trata de una tendinitis del hombro izquierdo, que no consta fuera motivada por ningún traumatismo, por lo que se trata de una dolencia degenerativa y progresiva derivada de la continua utilización de dicha articulación.

En la STSJ de Murcia de 22 de mayo de 2002, I.L. J 1209, se discuten dos cuestiones. La primera es la posibilidad de que el INSS abone el subsidio de incapacidad temporal, en pago directo, en los días en que no se produce llamamiento dentro de la campaña cuando el empresario no ha satisfecho el pago del subsidio por no estar obligado a ello, a causa de no existir actividad empresarial o por falta de llamamiento al no tener antigüedad. Y en tales casos entiende la Sala que la entidad gestora debe seguir abonando dicho subsidio. La segunda cuestión se refiere a la necesidad de incluir en la base reguladora del mencionado subsidio las cotizaciones realizadas por el INEM, mientras el trabajador ha percibido la prestación por desempleo.

En la STS de 14 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1294, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión que se somete a debate es la de determinar el sujeto responsable del pago de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando el empresario ha asumido el pago directo del subsidio, y la incapacidad temporal se origina durante la vigencia del contrato, pero continúa produciendo efectos una vez que se ha extinguido la relación laboral, surgiendo la duda de si debe hacer frente a esa obligación la entidad gestora o la empresa que ha asumido el pago directo. Y entiende el Tribunal Supremo que la obligación del pago de la prestación debe recaer sobre la empresa, al haberse constituido en autoaseguradora, sin que el INSS ni la TGSS vengan obligados a anticipar el pago.

En la STSJ de Castilla y León de 2 de abril de 2002, I.L. J 1540, la cuestión litigiosa se centra en determinar si la recurrente tiene derecho a percibir las prestaciones de incapacidad temporal, iniciada con anterioridad a su baja voluntaria en la empresa, durante el tiempo en que no estaba vigente su relación laboral y subsistía dicha situación, y la Sala entiende que la entidad aseguradora con la que estaba concertado el aseguramiento del riesgo en el momento de actualizarse éste, está obligada a asumir la cobertura del siniestro, por lo que producido el hecho causante que determina el nacimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad temporal, la extinción del contrato de trabajo no extingue el derecho de subsidio, ni altera el sujeto responsable del pago del mismo.

La STS de 20 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1584, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina discute la cuestión de cómo ha de computarse el período mínimo de cotización exigido en el artículo 130.a) de la LGSS para el reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común, y concluye que en los 180 días se han de computar los “días cuotas” y no sólo los días de trabajo cotizado, ya que tan efectivas y reales son las cotizaciones a realizar por un período de trabajo como las que corresponden a los “días teóricos” de las gratificaciones extraordinarias. De modo que sólo en el supuesto de la prestación de desempleo, el cómputo de cotizaciones se hace en principio por días de trabajo.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

Según la STSJ de Murcia de 15 de abril de 2002, I.L. J 850, el artículo 21 del Decreto 2123/1971 de 23 de julio, según el cual, los trabajadores agrícolas por cuenta ajena, para tener derecho a la prestación económica de incapacidad temporal, precisan encontrarse prestando servicios en la fecha de la baja, ha de ser interpretado en sus justos términos según dos proyecciones: en primer lugar que el Sistema de Seguridad Social tiene un fin de protección (art. 41 de la CE); y en segundo lugar, debe evitarse la arbitrariedad, mediante conclusiones razonables (art. 9 de la CE). Bajo estas condiciones, la conclusión conlleva a interpretar razonablemente que la norma, cuando habla de “prestar servicios” quiere decir “existente el contrato de trabajo”, pues, en otro caso, no estarían protegidos, por ejemplo, los períodos de descanso, vacaciones, etc. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Murcia de 6 de mayo de 2002, I.L. J 1240.

En la STSJ de Canarias de 8 de abril de 2002, I.L. J 938, se discute si, respecto al actor, debe encontrarse al corriente en el pago de las cuotas en el momento del hecho causante (incapacidad temporal), o si se trata de una falta o retraso ocasional. Según la Sala, la normativa del Régimen Especial Agrario exige de manera terminante estar al día en el pago de las cuotas, con la excepción de las prestaciones por muerte y supervivencia. De ello se desprende que no es posible hacer excepciones y ser más flexible, y sólo cuando se trate de una prestación de invalidez permanente se puede serlo, pero no cabe tal flexibilidad cuando se trate de una incapacidad temporal, no siendo factible que se subsane con posterioridad el pago de dichas cuotas. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2002, I.L. J 1611.

La STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2002, I.L. J 1213, señala que no es exigible que el trabajador, perteneciente al RETA, se halle al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social para que, de concurrir los restantes requisitos, pueda tener “pleno derecho” para poder acceder a la prestación de incapacidad temporal.

Según la STSJ de Cantabria de 1 de junio de 2002, I.L. J 1609, para completar la carencia exigida por el artículo 128 de la LGSS, se pueden computar las cotizaciones ingresadas en el Régimen Especial Agrario con las generadas en el Régimen General, en aque-

IX. Seguridad Social

Los casos en que por impago de alguna de las cotizaciones en la fecha del hecho causante, no se tenga derecho a la prestación.

12. MATERNIDAD

La **STSJ de Baleares de 15 de marzo de 2002**, I.L. J 918, aplica la jurisprudencia del TS en cuanto a Incapacidad temporal en el sentido de que el devengo de la prestación no se condiciona legalmente a la previa solicitud de parte, sino que se genera de modo directo y automático una vez producidos y presentados los partes de baja y no cabe oponer la retroacción que establece el art. 54 LGSS.

En el caso de la **STSJ de Baleares de 19 de abril de 2002**, I.L. J 934, la actora tiene derecho a las prestaciones por maternidad si bien la responsabilidad recae en el INSS y no en la empresa. Al haber finalizado el contrato e iniciarse posteriormente la situación de baja por permiso laboral por maternidad ninguna responsabilidad incumbe a la empresa. Si bien es cierto que debe considerarse a la trabajadora en alta en la Seguridad Social cuando finaliza la baja por IT derivada de enfermedad por embarazo de alto riesgo y se pasa de inmediato a la situación de descanso por maternidad (art. 133.bis ter), ello no implica que la responsabilidad incumba a la empresa que en tal fecha no tenía obligación alguna de mantener a la actora en alta en la Seguridad Social.

Por su parte, la cuestión debatida en la **STS de 29 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1011, es si se puede causar derecho al subsidio por maternidad en aquellos supuestos en los que la trabajadora afiliada al RETA, al finalizar el período de incapacidad temporal recibiendo prestaciones, inicia sin solución de continuidad la situación de maternidad habiendo causado baja en aquel Régimen especial con precedencia a dicho momento, más en concreto si producido el parto dentro de los noventa días siguientes a la baja de la trabajadora en el RETA su situación debe o no considerarse como asimilada al alta. Siendo hechos no cuestionados que la trabajadora demandada causo baja en el RETA, así como que inicia sin solución de continuidad el descanso por maternidad su situación era la de asimilada al alta, de acuerdo con lo establecido en los arts. 29.1 del Decreto 2530/1970 y 26.1.15 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, altas, bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social.

Finalmente, según la **STSJ de Aragón de 3 de junio de 2002**, I.L. J 1437, la interpretación más acorde con el art. 133 quarter de la LGSS y art. 13 del Decreto 1646/1972 es computar la base diaria de cotización por su puesto de trabajo.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

En la **STS de 23 de marzo de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 908, se considera, en atención al art. 28.3.d) del Decreto 2530/1970, de 30 de agosto —que se considera que debe

interpretarse de igual forma antes y después de la reforma operada por el RD 497/1986, de 10 de febrero—, que debe denegarse la prestación de viudedad en el RETA por no concurrir el período mínimo de cotización ya que el causante, coincidiendo con la fecha de afiliación, ingresa cuotas correspondientes a un período anterior a dicha fecha.

La **STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1216, desestima la pretensión actora de reconocimiento de pensiones de viudedad y orfandad por no haber abonado, dentro del plazo previsto, las cuotas que el causante adeudaba.

En la **STS de 20 de junio de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1321, se trata de discernir la fecha desde la que deben computarse las cuotas correspondientes a las pagas extraordinarias para acreditar la carencia exigida para cada prestación. Siguiendo la doctrina sentada por la Sala, debe darse primacía para el cómputo de las cotizaciones, al día cotizado sobre el día natural, por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el día-cuota establecida en STS de 10 de junio de 1974.

B) Régimen Especial de la Minería del Carbón

En la **STS de 7 de febrero de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 875, se trata el caso de un pensionista de jubilación que solicita reconocimiento de incapacidad permanente por enfermedad profesional con el incremento del 20 por ciento. El caso gira en torno a la norma que resulta de aplicación: al tiempo de solicitar la prestación y presentar la demanda, había entrado en vigor la Ley 24/1997, de 15 de julio. Ésta reformó el art. 138.1, párrafo 2º, de la LGSS en el sentido de negar la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente cuando, en la fecha del hecho causante, el solicitante tuviera 65 años y todos los requisitos para acceder a la prestación de jubilación. También reformó la DA Octava de la LGSS, en la que expresamente se afirmaba que lo dispuesto en el anterior precepto es de aplicación a la totalidad de regímenes de la Seguridad Social. Bien es cierto, afirma la Sala, que desde el 1 de enero de 2002, con la entrada en vigor del RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, se ha reformado nuevamente el art. 138 de la LGSS circunscribiendo aquella prohibición a las prestaciones derivadas de contingencias comunes; ahora bien, al no contener previsiones sobre su posible efecto retroactivo, en atención al art. 2.3 del Código Civil, debe aplicarse la norma vigente al tiempo de suscitarse la controversia, no reconociéndose el incremento del 20 por ciento. Por su parte, la **STS de 13 de mayo de 2002**, u.d., I.L. J 1100, sí considera que en el caso enjuiciado se le conceda el incremento del 20 por ciento de la base reguladora de la prestación de invalidez derivada de enfermedad profesional, que le fue reconocida en su día a un pensionista de jubilación, por concurrir los requisitos exigidos por el art. 139.2 de la LGSS.

Por otra parte, la **STS de 3 de mayo de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1082, establece que el beneficio de conversión de pensiones previsto en el art. 22 de la OM de 3 de abril de 1973, no es de aplicación al asegurado que fue declarado previamente a su entrada en vigor, en situación de IP total para la profesión de minero, derivada de accidente de tra-

IX. Seguridad Social

bajo. Se realiza una interpretación estricta de su ámbito subjetivo de aplicación, concluyéndose que no cumple el requisito de ser pensionista, pues de acuerdo con la legislación vigente, no venía percibiendo una prestación sino que recibió una indemnización a tanto alzado.

La STS de 3 de julio de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1473, considera que son compatibles la pensión de IP parcial anterior a la vigencia del Régimen Especial de la Minería del Carbón, con la prestación de jubilación reconocida en este último, partiendo del art. 122 de la LGSS y siguiendo la interpretación de la Sala en la STS de 16 de mayo de 1994.

C) Régimen Especial Agrario

La STS de 20 de mayo de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1128, deniega las prestaciones de viudedad y orfandad por existir un descubierto de cuotas por parte del causante de más de 51 meses. Aunque la normativa específica aplicable a este Régimen prevea la posibilidad que las derechohabientes satisfagan las cuotas impagadas, limita éstas a 12 meses de cotización para percibir el subsidio de defunción, y a tan sólo 6 para el resto de prestaciones. Supuestos parecidos resuelven la STS de 10 de junio de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1279, en el que el descubierto venía referido a 22 cuotas, y la STS de 24 de mayo de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1356, con un descubierto de 14 meses.

D) Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1255, en aplicación de la doctrina flexibilizadora del Tribunal Supremo en cuanto a situaciones en que se producen defectos de cotización o situaciones de paro en la fecha del óbito de los trabajadores (vid. STS 2 de octubre de 2001), reconoce las pensiones de viudedad y orfandad en un supuesto en el que el causante, en el momento del fallecimiento, era pensionista del ISM, por lo que se entiende en situación asimilada al alta.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En la STS de 16 de mayo de 2002, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1119, se plantea la duda de si pueden computarse, para una prestación de desempleo, aquellas cotizaciones que se hubieran tenido en cuenta para el reconocimiento de una prestación anterior que fue extinguida mediante sanción. Partiendo de lo establecido en el art. 210.2 de la LGSS, entiende la Sala que no cabe computar dichas cotizaciones, por cuanto el antedicho precepto hace referencia al reconocimiento y no al disfrute de la prestación.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

En la STSJ de Extremadura de 1 de abril de 2002, I.L. J 841, se declara la incompetencia del orden social para conocer de las resoluciones que se dicten como consecuencia

del reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía en el ámbito de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social (RD 1971/1999, de 23 de diciembre).

La **STS de 18 de julio de 2002**, I.L. J 1517, plantea si la jurisdicción social es la competente en un caso referido al pago de una prima única, consecuencia de liquidación de capital-coste, por parte de una Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Como consecuencia del fallecimiento de un trabajador como consecuencia de accidente laboral, por el órgano competente de la TGSS y tras realizar la liquidación correspondiente, se ordenó a la Mutua el pago de una prima por importe de 6.010.810 pesetas. Según el Tribunal Supremo, esta cuestión ha sido resuelta por Sentencia de 24 de noviembre de 2000, en la que se declara que los actos de liquidación capital-coste son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (previa la vía administrativa), pero sólo por motivos inherentes a la determinación de su cuantía, y siempre que el acto de liquidación no se dicte en ejecución de una sentencia de la jurisdicción social.

Para la **STSJ de 29 de abril de 2002**, I.L. J 1006, la jurisdicción social es competente para conocer la pretensión de la TGSS en la que se solicita que se declare que no procede el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por haber ejercido como subagente de forma *no habitual*. El Tribunal Supremo concluye que el recurso interpuesto por la TGSS debe desestimarse, y funda su argumentación en una Sentencia de este mismo Tribunal, en unificación de doctrina, de 29 de octubre de 1997, que versaba sobre el significado del requisito de habitualidad que el art. 2.1 y concordantes del RD 2530/1970, de 20 de agosto, establece para el encuadramiento en el RETA. La cuestión planteada es si concurre dicho requisito respecto de las personas que, además de atender otras tareas, han suscrito contrato mercantil como subagentes de seguros al servicio de agentes de una compañía de esta rama de actividad, en cumplimiento del cual vienen percibiendo remuneraciones que superan en cómputo anual el importe del salario mínimo profesional. Dicha sentencia unificó la doctrina, en el sentido de considerar que, a falta de un criterio preciso de delimitación del concepto de habitualidad en art. 2.1 del RD 2530/1970, la misma concurre cuando, aún cuando pueda realizar cualquier otra actividad –remunerada o no–, obtenga unos ingresos derivados del trabajo como tal subagente que, en cómputo anual, superen la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. En el mismo sentido, *vid.*, asimismo, las **SSTS de 29 de abril de 2002**, I.L. J 1009; **de 29 de abril de 2002**, I.L. J 1014, y **de 30 de abril de 2002**, I.L. J 1022. Para la **STS de 30 de abril de 2002**, I.L. J 1023, los pronunciamientos de la sentencia de 29 de octubre de 1997 son meramente declarativos y no constitutivos: el trabajo de los subagentes de seguro a los que dicha resolución alude era o no era habitual antes de que la sentencia se pronunciara acerca de ello, pues dicha sentencia sólo declara lo que ya estaba en la expresión utilizada por la norma interpretada (arts. 2.1 y concordantes del Decreto 2530/1970), y la interpretación lo único que hizo fue fijar un concepto jurídico indeterminada, en la tarea propia de la aplicación judicial del Derecho. Siguen esta misma doctrina, las **SSTS de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1080; **de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1081; **de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1083; **de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1084; **de 6**

IX. Seguridad Social

de mayo de 2002, I.L. J 1085; de 6 de mayo de 2002, I.L. J 1086; de 8 de mayo de 2002, I.L. J 1093; de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1107; de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1108; la STS de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1110; de 17 de mayo de 2002, I.L. J 1123; de 19 de mayo de 2002, I.L. J 1125; de 27 de mayo de 2002, I.L. J 1137; de 6 de junio de 2002, I.L. J 1273; de 25 de junio de 2002, I.L. J 1329; de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1348; de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1349; de 12 de junio de 2002, I.L. J 1375; de 12 de junio de 2002, I.L. J 1376, y de 11 de julio de 2002, I.L. J 1491.

