

revista

Justicia

Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO  
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

# REVISTA

## Justicia Laboral

### CONSEJO ASESOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### DIRECTOR

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

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

### SECRETARÍA TÉCNICA

#### **Jesús R. Mercader Uguina**

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

© LEX NOVA 2002

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

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

## Sumario:

### EDITORIAL:

**[5] Bajo el polémico signo de las *stock options***

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
JESÚS R. MERCADER UGUINA

### DOCTRINA:

**[11] Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social: una guía comentada**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA  
M<sup>a</sup> ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

**[29] Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo**

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

**[55] Acoso moral en el trabajo o *mobbing*. Las acciones judiciales de su víctima**

EVA HERNÁNDEZ VELASCO

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

**[77] I. FUENTES DEL DERECHO**  
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

**[111] III. EMPRESARIO**  
JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

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

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

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

**[211] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**  
JAVIER GÁRATE CASTRO

**[217] IX. SEGURIDAD SOCIAL**  
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

**[267] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**  
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

**[281] XII. EL PROCESO LABORAL**  
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

### [303] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Editorial

## BAJO EL POLÉMICO SIGNO DE LAS *STOCK OPTIONS*

Dentro de las actuales tendencias en los sistemas de compensación y beneficios destacan los esquemas de incentivos basados en las acciones de la empresa. Estos sistemas se configuran como un instrumento clave en la política de personal de las empresas y buscan hacer converger las metas personales de los trabajadores con las de la organización, en suma, incentivar el esfuerzo y el rendimiento de los trabajadores, así como su aportación a la organización. La fidelización parece constituir la finalidad última que persiguen estos sistemas retributivos.

En los últimos tiempos se han generalizado los planes de opciones (*stock options*) entre las sociedades cotizadas. La opción sobre acciones podría definirse como un negocio jurídico que, a cambio del pago de una prima (en el caso de trabajadores no se da tal requisito), otorga a su tomador la facultad de decidir a ejercitar o no el contrato, perfeccionado en tal caso un contrato de compraventa de una determinada cantidad de acciones, a un precio predeterminado y durante un período de tiempo también predeterminado. La opción suele quedar condicionada al cumplimiento de ciertos objetivos o a la permanencia en la empresa por un determinado período de tiempo. Esta fórmula resulta un incentivo a largo plazo que normalmente se reserva para los niveles más altos de dirección y que suele venir expresado como un múltiplo del salario. Los planes de *stock options* reflejan un nuevo enfoque de la retribución, puesto que los trabajadores alinean sus intereses con los de los accionistas. De esta forma, el empleado adopta una perspectiva de inversor que le compromete con la propia actividad empresarial.

La polémica en torno a estas formas de retribución del personal ha saltado nuevamente a la luz como consecuencia de dos SSTS de 24 de octubre de 2001, seguidas de otra de 4 de febrero de 2002, que han declarado en unificación de doctrina el carácter salarial de las *stock options* (y que analizaron en el número 9 de esta misma revista I. GARCÍA-PERROTE y L. MARTÍN). Ese carácter salarial había sido objeto de reconocimiento por parte de algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, entre las que destacan dos del TSJ de Madrid, de 22 de febrero y 2 de octubre de 2001, que se ocuparon de analizar supuestos relacionados con las *stock options* ya ejercitadas. En los casos que ha resuelto el Tribunal Supremo, no se trataba de analizar los derechos de opción sobre acciones ya ejercitadas,

sino de determinar si un trabajador, una vez extinguido su contrato de trabajo, podía mantener los derechos reconocidos en un plan de opciones. Todo ello con el trasfondo del eventual cómputo de las *stock options* desde el punto de vista del cálculo de las indemnizaciones por despido.

Los referidos pronunciamientos mantienen que “estamos en presencia de un concepto retributivo nuevo, no previsto por el legislador laboral, cuya naturaleza es compleja, pues confluyen en él un conjunto de factores, no todos ellos de fácil alineamiento con el concepto tradicional de salario”. Pero parten del artículo 26 ET, que define el salario como lo percibido por el trabajador por la prestación profesional de sus servicios profesionales y sólo excluye las percepciones enumeradas en el artículo 26.2 ET (indemnizaciones por vicisitudes de la relación laboral, compensaciones de gastos, y prestaciones de la Seguridad Social y sus mejoras). Dicen las sentencias que, tanto en positivo como en negativo, el beneficio patrimonial derivado de la opción es salario. En positivo, porque retribuyen el trabajo y persiguen dos objetivos típicamente laborales: el fomento de la permanencia en la empresa y el incentivo a la contribución del trabajador a los buenos resultados de la empresa. Descartan, además, algunos argumentos contrarios a la calificación salarial, como que la aleatoriedad del beneficio o el carácter facultativo de su ejercicio descalifiquen su condición de salario. La incertidumbre es propia de otras retribuciones salariales (participación de beneficio, *bonus*, comisiones) y “la indeterminación y variabilidad de la cantidad resultante no priva al beneficio del carácter salarial que se viene sosteniendo, pues lo decisivo para tal calificación no viene dado por la posibilidad de cuantificar con precisión anticipada el salario, sino por la constatación de que la percepción a la que se tiene derecho trae causa, deriva, de la relación de trabajo, de la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena”. Por otra parte, el hecho de que la percepción del eventual beneficio quede al arbitrio del trabajador, que puede decidir no ejercitar la opción, “no significa que exista derecho necesario” y ni la regulación contractual de las opciones es derecho necesario, ni el no ejercicio de la opción equivale a una renuncia, sino que es, simplemente, un “acto de libertad”, consistente en no ejercitar un derecho que se ha adquirido.

También en materia retributiva resulta de interés la **STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2001**, en la que se precisa el alcance del artículo 11 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal que, como es sabido, iguala las retribuciones de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, a las totales fijadas para el puesto de trabajo a desarrollar por éstos en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria. El problema más importante que en esta materia se ha planteado es el relativo a la interpretación del término “convenio colectivo” y, en concreto, si bajo esta denominación pueden encuadrarse todos los productos de la negociación colectiva, independientemente de su reconocimiento por el Título III del ET o si, por el contrario, la referencia legal debe tenerse por realizada únicamente con relación a los llamados convenios colectivos estatutarios regulados en el precitado texto normativo. A favor de la primera interpretación obran un buen número de argumentos, entre los que merece la pena destacar el espíritu de la reforma introducida por Ley 29/1999 que, como es conocido, preten-

día expresamente igualar las retribuciones de los trabajadores de la ETT y los trabajadores de la empresa usuaria, sin que la naturaleza del instrumento negocial, mediante el cual han sido fijadas las retribuciones de la empresa usuaria, sea relevante a estos efectos. En apoyo de esta tesis, el convenio colectivo del sector expresamente señala que dentro del concepto de “convenio colectivo aplicable” deben entenderse considerados “los convenios colectivos de carácter estatutario o extraestatutario, así como pactos o acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa usuaria”, previsión que parece debe cerrar toda discusión al respecto. Así lo ha entendido el pronunciamiento citado que reconoce el derecho de un trabajador contratado por una ETT a percibir las retribuciones fijadas en el pacto de empresa aplicable a la empresa usuaria para la que presta servicios, percepciones diferentes y superiores a las previstas en el convenio colectivo del sector.

De interés es, también, la resolución de la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de justicia inglés respecto de la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/104, Directiva marco que establece los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores y, entre ellos, el derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas, **STJCE de 26 de mayo de 2001**, que establece que el derecho de cada trabajador a unas vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del derecho social comunitario de especial importancia respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes, únicamente puede efectuarse respetando los límites que expresamente dispone la normativa comunitaria, en este caso la Directiva 93/104. A la luz de lo anterior, el contenido del artículo 70 de la Directiva no permite que un Estado miembro adopte una normativa nacional con arreglo a la cual un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario.

La proyección de la doctrina sentada por el TJCE sobre el derecho interno se muestra con claridad en la **STSJ de Valencia de 16 de mayo de 2001**, relativa a la cuestión del cómputo de los servicios prestados para el cálculo de la antigüedad. En la misma, apartándose expresamente de la doctrina jurisprudencial en la materia, aplica directamente el Derecho Comunitario para resolver la cuestión citada respecto de lo previsto en el artículo 33 del Convenio colectivo para el personal laboral del MTAS, según el cual sólo se computarán los servicios prestados con carácter eventual cuando se adquiera la condición de fijo sin solución de continuidad. Concretamente, la sentencia referida cita la STJCE de 15 de enero de 1998, dictada en decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamburg –Alemania– que declara que “se opone al artículo 48 del Tratado y al Reglamento 1612/1968, sobre libre circulación, una cláusula de un convenio colectivo aplicable a la Administración Pública de un Estado miembro que prevé, para los empleados de dicha Administración Pública, un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo, sin tener en cuenta los períodos de empleo, de un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración Pública de otro Estado miembro”. Para el TSJ de Valencia, “la circunstancia de que los trabajadores demandantes, ahora recurridos, no sean ciudadanos de otro Estado miembro, sino españoles, no debe impedir la aplicación de los mismos principios, por la propia naturaleza del Derecho Comunitario”.