Para la STS de 13 de mayo de 2002, I.L. J 1103, los tribunales del orden jurisdiccional social tienen plena competencia [según los arts. 2.b) LPL y 9.5 LOPJ] para conocer, en materia de Seguridad Social, todas las cuestiones relativas al derecho de percibir las pensiones tanto de invalidez permanente como de jubilación, ya sean contributivas o no contributivas, y esta competencia debe extenderse a la determinación del grado de minusvalía que afecta al interesado, pues carecería de toda lógica que los Tribunales Laborales pudieran resolver sobre el reconocimiento de las pensiones que tuvieran por substrato una cierta deficiencia psíquico o funcional, y se impidiera examinar lo que constituye el presupuesto fáctico de aplicación de la norma, cual es la determinación del grado de minusvalía. Se sigue en este punto la doctrina unificada de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 24 de diciembre de 2001. En este sentido también se pronuncia la STS de 13 de mayo de 2002, I.L. J 1104.

B) Reclamación administrativa previa

La STSJ de Andalucía de 9 de abril de 2002, I.L. J 927, analiza un supuesto en el que una Mutua presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, en cuyo suplico solicitaba que se condenase a la empresa y subsidiariamente al INSS y a la TGSS a abonarle una cuantía en concepto de asistencia sanitaria e incapacidad temporal, al haber dejado de satisfacer en la empresa las cuotas de la Seguridad Social desde el mes de agosto de 1999. El Magistrado de instancia estimó la falta de agotamiento de la vía previa, ya que la Mutua tan sólo interpuso dicha reclamación frente al INSS, pero no frente a la Tesorería. Para el TSJ de Andalucía, el hecho que deba considerarse cumplida esta exigencia con el traslado de la demanda a la Administración de la Seguridad Social conduce a la innecesariedad de agotar la vía previa respecto a la Tesorería. La función de este requisito preprocesal no puede cumplirse cuando estos organismos sólo entran en juego si falla el responsable principal.

C) Demanda

Según la STS de 24 de abril de 2002, I.L. J 1002, es correcta la declaración de nulidad de actuaciones (por afectar al orden público procesal) debida al defecto advertido por parte del TSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2001, pues en el contenido del suplico se aprecia que en el mismo no se aclara ni concreta a qué prestaciones se refiere la parte demandante derivadas del accidente, ni se determinó la responsabilidad que postula dicha parte de cada uno de los codemandados, y en qué conceptos y períodos. Por ello,

la falta de concreción conduce obligatoriamente a declarar la nulidad de actuaciones, debiéndose retrotraer las mismas al momento inmediatamente anterior a la admisión de la demanda, ya que la demanda contenía una doble pretensión, que se declarase que la muerte fue un accidente de trabajo y la petición de condena con las consecuencias legales de tal declaración, cual es la de las correspondientes prestaciones que pudieran corresponder a la viuda y los hijos.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales.

C) Nivel Contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección.

c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.

e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios

por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabili-

dades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajado-

res eventuales del campo. d') Otros Subsidios Especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al

subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y comple-

mentarias. F) Gestión, Financiación y Pago. G) Valoración Final. **2. Jubilación.**

A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación.

a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transito-

rio. e) Jubilación anticipada. f) Jubilación complementaria. g) Compatibilidad e incompatibilida-

des. 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 contri-

butiva). 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 5 a 8 de 2002 (junio a setiembre de 2002) de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 814 a J 1618).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

De nuevo nos encontramos ante un supuesto de desestimación de la solicitud de la prestación por desempleo por entender que el solicitante no reúne los requisitos legales exigidos para tener derecho a la misma. El actor cesó en su relación laboral con la empresa por razón de extinción por disolución de la sociedad civil, ostentando el demandante la condición de hijo de los socios, teniendo un contrato de trabajo presentado al INEM, y siendo socio partícipe del 22 por ciento de las acciones de la misma que posteriormente vendió a sus padres con los que compartía convivencia. No consta que frente a la comunicación de extinción del contrato, el trabajador formulara demanda alguna. Así, la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2002**, I.L. J 1195, entiende que la relación mantenida por el actor con la empresa no puede estimarse de trabajador por cuenta ajena bajo salario y dependencia, ni la disolución de la misma como causa determinante de la extinción. Por lo que se excluye al demandante de la condición de beneficiario de la prestación por desempleo contributiva.

La solución adoptada en la **STSJ Castilla y León (Burgos) de 6 de mayo de 2002**, I.L. J 1547, sigue la tendencia de anteriores pronunciamientos respecto a la consideración de la existencia de fraude de ley en la contratación, para la obtención de la prestación por desempleo. En este caso concreto la actora suscribió un segundo contrato en fraude de ley, a fin de crear una apariencia jurídica de extinción de la relación laboral del contrato, para así poder lugar a prestaciones por desempleo a las que no tenía derecho por haber causado baja voluntaria en el contrato de trabajo anterior. Si bien, la proximidad entre el cese voluntario y la nueva contratación por sí solo no denota el fraude, el renunciar a un contrato para la realización de obra o servicio determinado consistente en la realización de limpieza de determinados locales, con diferentes empresas, para sustituirlo por otro temporal y de tan poca duración, sí denota en concurrencia con las otras circunstancias, un fraude de ley. A la misma conclusión se llega en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1616.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Como es sabido, uno de los supuestos de extinción de la prestación por desempleo es no rechazar una oferta de empleo adecuada, pues bien, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1552, considera causa de extinción de la prestación el rechazo por el actor de un empleo, coincidente con la última actividad laboral desempeñada, pero que dista del domicilio del actor 30 kilómetros, y según el actor no existe transporte público hasta la localidad del empleo. Sin embargo, el tribunal entiende que el trabajo ofertado constituye una colocación adecuada, no pudiendo considerarse un obstáculo la distancia de 30 kilómetros, pues dicha distancia no le impide seguir residiendo en su lugar de residencia habitual, aunque no pueda negarse lo incómodo de efectuar un desplazamiento diario hasta el lugar de trabajo, en las estaciones de otoño e invierno, pero que en ningún caso justifica la negativa a la oferta efectuada.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

En el supuesto planteado en la **STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2002**, I.L. J 820, se discute acerca de la fecha a partir de la cual debe comenzar a percibirse la prestación por desempleo; el trabajador en este caso pretende que se le reconozca la prestación desde el día siguiente a la fecha del despido, despido que fue impugnado, reconociendo la empresa su improcedencia en el acta de conciliación judicial. Pues bien, el Tribunal entiende que la fecha a tener en cuenta para el comienzo de la prestación por desempleo ha de ser la del acto de conciliación, pues con anterioridad a dicha fecha no se entiende que el trabajador se encuentre en situación de “querer y poder trabajar”, es más, el legislador no atribuye efectos en el campo de la prestación por desempleo, al acto de despido, sino al acto de su fijación formalizada.

Como regla general, cuando un trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria y es contratado por otra empresa y cesado posteriormente, se considera que se encuentra en situación legal de desempleo, si el período por el que le fue concedida la excedencia voluntaria no ha concluido y por tanto se da la imposibilidad de instar el reingreso a su antiguo puesto de trabajo (**STS de 24 de marzo de 2001**), no obstante el caso resuelto por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2002**, I.L. J 879, presenta una particularidad respecto a lo anterior, y es que existía un pacto expreso entre el trabajador y la empresa por el cual el trabajador tenía derecho a reintegrarse a la misma, aun durante el período de vigencia de la excedencia voluntaria, con la única condición de presentar la solicitud en tal sentido con 20 días de antelación a la fecha de reincorporación. Por tanto, el plazo de excedencia era vinculante para la empresa, pero facultativo para el trabajador que en cualquier momento podía solicitar el reingreso. Por tanto, este trabajador no puede considerarse en situación legal de desempleo si cesa en una empresa con la que haya estado contratado durante el período de excedencia, pues en ese caso debería solicitar el reingreso a su anterior puesto de trabajo, de otro modo, se entenderá que su situación de desempleo se debe única y exclusivamente a su voluntad.

e) Supuestos especiales

La STSJ de Galicia de 26 de abril de 2002, I.L. J 952, resuelve un caso en el que nos encontramos ante dos trabajadoras fijas discontinuas en régimen de interinidad, pues la actividad para la que fueron contratadas se prolonga durante años; es decir, se prestan servicios fijos discontinuos durante el largo período de tiempo en que la plaza vacante no se cubre en forma reglamentaria. Así, en este caso, la falta de llamamiento del trabajador al reinicio de la actividad escolar habría de ser considerado como despido improcedente, tal y como vienen entendiendo la doctrina jurisprudencial para casos similares al que nos ocupa, y corresponde el reconocimiento de prestaciones por desempleo atendiendo a la situación de necesidad en los períodos de inactividad cíclica, con involuntariedad en el cese.

La cuestión del cómputo de cotizaciones para la obtención de la prestación por desempleo de los trabajadores fijos-discontinuos ha planteado numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, en concreto el resuelto por la STS de 14 de junio de 2002, I.L. J 1293, se centra en determinar si para la duración de la prestación por desempleo deben o no tenerse en cuenta las cotizaciones que, respecto de los trabajadores dedicados a la manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetales, establece el art. 6 de la OM de 30 de mayo de 1991, es decir, si sólo deben computarse los días efectivamente trabajados (art. 210.1 LGSS), o si asimismo, resultan computables aquellos otros (descanso semanal, festivos no recuperables, y vacaciones) en los que no se realiza trabajo efectivo, pero por lo que también se ha cotizado.

Según el Tribunal Supremo, la expresión “períodos de ocupación cotizada” que emplea el art. 210.1 LGSS no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo que resulte equivalente a los días efectivamente trabajados, de manera que resultará aplicable el art. 6 OM de 30 de mayo de 1991.

El caso resuelto por la STSJ Cataluña de 31 de mayo de 2002, I.L. J 1214, se refiere a la procedencia o no de la prestación por desempleo en el caso de excedencia para el cuidado de un familiar enfermo. En principio el INEM deniega la prestación por entender que la trabajadora no acredita 360 días de cotización en un régimen que incluya la protección por desocupación en los últimos seis años, ya que durante el período 5 de noviembre de 1994 a 19 de junio de 2000 ha permanecido en excedencia voluntaria.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras introduce el supuesto de excedencia por cuidado de un familiar, sin embargo, esta ley no contiene ninguna previsión en cuanto a la valoración del período de excedencia a los efectos del desempleo. No obstante la Disposición Adicional Tercera del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo prevé como situación asimilada a la de alta, el período de excedencia para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retributiva, y por lo que se refiere a las prestaciones por desempleo, será de aplicación lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, la cual en orden a regular la situación de excedencia, concretamente por el motivo del cuidado de un hijo prevé que “la situación de excedencia por período superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo” añadiendo que “dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar”. A la luz de esta normativa, el Tribunal entiende que procede retrotraer el cómputo del período de los seis años para la determinación de la carencia y período de la prestación por desempleo solicitada por la actora, a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, resultando así que la demandante es acreedora de tal derecho.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b’) Subsidio de prejubilación

De los arts. 215.1.3 y 216.3 LGSS, se deduce que los desempleados mayores de 52 años, que permanezcan inscritos en la oficina de empleo desde el agotamiento de la prestación contributiva o subsidio de desempleo, perciben el subsidio hasta la fecha en que el trabajador cumpla la edad de jubilación aunque no tenga responsabilidades familiares, debiendo precisarse que respecto al requisito de permanecer inscrito en la oficina de empleo, debe ser interpretado en el sentido de que no es constitutivo de la prestación y que su finalidad es la de acreditar que se reúnen las condiciones para estar incluidos en alguno de los supuestos que dan lugar a la percepción del subsidio por desempleo, con voluntad de emplearse; por ello, estando inscrito más del mes de espera requerido, el descuido en la renovación de la demanda de empleo o la ignorancia en la necesidad de permanecer inscrito como demandante de empleo, con interrupción no superior a seis meses, no puede impedir la prestación. El descuido o la ignorancia de la necesidad de permanecer inscritos como demandante de empleo, siempre que no signifique la voluntad de no emplearse no puede impedir la prestación, y por otra parte, una interpretación incluso literal del precepto obliga a asimilar el trabajo por tiempo inferior a seis meses a la omisión de la inscripción por igual lapso de tiempo.

Sin embargo en el caso resuelto por la STSJ de Cantabria de 10 de abril de 2002, I.L. J 1069, la falta de inscripción tiene lugar en períodos de tiempo indudablemente extensos, y además el actor sólo se ha encontrado como peticionario de empleo en períodos muy cortos, siendo doctrina consolidada la exigencia de haber estado inscrito durante períodos trascendentes entre la situación legal de desempleo y la fecha de la solicitud,

por lo que no procede estimar el recurso interpuesto por el actor. Un supuesto similar se resuelve en la STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1254.

En el caso resuelto por la STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2002, I.L. J 1218, el actor solicita el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, siéndole denegado por el INEM entendiéndose éste que no se encontraba en ninguna de las causas de acceso a dicho subsidio. El actor había cesado como trabajador autónomo, y se inscribió como demandante de empleo, permaneciendo en dicha situación un año y reuniendo los demás requisitos legales exigibles, al haber cotizado a lo largo de su vida laboral al desempleo durante más de seis años si trabajó durante más de diecisiete como trabajador por cuenta ajena, si bien, su última y dilatada etapa laboral fue como autónomo. Según estos datos el TSJ de Madrid entiende que el actor es acreedor de la prestación que solicita, pues habiendo sido trabajador por cuenta ajena durante más de la mitad de su vida laboral y habiendo cesado como trabajador autónomo más de un año antes de solicitar el subsidio litigioso, cabe entender que ha retomado su condición de trabajador por cuenta ajena sin ocupación efectiva, pero con intención de obtenerla.

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio

De nuevo los tribunales ofrecen una interpretación flexible del requisito de carencia de rentas exigido para poder tener derecho al subsidio por desempleo. Así, concretamente en la STS de 19 de abril de 2002, I.L. J 985, entiende que la subvención oficial recibida por el solicitante del subsidio para la adquisición de una vivienda habitual no puede computarse como renta al efecto de determinar el nivel de ingresos para percibir el subsidio de desempleo. Según, el tribunal, la interpretación contraria supondría beneficiar a quien dispone en propiedad de una vivienda en detrimento de aquel que carece de ella y obtiene una subvención para conseguirla, ya que el art. 3.4 del Real Decreto 5/1997, que establece las reglas para el cálculo en cómputo anual de las rentas del solicitante y de la unidad familiar, se remite a la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para la valoración de los bienes muebles o inmuebles de que disponga el solicitante o la unidad familiar en ausencia de rendimientos efectivos, pero excepciona en todo caso los relativos a la vivienda habitualmente ocupada por el solicitante y su familia.

El Tribunal Supremo, en Unificación de Doctrina, en su STS de 23 de julio de 2002, I.L. J 1507, entiende que las pagas extraordinarias correspondientes a los ingresos de alguno de los miembros de la unidad familiar lo son también de ésta y necesariamente han de computarse a los efectos de la fijación del importe de las “rentas de cualquier naturaleza” a que se refiere el art. 215.1 LGSS. El límite que contiene este artículo constituye un valor vinculado a las percepciones normales del trabajador entre las que han de incluirse las pagas extraordinarias, cuya naturaleza, es la propia de un salario diferido devengado día a día cuyo vencimiento tiene lugar en festividades o épocas señaladas.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Cotizaciones reales y ficticias.