La igualdad, libertad ideológica y derecho a la información son objeto de análisis en el caso examinado por la **STC 190/2001, de 1 de octubre**, donde la demandante alegaba que la extinción de su contrato de trabajo por una causa resolutoria contenida en las Instrucciones internas de Televisión Española incorporada a sus sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, por ser ilegal y contraria al principio de igualdad, se produjo en realidad por desempeñar su trabajo como coordinadora encargada de elaborar la información política del Gobierno del Partido Socialista. Motivo éste de extinción que vulnera su derecho de libertad ideológica así como el de libertad de información. El Tribunal, en primer lugar, rechaza el término de comparación aportado por la recurrente y, en consecuencia, niega la vulneración del principio de igualdad ante la Ley. Entiende que el resto de trabajadores comunes que prestan sus servicios para el ente público y a los que exclusivamente se aplica el Estatuto de los Trabajadores, no es un término válido de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad, al existir en la génesis contractual una importante diferencia ya que, frente al resto de trabajadores, los directivos nombrados por cada Director General de RTVE, de acuerdo con la facultad otorgada por la Ley y precisada por las Instrucciones, por tratarse de cargos de confianza, acceden a su puesto de trabajo sin necesidad de realizar ninguna prueba selectiva, beneficio del que carece el resto de trabajadores que se pretende usar como punto de comparación. Asimismo, rechaza que se hayan vulnerado ni la libertad de información ni la libertad ideológica de la recurrente [artículos. 16.1 CE y 20.1.d) CE]. La primera, porque dicha alegación se funda en la demanda exclusivamente en el dato subjetivo de que la recurrente es periodista. La segunda, porque la condición resolutoria incorporada al contrato de trabajo quedaba vinculada a un dato objetivo y neutro consistente en el cambio de Director General, independientemente de su opción política, como lo demuestra el cambio de nueve Directores Generales y de sus respectivos equipos directivos.

Difícil y problemática es la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando, finalizada la actividad laboral de una determinada empresa, un colectivo de los trabajadores de ésta decide relanzar la actividad empresarial extinguida. En los supuestos de “salvamento de empresas”, en contra de la apreciación de la subrogación empresarial prevista en el mismo, obra, no sólo el hecho de que los contratos de trabajo hayan sido extinguidos con anterioridad, sino la ausencia de transmisión de una unidad productiva en funcionamiento o con posibilidades de reanudarla. La aplicación automática del artículo 44 ET contribuiría a dificultar gravemente la extensión de fenómenos asociativos como el descrito que, en la mayor parte de los casos, tienen origen en situaciones de crisis de empresas. La **STS de 11 de julio de 2001** reitera esta doctrina, señalando que en estos casos –en los que se trata más de una reconstrucción que de una transmisión de la empresa– no se está en el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa.

Cabe señalar, por último, que, de nuevo, se ha vuelto a plantear el problema de si la exclusión de los transportistas del ámbito laboral vulnera el derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 CE. Tanto la **STC 179/2001, de 17 de septiembre**, como la **STC 187/2001, de 19 de septiembre**, reiteran la doctrina mantenida en la STC 227/1998, de 26 de noviembre, dictada en Pleno y que, resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad sobre el artículo 1.3.g) del ET, declaró la conformidad constitucional de dicho precepto. En concreto, se vuelve a declarar que el precepto no incurre en ninguna discriminación prohibida porque su finalidad es la de clarificar los ámbitos laboral y mercantil en esta actividad y la exclusión responde a un criterio objetivo que es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por normas administrativas; sin que pueda considerarse un resultado constitucionalmente desmedido que el transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un régimen jurídico distinto del aplicable a las relaciones dependientes y por cuenta ajena.

**IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**

**JESÚS R. MERCADER UGUINA**



# Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social: una guía comentada

**JOAQUÍN GARCÍA MURCIA**

Catedrático de Derecho del Trabajo  
Universidad de Oviedo

**M<sup>a</sup> ANTONIA CASTRO ARGÜELLES**

Profesora de Derecho del Trabajo  
Universidad de Oviedo

## Sumario:

1. Presentación. 2. Modificaciones de contenido financiero o económico.  
3. Incapacidad temporal, desempleo, maternidad. 4. Pensiones: incapacidad permanente y muerte y supervivencia. 5. Jubilación. 6. Reglas sobre abono de prestaciones.  
7. Regímenes especiales y situaciones singulares. 8. Infracciones y sanciones: modificaciones en la LISOS. 9. Reglas de procedimiento y de orden procesal.