La identificación del período total de cotización acumulado por el asegurado a lo largo de una vida profesional es cuestión básica a efectos de determinar la cuantía de la pensión correspondiente. Un aspecto controvertido que se pone de manifiesto en la **STS de 7 de mayo de 2002**, u.d., I.L. J 1092, es el de la posibilidad o no de adicionar cotizaciones efectivas y cotizaciones ficticias, que en determinadas circunstancias regula nuestro ordenamiento de Seguridad Social. En la citada Sentencia se declara que el asegurado puede optar entre unas u otras, pero no acumularlas. Y ello, considerando cual es la finalidad de la “escala de abonos de años y días de cotización según edad” que, para períodos de seguro anteriores a 1960, establece la DT Tercera de la OM de 18 de enero de 1967. Dicha finalidad es la de dispensar al trabajador de tener que alegar y probar la existencia de cotizaciones en ese período, atendiendo a las dificultades que la acreditación de esas cotizaciones implica como consecuencia de la falta de datos en los correspondientes archivos. De esta forma, no se trata de un privilegio sustantivo de los asegurados que han trabajado antes de 1960, sino una dispensa a los mismos de la carga de la prueba de las cotizaciones correspondientes, pero ello no justifica una duplicidad de cotizaciones reales y ficticias por el período de seguro anterior a dicho año de 1960. En definitiva, en estos casos, el asegurado podría optar por unas u otras, las reales o las ficticias, pero no acumularlas.

– Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados.

En el período de referencia a que se refiere esta crónica se sigue manteniendo 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, a la que ya nos hemos referido en las crónicas anteriores. 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. **SSTSJ de Extremadura de 30 de abril de 2002**, I.L. J 844 y de **28 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1427.

Esta interpretación se apoya en el principio de igualdad que consagra el art. 14 de la CE, al que sería contrario el pretender establecer para el colectivo de sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados un nivel de protección para la jubilación superior al que se dispensa para el resto de trabajadores que quedaron incluidos en el RETA desde el mismo momento de su creación y venían desarrollando ya su actividad en tiempo anterior. Pero, además, a la misma conclusión se llega atendiendo a otro de los objetivos que pretende el

RD 487/1998: “buscar la mayor aproximación posible con la regulación que se dio en su día respecto de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica, de edad avanzada en el momento de la incorporación a la Seguridad Social de los respectivos colectivos”. Sin embargo, no cabe objetar una eventual desigualdad de trato en el establecido para los secularizados con respecto a aquellos que han permanecido en el sacerdocio o en la profesión religiosa, ya que ello deriva de que desde el primer momento dichos colectivos quedaron integrados en regímenes y fechas distintas, y fue también distinto el trato dispensado y el nivel de exigencia en el momento de la integración. **SSTS de 22 de abril de 2002**, u.d., I.L. J 992; **de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1386, y **de 12 de marzo de 2002**, I.L. J 892.

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, así como las sentencias referidas al mismo supuesto en el número 12). **STSJ de Extremadura de 30 de abril de 2002**, I.L. J 844; **STS de 28 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1427. No obstante, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de junio de 2002**, I.L. J 1447, admitiendo la procedencia del abono del capital coste de la prestación por los años no cotizados a la Seguridad Social, considera que no procede la reclamación de ninguna cantidad en concepto de gastos de gestión, ya que esta exigencia se basa en la Orden de 15 de diciembre de 1933 que se refiere a supuestos en que la responsabilidad directa del abono de la prestación corresponde a persona o entidad ajena al INSS, mientras que en este caso la responsabilidad directa del pago de la prestación corresponde a la propia Gestora, pues en esta los gastos de Tesorería General son consecuencia de la gestión del patrimonio que a ella corresponde administrar.

También en relación con la pensión de jubilación de los religiosos secularizados, la **STS de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1427, 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 de profesión religiosa en el extranjero.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países.

Como ya se ha indicado en crónicas anteriores, la existencia de cotizaciones efectuadas en diversos países miembros de la Unión Europea determina la aplicación del art. 46 del

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

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 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.

Realmente, en estos casos la cuestión más problemática viene siendo 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 los anteriores números 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 Canarias de 18 de junio de 2002**, I.L. J 1604, establece, en el ámbito de esta cuestión, que el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española y que la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculadas para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza, en virtud de la modificación del Reglamento CEE 1408/1971, introducida por el Reglamento 1248/1992. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1187, que señala, además, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea parece admitir que si el sistema de revalorización previsto en el Anexo VI.D.4 del Reglamento 1248/1992 no logra asegurar una actualización efectiva que permita al trabajador migrante acceder a una pensión en cuantía equivalente a la que hubiera obtenido de haber continuado ejerciendo su actividad en España, los órganos judiciales españoles podrían aplicar otro criterio de actualización. Por lo tanto, no resulta contrario a la normativa comunitaria el aplicar a la revalorización de la pensión, como criterio de actualización, el incremento experimentado por el salario mínimo interprofesional desde el año en que se ingresaron las últimas cotizaciones hasta la fecha del hecho causante.

Esta última sentencia se pronuncia, por otro lado, sobre otra cuestión controvertida como es la de interpretar si a efectos de determinar el porcentaje de pensión que corresponde abonar a la Seguridad Social española, ha de tomarse en consideración tan sólo los períodos realmente cotizados por el trabajador, o si por el contrario procederá computar también algunos períodos no cotizados, pero a los que la legislación española les atribuye tal condición, como es la cotización por edad establecida en la Disposición Transitoria Segunda.3 de la OM de 18 de enero de 1967. Al efecto la Sentencia, aplicando la doctrina

sentada por el Tribunal Supremo, considera que las cotizaciones reconocidas por la aplicación de la escala de abono de años de cotización por edad a 1 de agosto de 1970 son cotizaciones asimiladas a las efectivamente realizadas para un determinado período de carencia de seguro de un trabajador por lo que deben ser computadas a los efectos del cálculo de la prestación española, conforme a las reglas del art. 46.2 del Reglamento 1408/1971.

Por otro lado, también en relación con la determinación de la base reguladora en un supuesto de cotizaciones a diversos países, la **STS de 16 de mayo de 2002**, u.d., I.L. J 1118, aplica el Convenio Hispano-alemán de Seguridad Social por ser más favorable para el trabajador que el Reglamento comunitario 1408/1971, ya que, en virtud de la jurisprudencia comunitaria, en caso de concurrencia entre el reglamento comunitario y un convenio internacional de Seguridad Social, ha de escogerse la regla más favorable al trabajador migrante.

Un caso particular se trata en la **STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 1228, donde se declara la totalización del período trabajado en España mientras el actor tenía la nacionalidad marroquí, no sólo porque el requisito de la nacionalidad deba entenderse en términos generales como condición exigible en el momento de causar la prestación, sino porque otra interpretación entrañaría una discriminación por razón de la nacionalidad en materia de Seguridad Social, en perjuicio de los trabajadores marroquíes en este caso, contraria a los Acuerdos de la CEE y los países del Magreb en 1976, al Convenio de Asociación con Marruecos, Túnez y Argelia de 6 de septiembre de 1978 y, más en concreto, al art. 41.1 del Reglamento CEE 2211/1978, que aprueba el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos. La citada Sentencia recoge la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que “el trabajador marroquí, siempre que mantenga esa condición laboral en el sentido que más adelante se preverá, debe ser tratado como un nacional del Estado donde esté empleado a efectos de Seguridad Social y en cualquier caso la equiparación a los trabajadores de los Estados miembros ha de serlo en principio en las mismas condiciones que para éstos se establecen en el Reglamento CEE 1408/1971”. La asimilación viene igualmente establecida en el Acuerdo entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979.

– Base de cotización mejorada.

Los incrementos de la base de cotización que se producen de manera injustificada en los dos últimos años anteriores al hecho causante determinante de la jubilación con la finalidad de lograr una pensión en cuantía superior han de quedar sin efecto, aplicándose automáticamente la prohibición legalmente establecida en el art. 1.1 del RD 13/1981, recogida en la regla segunda del art. 162 de la LGSS. Al respecto, la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2002**, I.L. J 1196, declara que cuando los incrementos salariales sean anteriores a dicho período temporal, dicha normativa ya no es aplicable, sino que para excluir su importe del cómputo de la base reguladora ha de estarse a la normativa general contenida en el Código Civil, conforme al cual el fraude no se presume y quien lo aduce o invo-ca ha de demostrar su existencia para que pueda ser aplicado judicialmente.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

b') Cuantía de la prestación

– Reintegro de cantidades indebidamente percibidas.

A esta cuestión, reiteradamente reseñada en las anteriores crónicas jurisprudenciales realizadas en números anteriores de esta revista, se refieren la **STS de 27 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 913, y **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2002**, I.L. J 1572, manteniéndose en ellas una reiterada doctrina del Tribunal Supremo, aunque pese a la existencia de numerosas sentencias dictadas en unificación de doctrina sigue dando lugar a pronunciamientos contradictorios. Por su parte, la **STS de 4 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 1477, declara que al tratarse de una simple “suma de dinero”, el plazo aplicable a la prescripción de la acción ejecutiva respecto de unas prestaciones indebidamente percibidas es del de un año, que se formula en el art. 241 LPL reformado por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

– Complemento por mínimos.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la **STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2002**, I.L. J 1567, en cuanto a la cuestión de determinar si los ingresos económicos a tener en cuenta para acceder al percibo de los complementos por mínimos de pensión, son los obtenidos en el ejercicio económico en que tales complementos por mínimos son abonados, o si, por el contrario, se ha de estar a los ingresos o rendimientos obtenidos en el ejercicio económico del año anterior a aquel en que dichos complementos fueron abonados, declara que “los ingresos que se han de computar al objeto referido, son los obtenidos en el mismo año en que se abonó el complemento por mínimos”.

c) Dinámica de la protección

La realización de trabajos de dirección, gestión y administración en una sociedad resultan incompatibles con el disfrute de la pensión de jubilación, lo que determina una sanción de pérdida de la prestación durante un período de tres meses (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 16 de abril de 2002**, I.L. J 1543).

Por el contrario, la suspensión voluntaria del percibo de la pensión de jubilación, por haberse iniciado una nueva relación laboral por cuenta ajena con posterioridad a la obtención inicial de la pensión de jubilación, implica, según declara la **STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 1231, que las cotizaciones realizadas durante esa nueva prestación de servicios deben servir para incrementar el porcentaje aplicable a la base reguladora, pero ésta ha de mantener la misma cuantía que determinó el reconocimiento inicial.

A la determinación del alcance de las responsabilidades por falta de alta y cotización se refieren la **STS de 22 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 1505, y **STSJ de Baleares de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 1165. El Tribunal Supremo, en la citada sentencia, declara que la repercusión del incumplimiento de las empleadoras en la prestación de jubilación causada no incidió en el requisito de carencia genérico necesario para que la trabajadora causara el derecho, pero sí en el porcentaje de la referida pensión. La sentencia fija el

alcance de la responsabilidad empresarial en el porcentaje del importe total de la prestación que sea proporcional al período de incumplimiento, sin perjuicio de la obligación del INSS de anticipar el pago de la totalidad de la prestación. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ de Baleares de 16 de mayo de 2002, antes aludida.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones y bajas incentivadas.

De nuevo sobre la configuración de la figura de la prejubilación, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1188, 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 en un 8 por ciento por cada año que en el momento del hecho causante falte al trabajador para cumplir la edad que fija el apartado 1.a) del art. 161 LGSS, establece que la prejubilación es fruto de la libre voluntad del trabajador, ya que todas las medidas han de tomarse con el acuerdo del trabajador, sin que quepa imposición alguna por parte de la empresa. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de junio de 2002**, I.L. J 1446, y de **24 de junio de 2002**, I.L. J 1453, y del **TSJ de Extremadura de 21 de junio de 2002**, I.L. J 1458.

f) Jubilación complementaria

– Mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

En el supuesto de un mejora voluntaria de la Seguridad Social, ex art. 39 de la LGSS, condicionada a que el trabajador efectivamente se jubile, el plazo de prescripción a que está sujeta es el de cinco años (**STSJ de Aragón de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 1151).

Por otro lado, la **STS de 10 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 1485, en relación con una mejora voluntaria de la Seguridad Social, establece que ésta no dimana del Convenio Colectivo aplicable sino del pacto individual que alcanzaron voluntariamente empresa y trabajador estableciendo condiciones superiores e incluso distintas a las previstas en el Convenio, por lo que el propio pacto que la implantó debe prevalecer sobre la norma convencional que establecía condiciones más estrictas.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

– Determinación de la unidad familiar de convivencia.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 882, se plantea la cuestión de determinar si ha de considerarse o no, como miembro integrante de la unidad

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

familiar de convivencia, a la hija de la demandante que se encuentra ingresada en un Centro de Atención a Discapacitados psíquicos, a los efectos de determinar si se supera o no el límite de recursos económicos para tener derecho a la pensión de jubilación no contributiva. La Sentencia declara que el art. 144.4 LGSS debe ser interpretado con arreglo a su espíritu y finalidad, de manera que no sólo se comprenderá en el concepto jurídico de unidad económica aquellos supuestos de convivencia física en sentido estricto, sino también en aquellos otros en los que, por causa justificada, un miembro de la unidad familiar falta naturalmente del núcleo de convivencia, pero mantiene relaciones de dependencia económica del beneficiario, en supuestos tales como ingresos en centros de asistencia y rehabilitación.

C) Gestión, financiación y pago

– Extinción de la pensión de jubilación causada por el síndrome tóxico.

Reiteración de la jurisprudencia ya mantenida (véase reseña en números anteriores 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 19 de febrero de 2002, u.d., I.L. J 876; 22 de marzo de 2002, I.L. J 904; 10 de abril de 2002, I.L. J 971, y 22 de abril de 2002, I.L. J 988.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

c') Incapacidad permanente total

La STSJ de La Rioja de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1359, que desestima la pretensión del actor de ser declarado afecto de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total, contiene la conocida doctrina de que, en el ámbito de la evaluación de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total) o dificultadas en su realización en el treinta y tres por ciento o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial) sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral.

Desestimatorias de la concurrencia de este concreto grado de incapacidad son las SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 12 de abril de 2002, I.L. J 1533, al valorar las dolencias (Subluxación de ambas articulaciones esternoclaviculares) de un peón de albañil, y de

Andalucía (Málaga) de 26 de abril de 2002, I.L. J 1538, respecto a las dolencias de un obrero agrícola.

Igualmente desestimatoria, si bien por causas distintas, es la **STS de 18 de marzo de 2002**, I.L. J 896, que, en unificación de doctrina, estima que, toda vez que en la fecha del hecho causante de la invalidez permanente, que no estuvo precedida inmediatamente de incapacidad temporal, fecha que ha de considerarse es la del día en que emitió dictamen el Equipo de Valoración de Incapacidades, el actor tenía cumplida la edad de jubilación, de conformidad con el art. 138.1, párrafo segundo, no procede el reconocimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente.

Estimatorias, en cambio, son la **STS de 24 de abril de 2002**, I.L. J 999, por ausencia del requisito de contradicción pese a la similitud de los supuestos comparados; la **STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1177, que al afrontar la aplicación al caso enjuiciado de las previsiones contenidas en los arts. 45 y 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962, normas que siguen en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 133.2 LGSS, estima que en el caso analizado no parece posible el cambio a puesto de trabajo exento de las sustancias o productos que justifican la dermatitis de contacto y que se pueda hacer sin demérito del grupo o categoría profesional, por lo que procede la estimación de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional; la **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2002**, I.L. J 1050, que tras abordar el entendimiento que debe hacerse de la profesión habitual y el recuerdo de la doctrina unificada por la STS de 29 de mayo de 2001, u.d., (vid. Crónica correspondiente en *Justicia Laboral*), concluye que las dolencias del actor, cardiopatía isquémica con IAM, comportan que no esté en condiciones de sus cometidos profesionales (conductor) sin riesgo propio y el de los demás, y la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de abril de 2002**, I.L. J 1539, en atención a las dolencias del actor (agente de viajes), por entender que las mismas le impiden el desempeño de las fundamentales tareas de su profesión habitual.

Respecto a los efectos de la declaración de incapacidad permanente total sobre la relación laboral son reseñables varias sentencias. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 886, ante la cuestión de cuál es la consecuencia jurídica que va anudada a la imposibilidad de reincorporación del trabajador sustituido que dio lugar a la suscripción de un contrato de interinidad, y sobre el recuerdo de los vaivenes jurisprudenciales al respecto, en buena medida debida a modificaciones normativas, la sentencia reseñada estima que en el caso enjuiciado, contrato de interinidad suscrito bajo la vigencia del RD 2346/1994, si no se puede producir la reincorporación del trabajador sustituido, por haber pasado el mismo a la situación de incapacidad permanente total, estamos ante el supuesto en que, por imposibilidad legal de cumplirse la reincorporación que justifica la suscripción del contrato, éste se extingue. Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1454, estima que conforme a la definición legal de la incapacidad permanente total contenida en el art. 137.5 LGSS, que no exige la inhabilidad para todas las funciones de la profesión, sino que basta con que alcance a las fundamentales, no se concluye que haya existido despido alguno sino extinción del

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

contrato de trabajo por invalidez permanente total del trabajador ex art. 49.e) del Estatuto de los Trabajadores, que ha de reputarse, por ende, ajustada a derecho.

A la doctrinalmente llamada incapacidad permanente total cualificada, que supone el incremento del 20 por ciento de la pensión por incapacidad permanente total cuando el trabajador tenga más de cincuenta y cinco años y no tenga otro empleo refiere la **STSJ de Asturias de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1156, estima que tal incremento procede en el caso enjuiciado en que se ha producido el cese voluntario del trabajador en la empresa para la que prestaba sus servicios, compatibles con la situación de incapacidad permanente total, habida cuenta las circunstancias en que tal cese voluntario se produce (situación de crisis empresarial), debiendo entenderse concurrentes, en consecuencia, los requisitos establecidos en el art. 139.2 LGSS. En el mismo ámbito se inscribe la **STS de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 1100, que, en unificación de doctrina, conoce de un tema reiteradamente resuelto en el sentido que el recurrente postula. Estima, en consecuencia, el TS que el actor, pensionista de jubilación, que había cotizado al Régimen Especial de la Minería del Carbón, tiene derecho a que su pensión sea incrementada en el 20 por ciento de la base reguladora, al ser declarado en situación de invalidez permanente total (enfermedad profesional), en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la OM de 3 de abril de 1973. Recuerda el TS que la incompatibilidad existe entre el trabajo y el percibo de la prestación económica de jubilación por lo que, renunciando a esta última el trabajador está facultado para trabajar. Capacitado legalmente el demandante para trabajar y declarado en situación de incapacidad permanente total, tiene derecho a que se le reconozca el incremento del 20 por ciento que establece el art. 139.2 LGSS al concurrir los requisitos exigidos para su devengo.

d') Incapacidad permanente absoluta

La **STSJ de Baleares de 18 de marzo de 2002**, I.L. J 919, confirma la sentencia de instancia que reconoció al actor la prestación por incapacidad absoluta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, donde acredita la carencia exigida para causar dicha pensión y no en el Régimen General, pues para que ello fuese posible deberían considerarse cotizadas a dicho Régimen General las cotizaciones que el actor acredita en el Régimen de la Minería del Carbón.

b) Requisitos del beneficiario

La **STSJ de Aragón de 5 de junio de 2002**, I.L. J 1439, ante la cuestión de si para integrar la llamada carencia corta, dentro de los diez años anteriores al hecho causante, debe computarse el período, teórico, máximo de duración de la incapacidad temporal, incluida su prórroga, estima que en el caso enjuiciado el actor está fuera de cualquier situación de alta o asimilación, sin que conste que tuviese voluntad de incorporarse a actividad laboral alguna, faltando los supuestos humanizadores que fundamentan la doctrina legal que ha permitido, en determinados casos, el cómputo del tiempo de incapacidad temporal aun sin que la misma se hubiese llegado a solicitar o iniciar.

La **STS de 30 de abril de 2002**, I.L. J 1021, se inscribe igualmente en el ámbito del requisito de carencia, viniendo referida al cómputo recíproco de cotizaciones, recordando la sentencia que la cuestión ya ha sido unificada (STS de 12 de mayo de 1999) sobre el dato del inequívoco contenido del art. 35 de Decreto 2530/1970, que otorga el reconocimiento de la pensión a aquel Régimen en que el interesado tenga acreditado mayor número de cotizaciones.

La **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2002**, I.L. J 829, tras recordar doctrina unificada por el TS, estima que en el caso enjuiciado no puede otorgarse eficacia a las cotizaciones *ex* Convenio de permanencia para refrendar una situación (de enfermedad y/o invalidez) ya existente *de facto* con anterioridad, concluyendo que la no evolución significativa de las lesiones originarias comporta que las cotizaciones *ex* convenio no sean válidas al efecto pretendido en la demanda.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

Nueva aplicación de la doctrina del paréntesis contiene la **STS de 30 de mayo de 2002**, I.L. J 1146, que reitera el esquema argumental de que hemos dado cuenta en anteriores crónicas, recordando las sentencias más señeras al respecto. A la doctrina del paréntesis refiere también la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1184, que declara inaplicable dicha doctrina al caso enjuiciado.

A la base reguladora vienen referidas, además, la **STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2002**, I.L. J 824, que resuelve la cuestión respecto a la fecha de efectos económicos de la base reguladora revisada señalando que los mismos han de retrotraerse a la del reconocimiento del derecho, con el límite de cinco años, y no a los tres meses anteriores a la solicitud. En el mismo sentido la **STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2002**, I.L. J 1192, que igualmente estima que la fecha de efectos de la nueva base reguladora ha de retrotraerse al reconocimiento inicial del derecho.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 888, a la vista de la doctrina jurisprudencial que mantiene que todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser aprobadas conjuntamente, a los efectos de la revisión del grado de invalidez, aunque tengan diferentes fuentes generadoras (contingencia común o profesional), estima que para la determinación de la prestación por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común debe utilizarse la misma base reguladora que sirvió para el cálculo de la prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, de acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 12 de junio de 2000 (Sala General).

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de abril de 2002**, I.L. J 1535, conoce de un caso de infracotización estimando que la responsabilidad relativa a las pertinentes diferencias de la prestación corresponde a la empresa, aunque por razones de justicia social y en aras de las garantías de los derechos de los beneficiarios, la entidad gestora está obligada a anticipar el pago de dichas diferencias, con independencia del derecho de la entidad gestora a reclamar dicho importe al empresario demandado.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

A la cuestión de la compatibilidad de la prestación por incapacidad permanente total y trabajo refiere la **STSJ de Baleares de 30 de abril de 2002**, I.L. J 937, que sobre el recuerdo de la STS de 14 de marzo de 2001, que reconoce el casuismo del tema al señalar que “la interpretación de la normativa aplicable (art. 141 LGSS) debe hacerse atendiendo a cada caso concreto y con las distintas circunstancias concretas que en cada caso concurren, estima que, en el caso enjuiciado, no existe dato alguno que permita pensar que exista identidad, ni siquiera sustancial coincidencia, entre la profesión de “camarero”, que era la habitual del recurrido y para la que fue declarado incapaz permanente total, y la de “viajante”, que es la que pretende éste compatibilizar.

La **STSJ de Cantabria de 1 de abril de 2002**, I.L. J 1607, atinente a la misma cuestión, señala que no se ha de confundir lo que es profesión habitual con categoría profesional, reflexión que, aplicada al caso de autos, lleva al tribunal a afirmar que existe una evidente interconexión entre las labores desarrolladas por el beneficiario con anterioridad a la declaración invalidante y con posterioridad a ésta, aunque las funciones a ejercitar sean parcialmente distintas y atenuadas, pero similares en importancia desde el punto de vista de la productividad para los intereses de la empresa, lo que conduce a declarar la incompatibilidad entre la prestación reconocida y el trabajo desarrollado.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

La única sentencia que, en los números de I.L. J reseñados en esta crónica, refiere a la modalidad no contributiva de invalidez permanente es la **STSJ de Aragón de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1152, que deja sin efecto la resolución del Instituto Aragonés de Asuntos Sociales que había acordado la extinción de la prestación no contributiva de que disfrutaba la actora por haber suscrito la misma el convenio regulador de su separación matrimonial con expresa renuncia a la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, de donde el mentado Instituto infirió la falta de acreditación del requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes determinante de la prestación. Tal conclusión es rechazada por la sentencia reseñada desde la consideración de que el estado de la demandante en nada ha mejorado tras su separación matrimonial, sino que ha empeorado, añadiendo, tras recordar el carácter dispositivo de la norma que establece la pensión compensatoria,

que el abandono de la posibilidad de reclamarla no se traduce necesariamente en la certeza de unos ingresos incompatibles con la prestación no contributiva.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

Aunque la STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de abril de 2002, I.L. J 926, sigue la doctrina humanizadora ya considerada en estas páginas, que en los supuestos en los que el causante no se encontraba en alta en el momento del hecho causante, considera cumplido tal requisito, cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la Seguridad Social, pues en tal circunstancia es explicable que se descuidaran los resortes legales previstos para continuar en alta (inscripción como demandante de empleo), y pese a que en tal enfermedad encaja la condición de ludópata, dicha doctrina no puede ser aplicada por carecer de constatación científica o médica la prueba alegada: un informe (“mal llamado certificado” destaca la sentencia), del Alcalde de la localidad, en el que se indica la condición de jugador empedernido del causante (destacando además, que el descuido por el causante de los resortes legales para continuar en alta se mantenía por un período considerable: desde el año 1991, hasta la fecha del fallecimiento por suicidio en junio de 2000).

La doctrina sobre la interpretación del requisito de alta o asimilada, humanizadora y flexibilizadora, se complementa con la doctrina jurisprudencial del paréntesis, por la que en el cómputo de carencias específicas (como es la exigencia de 500 días de cotización en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, cuando la muerte tiene su origen en enfermedad común), deben excluirse aquellos períodos en los que exista imposibilidad de cotizar por parte del causante de la prestación y por tanto, retrotraerse el período de cotización exigible a la situación anterior al inicio de aquella que cause la imposibilidad (sin que este beneficio esté limitado exclusivamente al último período de inactividad), como son los períodos de privación de libertad o paro involuntario no subsidiado; situaciones que demuestran la voluntad de no apartarse del mercado laboral ni de la protección dispensada pro la Seguridad Social (SSTSJ de Baleares de 29 de mayo de 2002, I.L. J 1167 y de Cantabria de 8 de mayo de 2002, I.L. J 1173).

Teniendo en cuenta que el art. 125 de la LGSS, en el que se determinan los supuestos que se consideran situaciones asimilada al alta, tiene la consideración de *numerus apertus* (así como el artículo 36 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero), la STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1255, considera en tal situación al causante que en el momento del fallecimiento era beneficiario de pensión a favor de familiares a cargo del ISM, lo hace siguiendo la doctrina flexibilizadora abierta por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 2 de octubre de 2001, considera la invalidez no contributiva reconocida como situación asimilada al alta “dada la involuntariedad del apartamiento del sistema protector”; Es necesario destacar que la STSJ del País Vasco, tiene en relevante consi-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

deración, que del examen de la vida laboral del sujeto llega a la conclusión, que ha estado afiliado y en alta con regularidad, por lo que “no es dable negarle luego la condición de beneficiario (pues) se considera en situación asimilada al alta los trabajadores que se les reconocieron auxilios económicos de carácter periódico”.

En relación con las condiciones generales para causar derecho a prestaciones en el REA, tal y como establece el art. 46 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de este Régimen especial, y en concreto el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas (sin perjuicio de la excepción prevista en el art. 53 de la misma norma, en el que se considerará al corriente en el pago de las cuotas, cuando sus derechohabientes satisfagan las cuotas debidas, y siempre que el período de descubierto no fuera superior a doce meses a efectos de percibir el subsidio de defunción y a seis meses respecto a las demás prestaciones), el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 y 20 de noviembre de 1997, interpretó de forma flexible el precepto, indicando que la finalidad del mismo se alcanza en plenitud cuando quedan cumplidas las tres siguientes condiciones:

1. Que el período de carencia legalmente exigido esté cubierto.
2. Que los descubiertos de cuotas no sean expresivos de una conducta de separación del seguro.
3. Que antes de concederse la prestación, el beneficiario abone los descubiertos.

De esta manera, y en relación con la primera condición, la doctrina jurisprudencial unificada niega eficacia a las cuotas ingresadas con posterioridad al hecho causante a efectos de perfeccionar el período de carencia requerible (SSTS de 7 de febrero y 18 de diciembre de 1992, 3 de febrero de 1993 y 26 de enero de 1994), esto supone que el ingreso posterior “sólo rige en el supuesto de que con las cotizaciones oportunamente satisfechas se tuviera cubierto el período de cotización mínimo exigible, más no en aquellos otros, en el que el cómputo de dichas cotizaciones impagadas resulta imprescindible para completar el período de carencia” (STSJ de Baleares de 10 de junio de 2002, I.L. J 1599).

Condiciones que tampoco se aprecian en el supuesto en el que el causante se encontraba en alta en el REA, como trabajador por cuenta propia, en el momento del fallecimiento, aunque con un descubierto de 22 meses, lo que evidencia, según la **STS de 10 de junio de 2002**, I.L. J 1279, una conducta de separación del seguro (muy superior al previsto en el art. 53 del reglamento del REA –seis meses–), por lo que “el abono tardío de las cuotas adeudadas deviene ineficaz para lucrar las prestaciones de viudedad y de orfandad, por exceder el descubierto del máximo legalmente previsto, en el momento del hecho causante”. En el mismo sentido se expresa la **STS de 24 de mayo de 2002**, I.L. J 1356, en un supuesto en el que el causante, trabajador por cuenta ajena del REA, falleció a consecuencia de accidente de tráfico, teniendo un descubierto de 14 meses; Añadiendo, como refuerzo a la voluntad del legislador de aplicar normas específicas a la contingencia analizada en el REA, que el art. 19 del Decreto 2123/1971, de 23 de junio,

por el que se aprueba el Texto refundido de las normas reguladoras de la Seguridad Social agraria (que recuerda el Alto Tribunal es una norma con rango de Ley), pese a que establece que las prestaciones que se reconocen en dicho Régimen se otorgarán con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General, “también deja a salvo las particularidades propias del Régimen Especial, entre las que se encuentra la analizada de estar al corriente en el pago de cuotas”.

Pese a ello, recuerda la **STS de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1128, no nos encontremos ante la exigencia de período de carencia cuando la prestación derive de accidente no laboral (carencia suprimida por el art. 14.1, de la Ley 24/1972, de 21 de junio, desarrollada por el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, y aplicable también al régimen especial Agrario), sino –debe subrayarse– el de estar al corriente en el pago de las cotizaciones; Por lo que desestima la pensión de viudedad, en un supuesto en el que el causante no había ingresado las cuotas por un período de más de cuatro años en su conjunto, lo que entiende el Alto Tribunal, manifiesta una voluntad incumplidora, y además, excede del máximo de seis mensualidades que permite la norma sean abonados por los derechohabientes para poder causar el derecho a la prestación.

En la misma línea se expresa el art. 28 del Decreto 2530/1979, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando en su punto 2º establece que será requisito indispensable para tener derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia (entre otras), con excepción del subsidio por defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen, se hallen al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha del hecho causante, aunque, si estando en ese supuesto, el causante tuviera el período mínimo de carencia exigido, la Entidad Gestora reconocerá el derecho a la prestación pero condicionándolo al pago de las deudas con la Seguridad Social; Para ello, la Entidad Gestora invita al interesado a que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación, ingrese las cuotas debidas (ingreso que viene a subsanar el incumplimiento previo del causante); “y sin que ello dependa en modo alguno del período de convivencia con el causante ni de que concurra o no la circunstancia de separación matrimonial”, tal y como aplica la **STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1216.

Todo ello pone de manifiesto que sigue existiendo diferencias relevantes en orden a la acción protectora entre el Régimen General –ideal de cobertura– y los Regímenes Especiales, y la necesidad de seguir avanzado en la homogeneidad para conseguir la deseada integración; es decir, se sigue manifestando el incumplimiento de uno de los principios que caracterizan a un sistema de Seguridad Social: el de igualdad (la Seguridad Social debería asegurar a todos los miembros de la población beneficios iguales ante iguales situaciones de necesidad).