### 1. PRESENTACIÓN

Ya es habitual que a finales de año, con motivo de la programación presupuestaria del ejercicio siguiente, se introduzcan cambios en la legislación de seguridad social, algunos de ellos poco menos que obligados (como es el caso de la fijación de tipos y bases correspondientes a la obligación de cotizar, o de la revalorización de pensiones, tareas que vienen asumiendo las sucesivas Leyes de Presupuestos), y otros muchos resultantes de algún proyecto gubernamental de reajuste o adaptación de las normas del sistema, motivado a su vez por las razones más variadas, aunque casi siempre de índole económica (labor esta que suelen asumir las llamadas “leyes de acompañamiento”). Para el año 2002 han concurrido, además, otras circunstancias particulares: por un lado, la firma con fecha 9 de abril de 2001 del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social (entre el Gobierno CEOE y CCOO), en el que se trazaban las pertinentes líneas de acción, tanto en el terreno administrativo como en el terreno legal (especialmente en algunos terrenos, como la jubilación, o la muerte y supervivencia); por otro, la fijación de nuevos criterios y pautas de actuación en la financiación y el gasto de las Administraciones públicas, llevada a cabo fundamentalmente por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Lo cierto es que, por unas razones u otras, en esta ocasión han abundado los cambios en la normativa de seguridad social. La mayor parte de esos cambios procede, como era de esperar —o de temer— de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (la ley de “acompañamiento” para el ejercicio 2002), que ha modificado numerosos e importantes artículos de la Ley General de Seguridad Social, a la que también ha añadido alguna nueva disposición adicional. Otra parte importante ha sido introducida por una disposición legal que se escapa a la periodicidad y ritmo característicos de las leyes presupuestarias o de acompañamiento, pero cuya elaboración ha coincidido en el tiempo, aunque ello no haya evitado ciertos desajustes; se trata del RDL 16/2001, de 27 de diciembre (ya convalidado por el Congreso), que se ocupa sobre todo de la contingencia de jubilación, aunque también se extiende sobre otros aspectos de la seguridad social, e incluso sobre aspectos laborales conexos. Alguna otra modificación, más concreta y singular en cualquier caso, procede finalmente de aquellas normas financieras: una modificación directa del texto refundido de seguridad social es imputable a la citada Ley 21/2001, que al fijar las bases del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, reformula también algún precepto legal dedicado a la financiación de la seguridad social; una modificación más mediata o indirecta se desprenderá con toda seguridad de la Ley 18/2001, desde el momento en que incluye el sistema de seguridad social dentro de los correspondientes criterios de programación presupuestaria.

Las modificaciones resultantes de todas estas incursiones normativas afectan en primer término, como es natural, a la Ley General de la Seguridad Social, así como a las normas relativas a buena parte de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Pero también han tenido otras consecuencias de importancia. No debe olvidarse, por lo pronto, que esta profunda operación de reforma legal ha trascendido, como era inevitable, a la actividad reglamentaria, de la que ha surgido ya el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia (y un poco antes el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre maternidad y riesgo durante el embarazo), y de la que hay que esperar, en un futuro próximo, algún fruto añadido, a tenor de las correspondientes previsiones legales (en materia de jubilación parcial, o en materia de responsabilidad empresarial). Hay que tener en cuenta, asimismo, que algunos de los cambios introducidos en la norma estricta de seguridad social han exigido o recomendado a su vez el cambio correlativo de otras disposiciones legales (como ha ocurrido con la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, o con la Ley de Procedimiento Laboral), y que los nuevos criterios de regulación han llevado al legislador a revisar en parte los programas de fomento del empleo basados en bonificaciones en las cuotas de seguridad social (con la consiguiente afectación a las reglas inicialmente fijadas para el ejercicio 2002 por la propia Ley 24/2001).

A continuación se van a exponer, de forma analítica y tratando ante todo de mostrar su sentido y alcance, los cambios efectuados. Antes conviene decir, en cualquier caso, que la operación de reforma ha llegado a traspasar, incluso, la frontera de la seguridad social pública y obligatoria (la seguridad social en sentido estricto, para ser más claros), para

afectar también a lo que se viene conociendo, en términos amplios y omnicomprendivos, como sistema de “protección social”. Una buena prueba de ello es la reforma de la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de pensiones, que responde a una problemática distinta, y que en términos generales se aparta de los focos de atención en la reforma de la LGSS, pero que si bien se mira también guarda algún punto de contacto con la misma, especialmente en sus alusiones a la contingencia de jubilación o a la situación de desempleo de larga duración (o en su origen, que también se encuentra en el Acuerdo de 2001). Otra prueba es la referencia de la Ley 24/2001 a la “renta activa de inserción” (art. 38), que tiene bastante que ver, obviamente, con los instrumentos de protección de los desempleados.