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

Tal y como se desprende de los arts. 171.1 y 174.1 de la LGSS, el hecho causante de las prestaciones derivadas de la muerte viene determinado por la fecha del fallecimiento del causante, y es en ese momento, donde el causante y los beneficiarios deben reunir los requisitos exigidos, lo que supone que la legislación aplicable es la vigente en el momento del fallecimiento (**STSJ de Cantabria de 25 de julio de 2002**, I.L. J 1615, siguiendo la doctrina reiterada del Supremo –SSTS de 2 y 10 de abril de 1996, y 17 de marzo, 18 de julio y 23 de diciembre de 1997, entre otras–); Fallecimiento como hecho causante que supone que para acceder a las pensiones de viudedad, es irrelevante si la viuda había convivido maritalmente con otra persona, en un período anterior a la fecha del fallecimiento del que seguía siendo su cónyuge (aunque sí afectará a la cuantía de la pensión), por cuyo motivo, no entra en juego la remisión que el art. 174.3 de la LGSS realiza al art. 101 del Código Civil (que establece, que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona), pues tal situación de convivencia marital no existía en el momento del fallecimiento (criterio que aplica la **STSJ de Cataluña de 18 de abril de 2002**, I.L. J 831).

c) Prestaciones a favor de familiares

El art. 176.2 de la LGSS, exige –entre otros requisitos–, que para ser beneficiario de la pensión a favor de los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, la carencia (requisito que debe ser acreditado por el que pretende la prestación), de medios propios de vida [letra d)]; dicho límite ha sido precisado por el Tribunal Supremo (STS de 25 de junio de 1999), en el 100 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente a la fecha del fallecimiento del causante, para entender que el solicitante de la prestación no vive a expensas del causante. Pues bien, aunque el art. 2 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio (por el que se aprueba el Texto refundido de las normas reguladoras de la Seguridad Social agraria), exige como requisito para estar incluido en este Régimen Especial, que las labores agrarias sean medio fundamental de vida, la mera alta en dicho Régimen Especial, no supone la superación de dicho límite de ingresos, ni la falta de dedicación al cuidado del causante, ni la falta de vida a su expensas; Con este criterio se manifiesta la **STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2002**, I.L. J 1074, que considera relevantes como datos y signos: en lo económico, la ausencia de declaración de la renta y la falta de otros signos externos de ingresos; y en lo relativo a la dedicación al causante, la designación específica de heredero con cargo al tercio de libre disposición y mejora de determinados bienes, situación que considera, “al menos aparentemente, es la compensación o premio a dicha dedicación prolongada”.

C) Cuantía de las pensiones

En cuanto a la Base Reguladora, el art. 7.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, establece que “la base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo del fallecimiento, fuere, pensionista de jubilación o invalidez, será la

misma que sirvió para determinar su pensión” (Base Reguladora que va a ser considerada “especial” por el Tribunal Supremo); además, una vez calculada la pensión, ésta será incrementada “con el importe de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión que se deriven” (párrafo segundo del punto 2). La aplicación de esta Base Reguladora “especial” no exige que la muerte derive de la misma contingencia que determinó en su día el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente (interpretación restrictiva rechazada por el Tribunal Supremo), pues como dice la **STS de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1114, el precepto “trata de mantener la correspondencia entre la renta sustituida (la pensión inicial) y la renta de sustitución (la pensión derivada), dejando al margen la correspondencia entre las contingencias determinantes”, concluyendo, “que no se trata, en definitiva de que el causante se presuma que falleció por accidente de trabajo, sino que, a pesar de haber fallecido por enfermedad común se impone la especialidad de la previsión específica”.

En relación con el mínimo de las pensiones de viudedad, fijado en los sucesivos Decretos de revalorizaciones, el Tribunal Supremo mantiene la doctrina (SSTS de 30 de marzo y 27 de septiembre de 1994), que cuando concurren varios beneficiarios, al tratarse de pensión única, de carácter contributivo, éste se abonaría en el mismo porcentaje fijado para la pensión de viudedad –por afectar a la prestación y no a cada una de las beneficiarias–; en la misma línea, la **STS de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1126, concluye que cuando hay sólo una beneficiaria “también la cuantía del complemento de mínimos de la pensión de viudedad, igualmente debe abonarse en igual porcentaje que el fijado para la pensión”.

D) Dinámica de la protección

La reforma introducida en la redacción del art. 175 de la LGSS por el art. 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, responde, tal y como acertadamente manifiesta la **STS de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 1098, al notorio fenómeno social de la prolongación de la formación académica o profesional de los jóvenes y de la consiguiente permanencia dilatada de los mismos a cargo de la familia; “respuesta que se ha producido en nosotros con evidente retraso, y de ahí que no convenga demora la puesta en práctica efectiva de la nueva norma más allá de lo que indica la letra de la Ley, mediante la introducción artificial de una limitación de vigencia durante el año 1977 que no está expresamente prevista en la misma”, sin que impida esta interpretación la disposición reglamentaria de ejecución –RD 1647/1997, de 31 de octubre–, pues “el desarrollo interpretativo por medio de reglamento no puede servir de ayuda en la presente cuestión por no ajustarse, lo exigido en el RD, al principio de jerarquía normativa”.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Sobre esta reforma ampliadora del límite de edad pensionable en la orfandad, la **STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2002**, I.L. J 1210, mantiene el criterio ya reiterado por la doctrina reiterada del Tribunal Supremo y comentado en estas páginas (Sentencias de 15 de abril y 5 de junio de 2000, e indirectamente indicado en la comentada en el párrafo inmediatamente anterior, entre otras), que no nos encontramos ante un reconocimiento *ex novo* del derecho a percibir la pensión de orfandad, que ya tenía reconocida, sino ante una rehabilitación o reposición —en palabras del Supremo— en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta bis de la LGSS, redactada de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 24/1997; lo que implica la recuperación de la pensión dejada de percibir cuando se cumplió los 18 años, desde la entrada en vigor de dicha Ley —esto es, el 5 de agosto de 1997—, y no desde la que fecha de la resolución en vía administrativa, ni desde la fecha en que cumplió la mayoría de edad.

E) Régimen de incompatibilidades

Pese a que el art. 122.1 de la LGSS establece la regla general, de que las pensiones del Régimen General son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario —en cuyo caso el beneficiario optará por una de ellas—, la prestación, pensión a favor de familiares y la prestación familiar por hijo a cargo son compatibles, pues ambas no son pensiones (tanto el art. 180 —modalidad contributiva—, como el art. 182 —modalidad no contributiva— denominan a la prestación por hijo a cargo, “asignación económica”). (Además, la LGSS en ningún momento diferencia o caracteriza los distintos tipos de prestaciones económicas: subsidios, asignaciones, pensiones, indemnizaciones, etc.) Pero, por otro lado, tal y como se deduce del art. 187 (relativo al régimen de incompatibilidades de las prestaciones por hijo a cargo), éstas son únicamente incompatibles con prestaciones de naturaleza análoga, por lo que es necesario determinar la analogía entre ambas, resolviendo, creemos que acertadamente, la **STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1575, que “la prestación o asignación por hijo a cargo no es en realidad una pensión sino una prestación que se va convirtiendo en un mecanismo de protección al minusválido”.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Cuestión preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social.

A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo Sancionador.**

Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. A) Empleo y prestaciones de desempleo. B) Materia laboral.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que sobre la Administración Laboral se han dictado en los últimos meses, tanto por la jurisdicción social como por la contenciosa. En concreto, se recogen las sentencias que, en relación con la materia indicada, aparecen publicadas en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5, 6, 7 y 8 de 2002; así mismo, se incluyen también ciertas sentencias emanadas de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que, al menos de momento, no han sido objeto de publicación en la citada revista. Por otra parte, merecen ser destacadas las modificaciones que en el texto de la LISOS ha introducido el artículo quinto de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, sobre medidas urgentes del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**A) Organización**

Nuevamente, en este apartado, el objeto de la atención judicial del período analizado se ha centrado en las auditorías practicadas sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En efecto, al margen de ciertas consideraciones generales que, por repetidas, resultan ya conocidas —como la competencia de la Intervención General de la Seguridad Social para decretar la auditoría, la aplicabilidad de las normas sobre procedimiento contenidas en los RRDD 1373/1979, de 8 de junio y 3307/1977, de 1 de diciembre, así como de las normas sobre auditorías del sector público contenidas en el RD 1820/1990, de 14 de abril, el carácter no sancionador del procedimiento...

recogidas en la STS de 25 de septiembre de 2002, recurso de casación 9978/1997, Sala Tercera; o que la detección de irregularidades tras la auditoría practicada permite efectuar, según recuerda la STS de 18 de septiembre de 2002, recurso de casación 9810/1997, Sala Tercera, los correspondientes reparos en los asientos contables— las sentencias dictadas en los últimos meses incrementan la casuística sobre los específicos ajustes contables resultantes de la actividad auditora.

En este sentido, la STS de 2 de octubre de 2002, recurso de casación 3075/1998, Sala Tercera, reitera el criterio según el cual las reservas por contingencias en tramitación no deben incluirse en tanto no se haya producido el informe de las unidades médicas de valoración. Por su parte, la STS de 18 de septiembre de 2002 señala que los incentivos pagados al personal de plantilla por el mantenimiento y captación de clientes no pueden ser incluidos, ya que se contravendría lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden de 2 de abril de 1984, donde se prohíbe la satisfacción de remuneraciones por dicho concepto. Esta misma sentencia rechaza la inclusión de determinados gastos efectuados por la Mutua sin previa autorización, en concreto, los relativos a una reserva para arrendamiento de local, pagos para la atención de accidentes de trabajo en distintas empresas mutualistas, reserva de camas hospitalarias o gastos de reconocimientos preventivos. Idéntica razón está presente en la STS de 25 de septiembre de 2002 cuando acepta los reparos efectuados sobre unas partidas relativas a la revisión de la renta de un inmueble o a ciertas inversiones para las que se carecía de cobertura presupuestaria. En fin, dicha sentencia señala también que el gasto ocasionado por el pago del IBI correspondiente a un inmueble propiedad de la Mutua, pero que ésta utiliza percibiendo una renta de la Seguridad Social, no puede repercutirse al mencionado ente, pues vulneraría las previsiones de la Orden de 2 de abril de 1984.

B) Actas de liquidación

La ausencia de novedades significativas constituye también la tónica a resaltar en este apartado. En efecto, las sentencias correspondientes al período analizado se limitan a reiterar un criterio absolutamente consolidado sobre la desestimación, por razón de la cuantía, del recurso de casación, ordinario o en unificación de la doctrina, interpuesto con ocasión de la impugnación de actas de liquidación. En este sentido, se recuerda, por un lado, que el valor de la pretensión debe calcularse atendiendo al débito principal (cuota), pero no a los recargos, costas o cualquier otra clase de responsabilidad; por otro, 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 este modo, 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 al trámite procesal de la sentencia, se convierte en causa de desestimación del mismo. Así se recoge, en relación con la casación ordinaria, en las SSTs de 2 de julio de

XI. Administración Laboral

2002, I.L. J 1513; de 23 de septiembre de 2002, recursos 9372/1996 y 9373/1996; de 2 de octubre de 2002, recursos 8422/1996 y 991/1997; de 4 de octubre de 2002, recursos 8424/1996 y 1000/1997; de 18 de octubre de 2002, recursos 195/1997 y 6018/1997, y de 21 de octubre de 2002, recurso 587/1997, todas ellas de la Sala Tercera; por lo que respecta a la casación en unificación de doctrina, SSTS de 24 de junio de 2002, I.L. J 1434, y de 9, 16 y 23 de octubre de 2002, recursos 87/2002, 90/2002 y 110/2002, respectivamente, también, en este caso, procedentes todas ellas de la Sala Tercera.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS

A) Empleo y prestaciones de desempleo

De entrada, en este apartado, debe mencionarse la STS de 16 de mayo de 2002, I.L. J 1119, en unificación de doctrina, y ello aunque la misma no se refiera exactamente al enjuiciamiento de una conducta constitutiva de infracción laboral en este terreno, determinante de la imposición de una sanción. En efecto, el interés de la sentencia mencionada reside en que aborda ciertas consecuencias derivadas de la imposición de una sanción consistente en la pérdida de la prestación. En concreto, el tribunal señala que las cotizaciones tenidas en cuenta para calcular la prestación de la que se vio privada el actor no pueden ser nuevamente contabilizadas para el cálculo de una prestación posterior. La postura se fundamenta en el tenor del artículo 210.2 LGSS, pues dicho precepto, destaca el TS, hace referencia al cómputo de todas las cotizaciones que no hayan sido tenidas en cuenta para el reconocimiento de un derecho anterior, y no para su disfrute.

De incidencia indirecta también en la materia es la STSJ de Aragón de 13 de junio de 2002, I.L. J 1440, sobre prescripción de la exigibilidad de la devolución de prestaciones indebidamente percibidas derivada de una resolución sancionadora de la Dirección General de Trabajo de la Seguridad Social que había sido impugnada en sede jurisdiccional. En este caso, la interposición de los distintos recursos contra la resolución administrativa había determinado que se suspendiera la ejecución de la sanción. Agotados los mismos en febrero de 1997, la devolución no se exige por la administración hasta transcurridos más de cuatro años y medio desde la fecha indicada. Pues bien, así las cosas, el tribunal entiende en este caso que ha prescrito la posibilidad de exigir la devolución de la prestación, al aplicar el plazo de cuatro años introducido por la Ley 55/1999 en lugar del precedente de cinco años.

B) Materia laboral

Por último, debe mencionarse la STS de 8 de julio de 2002, Sala Tercera, I.L. J 1516, ya comentada en la crónica anterior. Si se recuerda, este pronunciamiento trataba de resolver la calificación jurídica atribuible a la conducta de una empresa dedicada al transporte aéreo que, el 18 de noviembre de 1999, había comunicado a sus trabajadores y proveedores el cese de sus actividades a partir del 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–. Sin necesidad de reproducir ahora nuevamente todo el relato fáctico que da origen a este pronunciamiento, simplemente interesa recordar cómo el Tribunal confirma en este caso la comisión por la empresa de la infracción muy grave tipificada en el artículo 8.3 LISOS –cierre o cese de actividades sin obtención de la preceptiva autorización administrativa–. Además, la sentencia consideró que dicha sanción debía imponerse en su grado máximo ya que en el caso concurrían dos circunstancias agravantes: por un lado, el incumplimiento de las previas advertencias inspectoras y del requerimiento administrativo; por otro, el perjuicio causado a los trabajadores, traducido en la merma de garantías que implica la desaparición del patrimonio empresarial.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Expediente Regulación Empleo. Disconformidad con indemnización fijada en resolución administrativa. B) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Fecha de alta. C) Fotógrafo que presta servicios a empresa periodística. D) Reclamación al Estado. Intereses devengados por salarios de tramitación. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Retenciones de IRPF y de cuota obrera. B) Entrenador aficionado de club deportivo. C) Fijación del capital coste de renta. Inexistencia de decisión judicial sobre el particular. **4. Actos de comunicación procesal. Notificación defectuosa. 5. Demanda.** A) Demanda de revisión. Sentencia recaída en base a un documento posteriormente declarado falso por la jurisdicción penal. B) Acciones declarativas. **6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Prescripción. D) Litisconsorcio pasivo necesario. E) Inadecuación de procedimiento. **7. Práctica de la prueba.** A) Presunciones. No son medio hábil para desvirtuar hechos probados. B) Nuevos medios probatorios: vídeos, cintas magnetofónicas, disquetes de ordenador. C) Denegación. **8. Sentencia.** A) Necesaria especificación de los medios de prueba. B) Hechos probados. Insuficiencia. C) Nulidad. Falta de motivación. **9. Audiencia al rebelde. 10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. B) Límite de su cómputo: notificación sentencia vs. notificación auto aclaración. C) Incapacidad Temporal. D) Desempleo. Prestación incompatible con los salarios de tramitación. **11. Recurso de suplicación.** A) Naturaleza y objeto. B) Afectación general. C) Procedencia por razón de la cuantía. **12. Recurso de queja. No cabe contra la inadmisión de la impugnación del recurso de suplicación. 13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos materiales y procesales. B) Falta de motivación. **14. Recurso de revisión.** A) No cabe contra Autos. B) Documentos que habilitan el recurso. C) Maquinación fraudulenta. **15. Recurso de amparo. Agotamiento vía judicial ordinaria. 16. Ejecución de sentencia.** A) Plazo. B) Tercerías. C) Sentencias no ejecutables. Conflicto colectivo. D) Intereses. E) Medidas en caso de insolvencia. Régimen matrimonial. **17. 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 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Expediente Regulación Empleo. Disconformidad con indemnización fijada en resolución administrativa

La STS de 7 de mayo de 2002, Sala Tercera, I.L. J 860, establece que la Jurisdicción Social es competente para conocer de la reclamación de un trabajador disconforme con la cuantía de la indemnización fijada en la resolución administrativa recaída en un ERE, al considerar que existía desigualdad de trato respecto de otro trabajador.

B) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Fecha de alta

La STSJ de Madrid de 22 de abril de 2002, I.L. J 1059, declara competente la Jurisdicción Social en un supuesto en el se instó la anulación de una resolución administrativa que acordaba un alta en el RETA, no porque se estuviera en desacuerdo con dicha alta, sino con la fecha en que la misma debía surtir efectos.

C) Fotógrafo que presta servicios a empresa periodística

La STS de 19 de julio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1503, analiza el supuesto de un fotógrafo que realizaba fotografías para una empresa. Se califica la relación como laboral y, en consecuencia, se declara la competencia de la Jurisdicción Social. En este caso, la empresa pasaba a ser la propietaria de las fotografías, tanto si las fotos eran publicadas como si no, efectuando la retribución de los servicios por la modalidad conocida como "retribución a la pieza". Además, se indicaba al fotógrafo que reportajes tenía que realizar y se le compensaba por los gastos incurridos, tales como el importe de los carretes y el transporte.

D) Reclamación al Estado. Intereses devengados por salarios de tramitación

La STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de abril de 2002, I.L. J 932, declara la competencia del orden social para dirimir de la demanda de pago de los intereses que se devengan entre el momento en que el empresario reclama al Estado el abono de una determinada cantidad por haber adelantado los salarios de tramitación, y la fecha en que finalmente los mismos son abonados por el Estado.

XII. El Proceso Laboral

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Retenciones de IRPF y de cuota obrera

La STS de 4 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 961, sigue el criterio previamente establecido en la STS de 18 de noviembre de 1998, al establecer la incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer de materias relativas a la retención de sumas referentes al IRPF y a la cuota de Seguridad Social sobre cantidades ofrecidas al trabajador.

B) Entrenador aficionado de club deportivo

La STSJ de Madrid de 2 de abril de 2002, I.L. J 1046, declara la incompetencia de la Jurisdicción laboral para conocer de la reclamación planteada por un entrenador aficionado que entrenaba a jugadores de esta categoría durante el tiempo libre que le dejaba su trabajo en otra empresa, percibiendo solamente una compensación por los gastos derivados de su práctica deportiva, así como una cantidad por partido ganado.

C) Fijación del capital coste de renta. Inexistencia de decisión judicial sobre el particular

La STS de 9 de julio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1482, analiza un supuesto en el que la Mutua de Accidentes de Trabajo reconoció las prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo, surgiendo posteriormente la discrepancia con la TGSS al determinar el importe del capital coste de dicha prestación. El TS considera que la jurisdicción social es incompetente para conocer de esta discrepancia, ya que afecta a un “(...) acto de reconocimiento en el que no ha existido una decisión judicial (...)”. La Jurisdicción Social sí sería competente, sin embargo, si se tratara de ejecutar una sentencia del orden social condenatoria al abono de las citadas prestaciones.

4. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

La STS de 14 de marzo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 893, declara la nulidad de actuaciones en un proceso de impugnación de estatutos de una asociación sindical, debido a que no se había citado al Ministerio Fiscal, conforme exige el artículo 171.3 de la LPL, y ello a pesar de que las partes no advirtieron esta deficiencia en el juicio, ni hicieron protesta alguna al respecto. Por su parte, la STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1252, analiza un supuesto en el que la demandada fue citada por edictos, y ello sin agotar previamente todos los medios personales debidos y conocidos, ya que el actor conocía el domicilio de la sede central de la empresa, así como a la persona (un procurador) que podía dar datos sobre éste tras la infructuosa citación. Por ello, se declara la nulidad de actuaciones, al ser la citación por edictos “(...) una modalidad de carácter supletorio y excepcional (...)”. Asimismo, la STSJ de Galicia de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1562, declara la nulidad de actuaciones en un supuesto en el que se citó a la empresa demandada en un domicilio diferente al designado en la demanda, sin constar probado que la persona que recogió la citación tuviera relación alguna con dicha empresa.

5. DEMANDA

A) Demanda de revisión. Sentencia recaída en base a un documento posteriormente declarado falso por la jurisdicción penal

La STS de 15 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 978, recoge el criterio establecido en la STS de 20 de julio de 1999, estimando una demanda de revisión basada en el hecho de que la sentencia firme recayó en virtud de un documento que fue posteriormente declarado falso por sentencia firme dictada en vía penal, y que resultó decisivo en la fundamentación de la sentencia de instancia.

B) Acciones declarativas

La STS de 12 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1291, con cita expresa de la STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 2001 y de las SSTSJ de Aragón, Extremadura y Cataluña de 8, 16 y 28 de noviembre de 2001, declara que no caben reclamaciones cuya decisión no tenga incidencia en la esfera de derechos e intereses del actor, esto es, no puede solicitarse una mera opinión o consejo, siendo precisa la existencia de una verdadera litis.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La STSJ de Galicia de 18 de abril de 2002, I.L. J 947, establece que no existe caducidad de la acción por despido en un supuesto en que la empresa envió al trabajador la carta de despido a su domicilio por burofax mientras éste se encontraba de vacaciones fuera de España, no teniendo conocimiento del contenido de la misma hasta que regresó de su viaje. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2002, I.L. J 838, acoge la doctrina de la STS de 28 de junio de 1998, declarando que no está caducada la acción de despido de una empleada de un Ayuntamiento quien, en lugar de interponer reclamación administrativa previa contra la decisión extintiva, presentó papeleta de conciliación. Se declara que el acto de conciliación puso de manifiesto, no sólo la voluntad impugnatoria de la trabajadora, sino el conocimiento por parte de la entidad demandada de la pretensión en contrario. Por otro lado, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de mayo de 2002, I.L. J 1550, estima la excepción de caducidad, al considerar que, si bien la relación que unía a la actora con el INSALUD era de carácter estatutario y se regía por el Estatuto de Personal no sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, sin embargo, al ser competencia de la jurisdicción social los pleitos que puedan plantearse entre ambas partes por cuestiones derivadas de la prestación de servicios laborales, dichos pleitos han de estar sometidos a las normas del procedimiento laboral y, por tanto, al plazo de caducidad de 20 días hábiles previsto para las acciones de despido.

B) Cosa juzgada

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de mayo de 2002, I.L. J 1189, desestima la excepción de cosa juzgada, al entender que no existe identidad de causa de pedir en un supuesto en el que el actor reclamó previamente la prestación en favor de familiares y, posteriormente, un incremento del 45 por ciento en dicha prestación. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1202, estima la excepción de cosa juzgada en un supuesto en que el actor debatía la cuantía de la base reguladora de la pensión de invalidez absoluta, puesto que la misma quedó fijada en el pleito anterior en el que se reconoció el derecho del trabajador a dicha pensión.

C) Prescripción

La STS de 19 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1396, sigue el criterio establecido en las SSTs de 12 de marzo de 1990 y 29 de junio de 1999, declarando que la incoación de expediente disciplinario a un trabajador no interrumpe el plazo de prescripción del artículo 60 ET, en los supuestos en que el trabajador no tiene carácter representativo, ni está previsto en el convenio colectivo de aplicación iniciar expediente disciplinario previo. La STS de 25 de julio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1512, considera que la prescripción del artículo 60 ET debe computarse desde el día en que la empresa tenga conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos, acogiendo así la doctrina sentada en las SSTs de 26 de diciembre de 1996 y 14 de febrero de 1997. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1183, fija el inicio del plazo de prescripción en la fecha de declaración de incapacidad total, para reclamar daños y perjuicios derivados de accidente laboral.

D) Litisconsorcio pasivo necesario

Conforme establece la STS de 11 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 974, la falta de litisconsorcio pasivo necesario puede apreciarse de oficio en el recurso de casación para la unificación de doctrina, a pesar de que esta excepción no se hubiera opuesto formalmente en la instancia, ya que “(...) se trata de un presupuesto procesal que afecta de un modo directo y que implica el derecho a la tutela judicial (...)”.

E) Inadecuación de procedimiento

La STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, I.L. J 1047, distingue entre la acción de despido y de negativa al reingreso en los supuestos de finalización del período de excedencia. Así, considera que cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta a su petición o la rechaza alegando falta de vacante, procede la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, la acción a interponer es la de despido. En consecuencia, la STSJ estima en este caso la inadecuación del procedimiento de despido en un supuesto en el que la respuesta dada por la empresa a la solicitud de reingreso no revelaba la voluntad de romper la relación contractual. Por su parte, la STS de 27 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1138, declara inadecuado el procedimiento de ejecución de

sentencia en un supuesto en el que lo que se pretendía no era ejecutar la sentencia, sino aclarar o completar sus pronunciamientos. La **STS de 30 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1026, declara la adecuación del procedimiento ordinario y no el de despido, en el caso de un trabajador que con motivo de una pretendida sucesión de empresa al amparo del artículo 44 ET se opone a la misma solicitando su derecho a ser reconocido como trabajador de la empresa aparentemente sucedida, por no darse en este supuesto los elementos caracterizadores que para una sucesión de empresa establece la citada disposición. Es de particular interés el Voto Particular que a dicha sentencia formula el Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, quien defiende que el procedimiento adecuado era en realidad el de despido, por cuanto se pretendía la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, lo que supone la pretensión fundamental en una acción por despido. Las **SSTS de 4 y 24 de julio de 2002**, I.L. J 1476 y 1510, ambas de la Sala Cuarta, señalan en dos casos distintos la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para impugnar, en un caso, un traslado y, en otro caso, una convocatoria y adjudicación de plazas. Dado que ambos litigios se trataba de supuestos en los que la decisión a adoptar afectaba a los trabajadores trasladados y a los adjudicatarios de las plazas, éstos deberían haber sido llamados al pleito. Por ello, y en la medida en que las decisiones se impugnan con posterioridad a la efectividad de la medida respecto de un grupo de trabajadores, el procedimiento adecuado no puede ser el de conflicto colectivo.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Presunciones. No son medio hábil para desvirtuar hechos probados

La **STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2002**, I.L. J 1238, declara que la utilización de las presunciones judiciales es una facultad del juzgado de instancia y no un deber, por lo que si el juzgador a quo no ha hecho uso de la prueba de presunción en la instancia, ello no es censurable en casación ni en suplicación.

B) Nuevos medios probatorios: vídeos, cintas magnetofónicas, disquetes de ordenador

La **STSJ de Galicia 3 de mayo de 2002**, I.L. J 1561, se plantea la eficacia revisoria en trámite de suplicación de la grabación digital y su transcripción aportada al proceso en la instancia. La Sala analiza esta cuestión dado que el artículo 191 LPL sólo permite la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales aportadas a los autos. En este sentido se plantea el TSJ si la nueva regulación que de determinados medios de prueba hace el artículo 299 de la nueva LEC —establece que los nuevos medios probatorios (vídeos, cintas magnetofónicas, disquetes de ordenador, etc.) son medios de prueba autónomos e independientes de la prueba documental—, debe afectar a la eficacia revisoria de tales medios aportados en el procedimiento laboral. Resuelve la sentencia que la nueva LEC debe ser interpretada en congruencia con el concepto amplio de documento que impera en el resto del ordenamiento jurídico, y declara en consecuencia la eficacia revisoria de tales medios novedosos de prueba.

C) Denegación

En el acto de juicio oral objeto de litigio y tras haberse practicado la confesión judicial, el juez de instancia denegó la práctica del resto de pruebas solicitadas por la parte actora, sin fundamentar el motivo de tal rechazo, haciéndose constar la oportuna protesta en acta. La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de abril de 2002, I.L. J 941, declara la nulidad de actuaciones por vulneración del principio de tutela judicial efectiva, pues parece que la descrita actuación del juez a quo diera a entender que ya tenía un juicio predeterminado sobre lo acaecido.

8. SENTENCIA

A) Necesaria especificación de los medios de prueba

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 2002, I.L. J 814, declara la nulidad de actuaciones de la sentencia de instancia, al no haber especificado los medios de prueba de los que se derivaban los hechos probados y los razonamientos que fundamentaban las conclusiones del juzgador. Entiende el TSJ que tal conducta vulnera lo establecido en el artículo 97.2 LPL, pues es el único medio que las partes tiene para conocer cabalmente el porqué de la resolución y, en su caso, impugnarla, haciendo ello posible también que la Sala de Suplicación pueda no sólo controlar la aplicación del derecho sustantivo sino también la correcta valoración de la prueba.

B) Hechos probados. Insuficiencia

La STSJ de Murcia de 22 de mayo de 2002, I.L. J 1244, declara la nulidad de la sentencia de instancia por adolecer de hechos suficientes para decidir. Se cita expresamente la sentencia de esa misma Sala de 14 de septiembre de 2000 y la STS de 11 de diciembre de 1997 en la que se declaró que “(...) el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones (...)”.

C) Nulidad. Falta de motivación

La STC 128/2002, de 3 de junio, recurso de amparo 309/1998, I.L. J 865, declara la nulidad de la sentencia impugnada, dado que en la misma el Juez no puso de manifiesto motivo alguno que justificase el fallo desistimatorio de la demanda. En un caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, la sentencia no explicitaba los motivos que dieron lugar a la declaración de que la medida adoptada debía ser incluida dentro del poder de dirección y de organización del empleador, sin responder a las cuestiones fundamentales de la demanda que señalaban que tal modificación se había realizado en represalia por la interposición previa de una demanda judicial por otro motivo. Por ello, el TC declara que al carecer de una mínima motivación, la sentencia recurrida no cumple con las exigencias del artículo 24 CE, y en consecuencia acoge el amparo solicitado.

9. AUDIENCIA AL REBELDE

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de marzo de 2002, I.L. J 1537, estima la demanda de audiencia al rebelde en un supuesto en que la parte demandada fue notificada en forma pero en un domicilio incorrecto. La parte actora incurrió en error en el señalamiento del domicilio de la demandada, habiéndose acreditado que le constaba el nuevo domicilio de ésta. En consecuencia, se declara por la Sala la rescisión de la sentencia firme, al objeto de que por el Juzgado se proceda a señalar nuevo juicio y citar a la demandada en su domicilio real.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Ofrecimiento y depósito

La STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 2002, I.L. J 887, analiza una vez más la cuestión relativa a los conceptos que deben ofrecerse por el empresario a los efectos de limitar la cuantía de los salarios de tramitación a la fecha de la conciliación. Esta sentencia declara de nuevo que no es admisible una oferta condicionada a la aceptación del saldo y finiquito, tal y como ya ha establecido el TS. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2002, I.L. J 1040, citando expresamente la STS de 30 de septiembre de 1998. La STSJ del País Vasco de 24 de mayo de 2002, I.L. J 1259, declara la imposibilidad de paralizar los salarios de tramitación a la fecha de la conciliación prejudicial. La sentencia entiende que el ofrecimiento realizado por la empresa no se ajustaba a derecho, por cuanto si bien el salario considerado para calcular la indemnización y salarios de tramitación era el que el trabajador despedido venía percibiendo y había hecho constar en el escrito de demanda, éste era inferior al impuesto por convenio colectivo. En la medida en que lo establecido por el convenio colectivo en materia salarial constituye un derecho indisponible, la empresa no puede beneficiarse de la paralización de los salarios de tramitación utilizando para ello un cálculo que vulneraba los derechos económicos de la parte actora.

B) Límite de su cómputo: notificación sentencia vs. notificación auto aclaración

La STS de 4 de marzo de 2002, I.L. J 889, Sala de lo Social, analiza la cuestión relativa a la fecha de extensión de los salarios de tramitación en el caso de que, tras dictarse sentencia, ésta se vea alterada por un posterior auto de aclaración. Razona el TS que si bien el artículo 56.1.b) establece que la obligación de abono de los salarios de trámite se extiende hasta la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, no es menos cierto que a partir de dicho momento el empresario (o, en su caso, el empleado si fuera representante) tiene un plazo de 5 días para optar entre la readmisión o el abono de la indemnización. En consecuencia, si el auto de aclaración alterara de forma sustancial los elementos del fallo que se tienen en consideración en el ejercicio de dicha opción, sería obligado reabrir dicho plazo para efectuar la opción, lo que deter-

XII. El Proceso Laboral

minaría que los salarios de tramitación se extendieran hasta la fecha de notificación del auto de aclaración; por el contrario, si tales datos no hubieran sido alterados por el auto aclaratorio, la fecha de notificación de la sentencia sería el límite de la discutida extensión. Es por ello que, a juicio del TS, no es posible establecer una regla general, siendo necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso para adoptar la decisión que corresponda.