### **2. MODIFICACIONES DE CONTENIDO FINANCIERO O ECONÓMICO**

#### **A) Modificación del artículo 86.2 LGSS, a través del artículo 69 de la Ley 21/2001**

El art. 86 LGSS se ocupa de delimitar, como se sabe, los “recursos generales” del sistema de seguridad social, y en su párrafo segundo especifica las vías de financiación de su acción protectora, distinguiendo a tales efectos entre prestaciones de naturaleza contributiva y prestaciones de naturaleza no contributiva. La reforma aludida se centra en este segundo párrafo, y supone sobre todo la exclusión del concepto de “acción protectora de la seguridad social, en su modalidad no contributiva y universal”, de “las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la seguridad social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas”, que quedan excluidas por lo tanto de la vía de financiación establecida con carácter general para los conceptos no contributivos (“aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social”), y que se financiará en adelante “de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento”.

La explicación de esta reforma es clara e inmediata: el cierre de la operación de traspaso de competencias en esas materias a las Comunidades Autónomas, y la elaboración de un nuevo sistema de financiación global de estas Administraciones, cuyo eje es precisamente la Ley 21/2001. Este cambio ha motivado, asimismo, que desaparezca del art. 86.2.b) LGSS la mención

**LA SOLICITUD DE PRÓRROGA DEL SUBSIDIO DE DESEMPEÑO DEBERÁ IR ACOMPAÑADA DE LA DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL MANTENIMIENTO DE LOS REQUISITOS NECESARIOS Y DE LA SUSCRIPCIÓN DE UN COMPROMISO DE REALIZAR ACCIONES FAVORECEDORAS DE LA INSERCIÓN LABORAL**

anteriormente existente a la financiación de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria “con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social”, habida cuenta que en la situación normativa vigente las fuentes de financiación de esas prestaciones no contributivas están más diversificadas.

#### **B) Modificación del apartado 1 del artículo 91 LGSS, a través del artículo 34.2 Ley 24/2001**

Con esa reforma se revisa y completa la regulación del “fondo de reserva” del sistema de seguridad social, y se dispone, en primer término, que dicho fondo se dotará con cargo a los excedentes de todos los ingresos (y no sólo de cotizaciones como se decía en la redacción anterior) que financian los gastos de carácter contributivo y que resulten de la liquidación de los Presupuestos de la Seguridad Social en cada ejercicio económico, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del Sistema lo permitan. Se incluirán los rendimientos de cualquier naturaleza en que se hayan materializado las dotaciones del fondo de reserva, así como los generados por los saldos financieros del mismo. El Gobierno queda encargado de fijar en cada ejercicio económico la cuantía de excedentes, y la Tesorería General de la Seguridad Social de determinar la materialización financiera de dicha reserva.

Téngase en cuenta que el Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001 planteaba la necesidad de establecer la cuantía idónea del Fondo de reserva de la Seguridad Social así como determinar el destino de los excedentes que el nivel contributivo pueda presentar, con la finalidad de atender a los distintos intereses que confluyen en el sistema.

#### **C) Modificación de la Disposición Transitoria Decimocuarta de la LGSS, a través del artículo 34.doce de la Ley 24/2001**

Con ello se extiende la aplicación paulatina de la separación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social, que se regulaba ya en esta disposición, a los complementos por mínimos. De esta forma se confirma la naturaleza no contributiva de dichos complementos y se cumple otro de los objetivos del Acuerdo de 9 de abril de 2001, que establecía la necesidad de ubicar definitivamente los complementos a mínimos desde el punto de vista de su financiación, habida cuenta de su naturaleza no contributiva.

### **3. INCAPACIDAD TEMPORAL, DESEMPLEO, MATERNIDAD**

#### **A) Nueva redacción del artículo 131 bis LGSS, a través del artículo 34.cuatro de la Ley 24/2001**

La reforma introduce una nueva causa de extinción del derecho a subsidio por incapacidad temporal. Dicho subsidio también se extingue ahora por incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

Esta modificación responde a la necesidad de luchar contra el fraude que proponía el apartado X del Acuerdo Social de 2001, en el que se sugería la conveniencia de articular medidas que eviten la prolongación indebida de la prestación en los casos en que el trabajador no acuda a los reconocimientos médicos a los que pueda ser llamado sin causa justificada.

### **B) Adición de un nuevo párrafo al apartado primero del número 3 del artículo 131 bis LGSS, a través del artículo 34.cinco de la Ley 24/2001**

Supone el mantenimiento de la obligación de cotizar en el supuesto de alta médica (se entiende que con propuesta de incapacidad permanente) anterior al agotamiento del plazo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente. En tales casos la obligación de cotizar subsistirá mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, de producirse con posterioridad a esa fecha la declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

### **C) Añadido de dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 219 LGSS, a través del artículo 34.nueve de la Ley 24/2001**

En el apartado 4 se complementa la regulación de las prórrogas en la duración del subsidio por desempleo con el objeto de normalizar a lo largo de la vida del subsidio un sistema de control homogéneo y universal sobre los subdiados. A tal efecto se exige que la solicitud de prórroga del subsidio se acompañe de la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos, nuevo apartado 4 del art. 219 LGSS. Para el reconocimiento de las prórrogas la Entidad Gestora deberá exigir a los beneficiarios del subsidio que en el momento de la solicitud suscriban un compromiso de realizar acciones favorables de la inserción laboral.