C) Incapacidad Temporal

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de mayo de 2002, I.L. J 1548, declara una vez más que no cabe imponer a la empresa el pago de los salarios de tramitación durante el período en que su devengo coincide con la incapacidad temporal del trabajador despedido. Dicha sentencia cita expresamente las SSTs unificadoras de 28 de febrero de 2000, 17 de enero de 1995 y 16 de junio y 3 de octubre de 1994.

D) Desempleo. Prestación incompatible con los salarios de tramitación

Un trabajador despedido improcedentemente, al que se le había concedido la correspondiente prestación por desempleo, es requerido por el INEM para reintegrar dicha prestación por entender la misma indebida como consecuencia de la posterior declaración de la nulidad del despido, con obligación de readmisión y abono de los salarios de tramitación hasta dicha fecha. La STSJ de Asturias de 14 de junio de 2002, I.L. J 1590, estima el recurso del trabajador interpuesto contra la sentencia de instancia que declaró procedente la reclamación del INEM y ello por cuanto el trabajador requerido por el INEM no había cobrado todavía la cuantía de dichos salarios de tramitación al no haberse ejecutado la sentencia que declaró nulo su despido. En consecuencia, el TSJ declara que lo prudente es que el importe de la prestación por desempleo sea retenida por la empresa en el momento de liquidar los salarios de tramitación, a fin de ponerla a disposición de la Entidad Gestora acreedora del citado reintegro.

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Naturaleza y objeto

La STS de 30 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1028, dispone que no cabe recurso de suplicación contra un auto de un Juzgado de lo Social, que resuelve la ejecución provisional de una sentencia, cuando previamente la propia sentencia ejecutada ha sido objeto de recurso de suplicación, y ello en virtud del principio de economía procesal. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1136.

B) Afectación general

La STS de 16 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1121, resume y sistematiza la doctrina de esa Sala contenida en sentencias desde 1997 sobre el requisito de afectación general: (i) controversia con un grupo significativo de trabajadores/beneficiarios; (ii) ha de

quedar acreditada en el litigio mediante prueba, notoriedad o evidencia (esta última, de conformidad con las partes); (iii) su alegación y prueba han de hacerse en la instancia; (iv) no puede ser apreciada de oficio; (v) la notoriedad no equivale al conocimiento que el órgano judicial pueda tener de otros litigios sobre la cuestión; (vi) los órganos de suplicación y casación deben controlar de oficio su competencia funcional en esta materia. La **STS de 21 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 901, estima que no se puede argumentar dicha afectación en trámite de recurso si no ha sido alegada y probada en juicio, salvo que haya sido apreciada de oficio por el Juez y hecha constar en la sentencia que se pretende recurrir.

C) Procedencia por razón de la cuantía

La **STS de 23 de abril de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 993, establece que es susceptible de suplicación la resolución recaída en una reclamación de derechos por diferencias en un plus cuya cuantía anual supera el límite de 300.000 pesetas, pese a la excesiva parquedad de la demanda sobre la cuantificación. La **STS de 18 de junio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1310, establece que la cuantía litigiosa relevante a efectos de cumplir con el requisito del límite mínimo viene determinada por: (i) la que se postula en la demanda; o (ii) lo pedido por el actor en conclusiones, si fuera inferior, salvo que exista fraude procesal. A su vez, la **STS de 10 de julio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1487, establece que en caso de estimación parcial de la demanda en la instancia, la cuantía a tomar en consideración para recurrir, no es la estimada parcialmente sino la contenida en el suplico de la demanda. La **STS de 25 de junio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1410, recapitulando criterios consolidados de la Sala, establece que en un pleito sobre diferencias de prestación, debe tomarse en cuenta su cómputo anual para determinar la cuantía límite que permite el acceso al recurso de suplicación.

12. RECURSO DE QUEJA. NO CABE CONTRA LA INADMISIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN

La **STSJ del País Vasco de 19 de abril de 2002**, I.L. J 1039, establece que, de conformidad con los artículos 187 LPL y 494 LEC, el recurso de queja no lo puede interponer el impugnante contra un auto que deniega la admisión de su escrito de impugnación contra un recurso de suplicación.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción: requisitos materiales y procesales

La **STS de 26 de marzo de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 910, desarrolla el requisito de la relación precisa y circunstanciada de la contradicción que se alega: exige que la formalización contenga un análisis comparativo de las sentencias confrontadas de precisión y detalle, siendo insuficiente las referencias genéricas o mera reproducción de párrafos de las

XII. El Proceso Laboral

mismas. En este mismo sentido se pronuncian las SSTS de 8 y 22 de abril de 2002, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 965 y 989.

B) Falta de motivación

La STS de 23 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 996, inadmite la casación porque el escrito de formalización no contiene fundamentación de la infracción legal de la sentencia impugnada, sino tan sólo frases genéricas sobre la doctrina de la sentencia.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) No cabe contra Autos

La STS de 21 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1398, reitera la doctrina del Alto Tribunal, en interpretación del artículo 234 LEC, que excluye la posibilidad de interponer recursos de revisión contra autos.

B) Documentos que habilitan el recurso

La STS de 6 de febrero de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 874, desestima el recurso de revisión porque el recurrente no demuestra que los nuevos documentos no estuvieron a su disposición en tiempo oportuno o se retuvieron por la otra parte o por fuerza mayor, y ni siquiera intenta revisar los hechos probados de la sentencia de instancia. En sentido similar se pronuncia la STS de 26 de abril de 2002, I.L. J 1002, Sala Cuarta. La STS de 17 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 980, desestima el recurso por estar basado en Actas de la Inspección de Trabajo –aportadas en la instancia por la actora– y en una sentencia posterior de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues salvo en el caso de una cuestión prejudicial penal, “(...) nada impide la posible existencia de resoluciones contradictorias procedentes de distintos órdenes jurisdiccionales (...)”. Por su parte, la STS de 26 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1344, resume la doctrina del Alto Tribunal sobre los requisitos de tales documentos, a saber: (i) documentos que ya existían en el momento de la sentencia, y que se recobran después de dictada sentencia firme; (ii) que hayan sido detenidos por fuerza mayor, o por la parte a quien beneficia el fallo, y (iii) que sean decisivos para cambiar el pronunciamiento. La STS de 25 de junio de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1406, matiza este último requisito: tiene que tratarse de documentos que por sí solos evidencien que el fallo de la sentencia se hubiera visto afectado por su presencia en el litigio.

C) Maquinación fraudulenta

La STS de 30 de abril de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1016, describe la maquinación fraudulenta como “(...) una actividad que merezca conceptualización de fraudulenta, esto es, engañosa o falaz y contraria a la verdad (...)” y cita expresamente la STS de 3 de mayo de 2001 según la cual tiene que darse un nexo causal eficiente y ostensivo entre el proceder malicioso y la resolución judicial. La STS de 14 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L.

J 1112, estima que hubo maquinación fraudulenta de un trabajador que hace constar un domicilio erróneo de la empresa, manifestando al Juzgado no conocer otro, cuando sus contratos y nóminas expresaban el domicilio real. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1113.

15. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La STC 128/2002, de 3 de junio, recurso de amparo 309/1998, I.L. J 865, [ya reseñada en el apartado 8.C) de la presente crónica], analiza, entre otros motivos, si cabe acoger el amparo cuando no se ha agotado la vía judicial previa, pues la recurrente en amparo no interpuso recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que entiendo vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva. Razona el TC que este requisito no es una formalidad vacía, resultando necesario controlar si el recurso (en este caso el de suplicación) era razonablemente exigible, no pudiendo quedar esta razonabilidad al arbitrio del recurrente en amparo o de su dirección letrada, ni tampoco exigirse la interposición de cuantos recursos fueren imaginables. En consecuencia, de lo que se trata es de determinar si dichos recursos pueden ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos. En el caso analizado, resuelve el TC que el recurso de suplicación no era razonablemente exigible, no sólo porque se trataba de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo respecto del que la sentencia recaída es irrecurrible según lo previsto en el artículo 138.4 LPL, sino porque el recurrente basa el amparo "(...) en la vulneración de la garantía de indemnidad, para la cual, en ningún caso, la interposición del recurso de suplicación por la vía del artículo 189.1.d) LPL resultaría útil y procedente en su sentido constitucional (...)".

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Plazo

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de abril de 2002, I.L. J 939, establece que la ejecución de sentencias sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo tiene plazo especial (artículo 138 LPL) y por ello no se debe aplicar el plazo general de 1 año. La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 de mayo de 2002, I.L. J 1171, en interpretación de los artículos 241 y 277 LPL, establece que se impone el plazo de prescripción de 1 año para instar la ejecución de obligaciones de entregar una suma de dinero, cualquiera que sea su procedencia. La STS de 14 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1350, establece que la ejecución de una sentencia que declara el derecho al cobro de una prestación periódica de Seguridad Social, tiene el mismo plazo de prescripción que la acción sobre reconocimiento de tal derecho.

XII. El Proceso Laboral

B) Tercerías

La STSJ de Murcia de 22 de abril de 2002, I.L. J 851, refleja la regulación de la tercería de dominio establecida en la nueva LEC (Ley 1/2000), que ya no la concibe como un proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo, sino como incidente de la ejecución, dirigido exclusivamente a decidir si procede la desafectación o el mantenimiento del embargo.

C) Sentencias no ejecutables. Conflicto colectivo

La STS de 28 de mayo de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1139, establece que no es ejecutable la sentencia recaída en conflicto colectivo de carácter meramente declarativo, en respuesta a una pretensión del tenor “que se declare que los trabajadores prestan servicios en turno de mañana (...)”.

D) Intereses

La STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002, I.L. J 840, siguiendo la jurisprudencia constitucional, establece que el plazo para computar el interés de demora cuando la condenada al pago es la Administración, comienza en la fecha de notificación de la sentencia de instancia.

E) Medidas en caso de insolvencia. Régimen matrimonial

La STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002, I.L. J 1220, establece que el juez de instancia debe tramitar solicitud del ejecutante para dilucidar la utilización en fraude de acreedores del régimen del matrimonio (disolución, destino de bienes comunes,...) sin que ello implique ampliar la ejecución a persona no incluida en el título.

17. TEMERIDAD Y MALA FE

La STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2002, I.L. J 816, impone sanción por temeridad, pues la parte demandante pretende –sin justificación– la nulidad del acuerdo de conciliación y denuncia a su vez el incumplimiento de su contenido por la demandada. La STS de 19 de junio de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 1317, impone multa por temeridad al trabajador –demandante en proceso de despido– que interpone tres recursos de revisión, con idénticos documentos, fuera de plazo y cuando tales documentos pudieron claramente haberse aportado en juicio, pero no se hizo por negligencia o desinterés.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS
JORGE GOROSTEGUI ARRIERO
MARIO IBÁÑEZ LÓPEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. La prestación por riesgo durante el embarazo.

2. Responsabilidad contractual. A) El tipo de culpa generadora de la responsabilidad.

B) El canon de determinación del elemento culpabilístico. C) Plazo para el ejercicio de la acción. D) El cálculo de la obligación indemnizatoria: la complementariedad de las prestaciones de Seguridad Social y la indemnización civil. **3. Recargo de prestaciones:**

Compatibilidad de daños y perjuicios con el recargo. 4. El recurso de casación en unificación de doctrina. A) Sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos.

B) Desestimación por falta de contradicción.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica se circunscribe a las sentencias que sobre seguridad y salud laboral se incluyen en los números 5 a 8 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 814 a J 1618). Se registran muy pocas novedades. Junto a los contenidos clásicos sobre responsabilidad por daños y recargo de prestaciones, donde se reitera doctrina de anteriores pronunciamientos, ha sido objeto de atención jurisprudencial en el período referenciado el alcance del derecho de la trabajadora embarazada a suspender el contrato de trabajo en situaciones de riesgo para su salud o del feto, contemplado en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995) y recogido también en el art. 48.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), percibiendo la prestación correspondiente, prevista en la Ley 39/1999, que introduce una nueva contingencia en el Sistema de Seguridad Social, que da lugar al nacimiento de una nueva prestación. Este análisis se aborda en la STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002, I.L. J 855.

1. LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La referida STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002, I.L. J 855, examina si la denegación por el INSS de la prestación de riesgo por embarazo solicitada por una trabajadora que efectúa el cuidado y asistencia personal e integral a personas con graves discapacidades psíquicas, sometida a riesgos específicos de sobreesfuerzo en tareas de manipulación de

residentes, de trabajo a turnos de mañana y tarde, de posibles conductas agresivas de algún usuario, vulnera los preceptos antes citados y, en concreto, los arts. 134 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social en los que se da cobijo a la situación de riesgo durante el embarazo.

Antes de resolver la cuestión controvertida, la sentencia recuerda, entre otras cosas, que la situación protegida nace 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 el feto. Se trata de la última medida a adoptar cuando “la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso, el traslado de puesto no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es: a) si el cambio de puesto no resulta técnica u, objetivamente posible, o b) si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. En tales casos, (...) la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta esa fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación”. Observa, no obstante, que “la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la que no se refiere la ley”.

En el caso analizado, el Tribunal Superior de Justicia declara incorrecto que el Juez de Instancia desestimase la reclamación de prestación de riesgo durante el embarazo porque no existiera riesgo, pues considera acreditado con toda certeza jurídica la existencia real de riesgo de la trabajadora, así como la imposibilidad de acudir a la adopción de otras medidas previstas en el art. 26 LPRL, y termina reconociendo el derecho de la trabajadora a suspender el contrato y a percibir la correspondiente prestación por la nueva contingencia y no como el INSS pretendía, por la situación de Incapacidad Temporal, “aun cuando las mismas produzcan resultados económicos idénticos”.

2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A) El tipo de culpa generadora de responsabilidad

Definiendo el alcance del elemento culposo en la responsabilidad contractual o extracontractual del empresario, la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2002, I.L. J 1564, insiste en la línea abierta por la doctrina de unificación en esta materia (STS de 30 de septiembre de 1997), de que “no en todo accidente de trabajo o enfermedad profesional necesariamente ha de existir responsabilidad empresarial, (...) y que sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en la responsabilidad contractual o extracontractual”.

En el caso enjuiciado, en que se analiza la muerte de un marinero en accidente laboral al caer al mar desde el barco en el que se encontraba efectuando maniobras de arrastre en

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

aguas del Gran Sol, el Tribunal Superior desestima la pretensión indemnizatoria deducida por sus derechohabientes, al no aparecer acreditado el preciso incumplimiento o infracción legal causal-culpable al efecto del empresario. El barco en el que navegaba como marinero el fallecido cumplía con la normativa de seguridad para la tripulación de los buques de pesca, no existió conducta negligente o indebida en la navegación, y tampoco la tripulación intervino en la caída al mar del trabajador fallecido salvo él mismo.

B) El canon de determinación del elemento culpabilístico

Una vez aceptado que la responsabilidad civil no puede ser objetiva y que ha de descansar siempre sobre la existencia del elemento culposo en la conducta empresarial, la cuestión se traslada a precisar el criterio de diligencia exigible para reconocer o excluir la culpa como criterio de imputación de responsabilidad.

A este respecto, se está generando en la doctrina de los Tribunales un preocupante movimiento pendular hacia la subjetivización de la culpa extracontractual, toda vez que ahora parece aceptarse la responsabilidad sólo si aparece acreditado un incumplimiento cualificado del empresario.