En el nuevo apartado 5 del art. 219 LGSS se establece un sistema de control similar respecto de los subsidios para mayores de 52 años. En concreto, para mantener este subsidio, previsto en el art. 215.1.3 LGSS, los beneficiarios deberán presentar ante la Entidad Gestora una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda, cada vez que transcurran doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de reanudación, en el plazo de 15 días siguientes a aquel en el que se cumpla el período señalado. La falta de aportación de la declaración en el plazo señalado supondrá la interrupción del pago del subsidio y de la cotización, que se reanudará con la declaración, aunque sea fuera de plazo, con efectos desde la fecha en que se aporte dicha declaración.

Estas reglas se completan con unas disposiciones de derecho transitorio recogidas en el art. 34.nueve.2 de la Ley 24/2001.

### **D) Modificación del apartado 3 del artículo 216 de la LGSS, a través del artículo 5 del RDL 16/2001**

Según esta nueva redacción, el subsidio por desempleo para mayores de 52 años se extenderá, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada

caso para causar derecho a la pensión de jubilación. Antes se extendía hasta que el trabajador alcanzaba la edad que le permite acceder a la pensión contributiva de jubilación en cualquiera de sus modalidades.

La edad ordinaria que actúa como tope, según esta nueva redacción, será generalmente la de 65 años, aunque hay actividades profesionales en las que se pueden prever jubilaciones antes de esa edad como, por ejemplo, para los cantantes, bailarines y trapecistas, que pueden jubilarse a los 60 años o matadores, rejoneadores, novilleros, picadores y toreros cómicos, que pueden jubilarse a los 55 años (RD 2621/1986). En todo caso lo que se trata de evitar es la extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años por alcanzar una edad en la que sea posible acogerse a jubilaciones anticipadas. Esa edad ordinaria de jubilación opera como límite máximo, para mantener este subsidio por desempleo, lo que impide claramente mantener o acceder al este subsidio una vez cumplida esa edad.

Esta nueva redacción responde a una de las propuestas del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social de 9 abril de 2001 en la que se planteaba la modificación de esta regulación de forma que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años ya no se extinga por el hecho de que el beneficiario alcance la edad a la que pueda tener derecho a cualquiera de las modalidades de jubilación contributiva posibles.

### **E) Modificación del artículo 222 de la LGSS, a través del artículo 34.diez de la Ley 24/2001**

Se refiere esta reforma a la “interacción” entre las situaciones de desempleo, maternidad e incapacidad temporal, y tiene el mismo objetivo de impedir la concatenación abusiva de la incapacidad temporal y la prestación por desempleo (con arreglo a lo pactado en el Acuerdo de 2001).

Por lo pronto supone que, en caso de extinción del contrato, el interesado seguirá percibiendo la prestación de IT mientras se encuentre en esa situación, pero en cuantía igual a la prestación por desempleo, hasta que aquélla se extinga, momento en que pasará a situación legal de desempleo, siempre que reúna los requisitos necesarios. En todo caso se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que se hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato.

Esta reforma supone, asimismo, la incorporación al texto de la LGSS de las previsiones que ya recogía el art. 9 RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, a propósito del tránsito de la situación de maternidad, extinguido el contrato, a la situación de desempleo. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que se hubiera permanecido en situación de maternidad, una vez extinguido el contrato. Cuando el trabajador esté percibiendo desempleo y pase a situación de maternidad percibirá la pres-

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

tación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda.

Con la reforma, además, se clarifica el tratamiento que deba darse a la situación de incapacidad temporal, desde una situación de desempleo, cuando aquélla se considere una recaída de una incapacidad anterior sufrida vigente el contrato de trabajo (caso en que se percibirá la prestación por esta contingencia en igual cuantía a la prestación por desempleo), y se regulan las condiciones en las que se mantiene la situación de incapacidad temporal una vez agotado el desempleo (en cuyo caso se seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias). Se mantiene que el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad.

### F) Habilitación para regular la renta activa de inserción

El art. 38 Ley 24/2001 renueva la habilitación al Gobierno para regular el establecimiento de una ayuda específica, denominada renta activa de inserción, para el año 2003, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, y condicionada a que adquieran el compromiso de realizar actuaciones (de empleo, de formación, etc.) favorecedoras de su inserción laboral. Tales ayudas ya se habían regulado, para el ejercicio 2001, en el RD 781/2001, de 6 de julio.

## 4. PENSIONES: INCAPACIDAD PERMANENTE Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA

### A) Modificación del artículo 138 LGSS, a través del artículo 8 RDL 16/2001

Se pretende con ello dejar abierta la posibilidad acceso a la pensión de incapacidad permanente, cuando ésta derive de contingencias profesionales, una vez cumplidos los 65 años. La redacción anterior de este párrafo impedía el acceso a la situación de incapacidad permanente, cualquiera que fuera la contingencia causante, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante tuviera la edad prevista en el apartado 1.a) del art. 161 si reunía todos los requisitos para acceder a la jubilación. A partir de la modificación que incorpora el citado art. 8

**POSIBILIDAD DE ACCEDER  
A LA PENSIÓN DE  
INCAPACIDAD PERMANENTE,  
CUANDO ÉSTA DERIVE  
DE CONTINGENCIAS  
PROFESIONALES, UNA VEZ  
CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS,  
OBTENIENDO ASÍ UNA  
PENSIÓN MÁS CUANTIOSA  
QUE LA QUE LE  
CORRESPONDERÍA POR  
JUBILACIÓN**

RDL 16/2001 esta restricción se mantiene sólo cuando la incapacidad permanente derive de contingencias comunes, y siempre que el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

Con carácter general, la razón de esta modificación puede encontrarse en el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001, pues precisamente una de las reformas legales que expresamente se consideraban necesarias en tal Acuerdo era la que afectaba a dicho precepto, para contribuir al objetivo global de permanencia de los trabajadores en el empleo aun después de la edad de jubilación. Pero en el fondo, una y otra previsión buscan también que el interesado pueda acceder, por vía de incapacidad permanente, a una pensión más cuantiosa que la que le correspondería por jubilación.

### **B) Añadido de un nuevo apartado 5 al artículo 139 LGSS, a través del artículo 9 del RDL 16/2001**

El objeto de esta otra modificación es regular la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes respecto de quienes no reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. En concreto, con estos cambios la cuantía de dicha pensión será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Con este añadido, el anterior apartado 5 de este art. 139 pasa a constituir el apartado 6 del precepto.

### **C) Modificación del apartado 3 del artículo 174 LGSS, a través del artículo 34.siete de la Ley 24/2001**

Su objetivo es extender a los pensionistas de viudedad, separados legalmente o divorciados del causante en el momento de producirse el hecho causante, la posibilidad de mantener las pensiones de viudedad, en determinadas condiciones, aun habiendo contraído nuevas nupcias. A estos efectos, la nueva redacción de ese apartado 3 del art. 174 LGSS matiza la causa de extinción general de la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio (que se resolvía con una remisión a las reglas del art. 101 del Código Civil), introduciendo una salvedad referida a lo que se disponga “reglamentariamente” en el supuesto de contraer nuevo matrimonio.

Esta remisión reglamentaria debe entenderse hecha al art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, pero hay que tener en cuenta que, precisamente para poner en marcha esa salvedad, este precepto ha recibido nueva redacción –de forma coetánea a la aprobación de la Ley 24/2001– a través del RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación del régimen jurídico de las prestaciones de viudedad y orfandad. En esta norma reglamentaria, así pues, ha de buscarse el alcance efectivo de esa nueva previsión.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la Disposición Derogatoria Única de la Ley 24/2001 ha procedido a la derogación de la regla 5ª de la Disposición Adicional Décima

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

de la Ley 30/1981, en la que se establecía, con carácter provisional, que los derechos de seguridad social derivados de las situaciones de separación o divorcio quedarían sin efecto en los supuestos del art. 101 CC. Hoy en día, y desde hace algún tiempo, es el art. 174.3 LGSS el que hace, ya con carácter estable, la correspondiente advertencia.

### **D) Modificación del apartado 2 del artículo 175 LGSS, a través del artículo 34.ocho de la Ley 24/2001**

La única finalidad de este cambio es elevar, de nuevo, los límites de edad para el acceso a la pensión de orfandad, que van a ser ahora de 22 años, o de 24 en caso de huérfano absoluto. De la aplicación y operatividad de estos nuevos límites se ocupa con precisión el citado RD 1465/2001, en su art. 3.

### **E) Derogación del apartado 4 de la Disposición Adicional Octava de la LGSS, en virtud de la Disposición Final Primera del RDL 16/2001**

El apartado que ahora se deroga extendía las reglas previstas en el art. 175 de la LGSS, sobre pensión de orfandad, a quienes en la fecha de entrada en vigor de la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social se encontrasen percibiendo prestaciones de orfandad. La regla, como es fácil de advertir, ya no tiene sentido, y por ello se deroga.