Un ejemplo ilustrativo de esta tendencia es la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de abril de 2002**, I.L. J 940, que pone de manifiesto que para que proceda la responsabilidad empresarial por accidente es preciso que “exista por parte de la empresa una conducta culposa y negligente muy grave que vaya más allá de lo que supone la infracción de normas de seguridad”. La sentencia descarta el elemento culposo en un supuesto de responsabilidad civil exigida por el accidente de trabajo sufrido por un trabajador al derrumbarse un andamio metálico de dos metros de altura que no estaba enclavado con “arriostamiento suficiente” a la pared, evidenciándose en la sentencia que no se habían adoptado las normas más elementales de vigilancia y ejecución de la obra que se estaba realizando. Paradójicamente, la sentencia recoge, además, como probado que a la empresa se le había sancionado por los mismos hechos en vía administrativa, y que está pendiente de fijar el incremento de las prestaciones de invalidez por falta de medidas de seguridad, así como el juicio penal en el que el Ministerio Fiscal pide una pena de 1 año de prisión, 300.000 pesetas de multa, además de la pena accesoria y una indemnización.

C) Plazo para el ejercicio de la acción

Es doctrina más o menos constante que para el cómputo del año en que prescribe la responsabilidad civil, conforme al art. 1969 del Código Civil, hay que atender al momento en que queden determinados o sean determinables en forma definitiva los efectos del quebranto padecido en la salud, bien que la norma hable del “día en que pudieron ejercitarse”, descartándose, por tanto, otras fechas como el alta de enfermedad, la de los informes médicos que fijan las secuelas de las lesiones sufridas o la Resolución del INSS.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 1183, contempla la idea anterior, precisando en el caso en cuestión que el plazo de prescripción se cuen-

ta desde el día en que pueden considerarse, según criterios de general experiencia médica, como irreversibles las discapacidades orgánico-disfuncionales; esto es, desde la fecha en que se reconoció la incapacidad total al trabajador. En este sentido se manifiesta también la STS de 22 de marzo de 2002, I.L. J 907, dictada en unificación de doctrina, cuando estima que la acción no puede considerarse nacida antes de que la Sala de lo Social del TSJ dicte la sentencia, pues sólo en ese momento se sabe con certeza cuáles son las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente.

Pero, la cuestión que se plantea en la sentencia de suplicación no es la fijación del *dies a quo*, del plazo prescriptivo, sino la de si este plazo puede quedar interrumpido por el ejercicio de la acción penal o por la deducida, en su caso, con objeto de cuantificar el recargo de prestaciones. El Tribunal Superior mantiene, al respecto, la tesis negativa, en el sentido de que ninguna de las dos acciones interrumpe el plazo prescriptivo.

D) El cálculo de la obligación indemnizatoria: la complementariedad de las prestaciones de Seguridad Social y la indemnización civil

Tres sentencias han abordado el problema de la valoración de las prestaciones de la Seguridad Social a efectos del cálculo de la indemnización civil, o dicho de otra manera, de determinar si en el cálculo o estimación de la cifra indemnizatoria, a título civil, han de tenerse en cuenta, o no, las prestaciones ya ofrecidas por el sistema. En las tres —SSTS de 8 y 23 de abril de 2002, I.L. J 965 y 995, y STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1564— se opta por la tesis afirmativa, siguiendo una posición mantenida por el Tribunal Supremo en la STS de 30 de septiembre de 1997 y reiterada en otras varias posteriores, entre ellas las de 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero de 1999, 20 de julio de 2000, 30 de abril de 2001 y 2 de octubre de 2000. En las mismas se niega el carácter autónomo de la responsabilidad civil y se viene aceptando la interpretación de que “juega como complemento de las prestaciones de Seguridad Social”, de tal manera que “de la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social”. Y ello porque se proclama que “los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena”.

3. RECARGO DE PRESTACIONES: COMPATIBILIDAD DE DAÑOS Y PERJUICIOS CON EL RECARGO

Matizando lo expresado más arriba en el punto 2.C) de esta Crónica, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2002, I.L. J 1183 admite, en línea con la doctrina jurisprudencial abierta por la STS de 2 de octubre de 2000 y mantenida por la STS de 21 de febrero de 2002, la compatibilidad entre el recargo de prestaciones y la indemniza-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

ción de los daños y perjuicios, configurándose como técnicas autónomas que han de ser aplicadas con total autonomía.

La mencionada sentencia señala que el recargo “más que naturaleza resarcitoria es de contenido sancionatorio, al venir cuantificado objetivamente, con carácter accesorio respecto de las contingencias principales de contenido económico, modulándose no en razón de la extensión de los perjuicios irrogados, sino de la entidad o gravedad de la infracción cometida en la deuda de seguridad impuesta del empleador, por lo que el incremento patrimonial obtenido por tal vía, no puede integrarse en el *quantum* indemnizatorio único al que responden las acciones nacidas de los arts. 1101 o 1902 del Código Civil y así lo pone de manifiesto la prohibición de desplazamiento sobre patrimonio ajeno al empleador, por la vía del aseguramiento o de la compensación, que consagra el núm. 2 del art. 123, posibilidades de neutralización que opera en toda su amplitud respecto de la responsabilidad civil o privada, cualquiera que sea el título contractual o extracontractual del que nazca”.

4. RECURSO DE CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos

La STS de 8 de abril de 2002, I.L. J 965, reitera el criterio doctrinal, sentado por la Sala General en la STS de 14 de julio de 2000, acerca de la admisibilidad de las sentencias de conflicto colectivo a los efectos de la contradicción del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, estableciendo que “las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo deben ser admitidas como sentencias de contraste en el ámbito del recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

B) Desestimación por falta de contradicción

Dos sentencias vienen a desestimar el recurso de casación en unificación de doctrina por falta de contradicción exigida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En primer lugar, la STS de 10 de junio de 2002, I.L. J 1280, sobre la extensión del recargo al empresario principal de las prestaciones económicas por accidente de trabajo, como consecuencia de faltas de medidas de seguridad, cuando existe una relación de contrata entre dicho empresario principal y el que ejecuta la obra, empleador directo del trabajador accidentado. La sentencia aprecia falta de contradicción de la impugnada con la sentencia invocada de contraste porque, mientras en ésta se trataba de una obra de instalación de cables de tendido eléctrico que el contratista realizaba en un lugar propiedad de la empresa principal, en el caso de la sentencia recurrida en casación se ignora si el lugar en el que tal trabajo se realizaba era o no de propiedad de la empresa principal.

En segundo lugar, la STS de 28 de junio de 2002, I.L. J 1429, en el que se debate la procedencia o no de reconocer el recargo de las prestaciones ante la inobservancia de la medida de seguridad relativa al uso preceptivo del cinturón de seguridad en el momen-

to del accidente. La sentencia razona que no existe contradicción entre la sentencia de contraste y la impugnada, dado que, en esta última, la conducta incumplidora del empresario fue la causa determinante del accidente y de su consecuente responsabilidad, en tanto que, en la sentencia de contraste, el motivo causante del siniestro fue la acción incumplidora, al respecto, del trabajador que rompió el nexo causal.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNAIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y Psicosociología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 3.ª edición, Valladolid, enero 2003, 550 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que alcanza su tercera 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 Psicosociología Aplicada.

También está dirigido a quienes sienten un especial interés por esta disciplina y pueden llegar, a través de esta monografía, a conocer 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 y mental 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 adicción al trabajo, el acoso sexual y la violencia en el trabajo.

A. MATEOS BEATO y R. MARTÍN JIMÉNEZ

La derivación de responsabilidad por deudas de seguridad social

[Lex Nova, Valladolid, febrero 2003, 318 páginas]

LEX NOVA

En esta monografía se abordan tres cuestiones principales: la derivación de responsabilidad solidaria, la derivación de responsabilidad subsidiaria y el procedimiento de exigencia de responsabilidad, todo ello por deudas de Seguridad Social.

Asimismo se analiza la derivación de responsabilidad de todos los supuestos de fenómenos interempresariales (contratos, empresas de trabajo temporal, sucesión de empresas), así como otros más complejos (administradores sociales, grupos de empresarios), etc.

notas bibliográficas

M.I. RAMOS QUINTANA

La Garantía de los derechos de los trabajadores: Inderogabilidad e indisponibilidad

[Lex Nova, Valladolid, enero 2003, 312 páginas]

LEX NOVA

Las nociones de irrenunciabilidad y, más ampliamente, de indisponibilidad de los derechos laborales presentan actualmente nuevos perfiles que guardan estrecha relación con la propia evolución y transformaciones del Derecho del Trabajo.

Los cambios producidos y la redistribución de relaciones entre la ley, el convenio colectivo y el contrato de trabajo son objeto de análisis tomando como referencia la tradicional tendencia a la inderogabilidad de la norma laboral, hoy en tela de juicio ante el progresivo debilitamiento del orden público laboral.

mínimos; consecuencias del cumplimiento y, sobre todo, del incumplimiento de los servicios mínimos; tutela judicial...

El libro continúa la descripción de la regulación vigente y de su aplicación, junto al análisis de la misma.

M.A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ

Manual para la formación de operadores de grúa torre

[Lex Nova, 3.ª edición, Valladolid, noviembre 2002, 284 páginas]

LEX NOVA

Este manual, cuyo éxito está confirmado con esta tercera edición, surge para dar respuesta a la demanda de formación en lo referente a la profesión de operador de grúas torre, siendo su objetivo primordial contemplar todos los aspectos que la norma UNE 58-101-92 señala como de necesario conocimiento para quienes se dediquen a esta profesión: características de las grúas torre, reglamentación aplicable, maniobras y señales, electricidad y mecánica. También recoge la mayor parte de los contenidos técnicos de distintos boletines de algunas Comunidades Autónomas. Asimismo, este manual ha sido adecuado a los contenidos formativos de los módulos "Tareas previas a la producción con la grúa torre", "Trabajos con la grúa torre" y "Mantenimiento de grúas" de la familia profesional de Edificación y Obras Públicas.

J.B. VIVERO SERRANO

La Huelga en los servicios esenciales

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2002, 404 páginas]

LEX NOVA

El presente libro contiene un estudio completo y sistemático de la regulación jurídica de la huelga en los servicios esenciales. Especial atención se dedica a los aspectos más importantes y problemáticos de dicha regulación: concepto y catálogo de servicios esenciales; concepto de mantenimiento; los servicios mínimos como habitual técnica de mantenimiento de los servicios esenciales; requisitos que deben cumplir los servicios

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S

Observaciones y forma de inscripción:

1. LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LAS JORNADAS:

Las tres sesiones de las Jornadas se celebrarán en el Aula Magna de la Universidad Miguel Hernández, sita en el Edificio Altabix del Campus de Elche (Avda. del Ferrocarril, s/n, Elche).

2. INSCRIPCIÓN:

La inscripción a las Jornadas deberá realizarse en el Centro de Gestión del Campus de Elche (Edificio Altabix de la Universidad Miguel Hernández, Avda. del Ferrocarril s/n, Elche), personalmente o mediante envío de la **ficha adjunta** y **resguardo del abono de la cuota de inscripción** al Fax 96 665 87 93.

El plazo de inscripción comprende desde el 17 de febrero al 26 de marzo, ambos inclusive.

3. CUOTA DE INSCRIPCIÓN:

La cuota de inscripción es de:

- 80 Euros para profesionales ejercientes
- 60 Euros para profesionales no ejercientes
- 20 Euros para estudiantes

4. FORMA DE PAGO:

El importe de la cuota de inscripción se hará efectivo mediante ingreso o transferencia a la siguiente cuenta corriente de la Universidad Miguel Hernández:

Caja de Ahorros del Mediterráneo,
número de cuenta **2090-0369-88-0064000796**

En el resguardo del abono o transferencia se hará constar la denominación de las Jornadas y el nombre y el D.N.I. de la persona que se inscribe.

5. CARACTERÍSTICAS DE LAS JORNADAS:

Las presentes Jornadas tienen una duración de 12 horas. Para los alumnos de la Diplomatura en Relaciones Laborales y de las Licenciaturas en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas de la Universidad Miguel Hernández se han solicitado **1,5 créditos de libre elección**.

El número de asistentes a las Jornadas es limitado. Las solicitudes se atenderán por riguroso orden de inscripción. Se entregará un diploma acreditativo a quienes asistan con aprovechamiento a las Jornadas.

Organiza:



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE ARTES, HUMANIDADES Y
CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Colabora:



ASOCIACIÓN DE
GRADUADOS SOCIALES
DE ELCHE Y BAIX VINALOPO

Con la colaboración técnica de:



Ministerio de Asuntos de Trabajo y
Información Previsional de la Seguridad Social Nº 11
DIRECCIÓN REGIONAL DEL LEVANTE
C/Alfonso XIII, 10
D.N. 96 243 01 16 - 96 245 43 96
Plaza del Congreso Eucarístico, 1
03002 ELCHE



Prevención Riesgos Laborales
Avda. Alcega, 3 Entlo. A
03004 ALICANTE
Tel. 96 214 43 37 • Fax: 96 521 45 70
E-mail: alicante@hcp-salud.com



Caja de Ahorros
del Mediterráneo

Información:

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
DIVISIÓN DE DERECHO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Edificio Torreblanca, Avda. del Ferrocarril, s/n, 03202 ELCHE
Teléfono: 96 665 84 10 ext. 8530
www.umh.es



JORNADAS UNIVERSITARIAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

"La tutela de la salud y de los derechos fundamentales en la relación laboral"



Elche, 28 y 29 de marzo de 2003

Aula Magna de la Universidad Miguel Hernández
(Edificio Altabix del Campus de Elche)

DIRECCIÓN ACADÉMICA:

Prof. Wilfredo Sangüinet Raymond (Universidad de Salamanca)
Prof.^a Mercedes Sánchez Castillo (Universidad Miguel Hernández)

SOLICITADOS 1,5 CRÉDITOS DE LIBRE ELECCIÓN

Información: Teléfono: 96 665 84 10 ext. 8530 • www.umh.es



JORNADAS UNIVERSITARIAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

programa

PRIMERA SESIÓN (viernes 28 de marzo, am)
Constitución y derechos laborales

10:00 h. Apertura de las Jornadas
Exmo. y Magfco. Sr. Jesús Rodríguez Marín
Rector de la Universidad Miguel Hernández.

10:30 h. Conferencia Inaugural:
"Los derechos fundamentales de los trabajadores"

Prof. Manuel-Carlos Palomeque López
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

12:00 h. Conferencia:
"La protección frente al 'mobbing' o acoso moral en el trabajo"

Prof. José Luis Gofí Sein
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Pública de Navarra

13:00 h. Conferencia:
"La vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad de los trabajadores"

Prof. Wilfredo Sanguinetti Raymond
Prof. Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

SEGUNDA SESIÓN (viernes 28 de marzo, pm)
La Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo

17:00 h. Conferencia:
"El régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo: puntos críticos"

Prof. Joaquín García Murcia
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo

19:00 h. Mesa Redonda:
"La responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo a debate"

Ilma. Sra. D.ª Elena Burgos Herrera
Magistrada-Juez del Juzgado de los Social n.º 1 de Elche

D. Miguel Valdecabres Muñoz
HCP SALUD, Presidente de la Asociación de Servicios de la Prevención Ajenos de la Comunidad Valenciana

D. Pedro Pablo Ortuño Carpena
Presidente Asociación de Graduados Sociales de Elche y Bajo Vinalopo

Representante de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Alicante

TERCERA SESIÓN (sábado 29 de marzo, am)
Las "reformas" del régimen jurídico del despido

10:00 h. Conferencia:
"Marchas y contramarchas en la regulación del despido disciplinario"

Prof. Ignacio García-Perrote Escartín
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Castilla-La Mancha

11:00 h. Conferencia:
"El despido objetivo por razones vinculadas con el funcionamiento de la empresa"

Prof. Enrique Cabero Morán
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

13:00 h. Conferencia de clausura:
"Reforma concursal y despido"

Exmo. Sr. Bartolomé Ríos Salmerón
Magistrado del Tribunal Supremo

14:00 h. Clausura de las Jornadas

Prof. Ricardo Gómez Rivero
Director del Departamento de Área, Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández

Prof. Ferrnín Camacho De Los Ríos
Secretario General de la Universidad Miguel Hernández

III Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

FICHA DE INSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos: _____

N.I.F.: _____

Dirección: _____

C.P. - Población y Provincia: _____

Curso: _____

Carreira: _____

Universidad: _____

Año de finalización de la Carrera: _____

PROFESIONAL NO EJERCIENTE: Carrera: _____

PROFESIONAL EJERCIENTE: Empresa: _____

Cargo: _____

(El solicitante declara que los datos arriba indicados son ciertos)