## **5. JUBILACIÓN**

### **A) Añadido de un apartado 3 en el artículo 161 de la LGSS por el artículo 3 RDL 16/2001**

Este nuevo apartado –que supone para los apartados 3, 4 y 5 existentes con anterioridad un cambio de número, para constituir ahora los apartados 4, 5 y 6– extiende la jubilación anticipada también a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967, en la línea de lo que se proponía en el Acuerdo de 9 de abril de 2001. En concreto, podrán acceder a la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, quienes lleven inscritos como demandantes de empleo, al menos, seis meses con antelación a la fecha de solicitud de la jubilación, acrediten un período mínimo de cotización de 30 años, y hubieran cesado en el trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador. En estos casos la pensión de jubilación será objeto de reducción mediante la aplicación de unos coeficientes, de cuantía variable, por cada año o fracción de año que le falte para cumplir los 65 años.

Las previsiones de este nuevo apartado 3 del art. 161 LGSS son de aplicación asimismo a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de Trabajadores del Mar tal y como establece el nuevo apartado 3 de la Disposición Adicional Octava de la LGSS añadida por la Disposición Final del RDL 16/2001.

**B) Modificación del párrafo segundo de la norma segunda del apartado primero de la Disposición Transitoria Tercera LGSS, a través del artículo 4 RDL 16/2001**

De un lado, se modifican los porcentajes de reducción de la cuantía de la pensión en supuestos de jubilación anticipada. En la redacción anterior el porcentaje era del 7 por ciento, y en la actualidad pasa a ser del 7,5 por ciento al 6 por ciento, en función de los años de cotización acreditados. De otro, se modifican los años de cotización (de cuarenta a treinta) de los trabajadores a los que se va a aplicar estos porcentajes, en consonancia con la posibilidad, que introduce el nuevo apartado 3 del art. 161, de acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años cuando se acrediten 30 años de cotización.

**C) Añadido de una nueva Disposición Adicional, la Trigésima Primera, al texto refundido de la LGSS, a través del artículo 7 del RDL 16/2001**

Esta nueva disposición ha de ponerse en relación con la obligación (en un apartado 15 del art. 51 ET, añadido por el art. 6 RDL 16/2001) de abonar cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los supuestos de expedientes de regulación empleo, sustanciados en empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

La nueva Disposición Adicional Trigésima Primera regula el régimen jurídico de ese convenio especial: los períodos de tiempo que abarcarán las cotizaciones (desde la extinción del contrato o en su caso de la prestación de desempleo hasta que se cumplan los 65 años), los criterios de cálculo de las cuotas, los sujetos obligados al pago de las mismas, y el plazo de ingreso. El apartado 3 de esta disposición regula la posibilidad de reintegrar al empresario (en los supuestos de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una incapacidad permanente o de realización de actividad por las que se deba cotizar a la Seguridad Social) las cuotas que hubiera ingresado por el convenio especial en relación con el trabajador afectado, con posterioridad a la fecha en que hubiera tenido lugar cualquiera de esas circunstancias. Las reglas previstas en esta norma pueden en su caso completarse con las normas reglamentarias sobre convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

**D) Añadido de un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 165 de la LGSS, a través del artículo 1 del RDL 16/2001**

Su finalidad no es otra que confirmar expresamente la compatibilidad de la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, en los términos que se determinen “reglamentariamente”. El precepto aclara que la cuantía de la pensión, en esos casos, se reducirá en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo.

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

### **E) Modificación del artículo 163 de la LGSS, mediante el artículo 10 del RDL 16/2001**

Se añade un apartado 2 a dicho precepto con el fin de regular los porcentajes aplicables a la base reguladora en los casos en que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que se tengan acreditados 35 años cotizados. En tales casos, el porcentaje aplicable será el resultante de sumar al 100 por ciento un 2 por ciento adicional por cada año completo que, en la fecha del hecho causante de la pensión, se haya cotizado desde el cumplimiento de los 65 años. Si al cumplir los 65 años no se tuvieran 35 años cotizados, ese porcentaje adicional sólo se aplicaría a partir del momento en que se alcanzara tal período de cotización.

### **F) Nueva redacción del artículo 166 de la LGSS, a través, conjuntamente, del artículo 2 de la Ley 24/2001 y del artículo 2 RDL 16/2001**

El objeto de la primera de estas incursiones legales no es otro que prever expresamente la posibilidad de que accedan a la jubilación parcial los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación, sin necesidad de acogerse a la fórmula específica del art. 12.6 ET y, por lo tanto, sin necesidad de que se celebre simultáneamente un contrato de relevo. El disfrute de la pensión de jubilación parcial será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial, sin límite temporal. El objeto de la segunda, por su parte, no es más que remitir a la regulación reglamentaria el régimen jurídico de la jubilación parcial, algo que a todas luces parece necesario, a fin de que se precisen los términos de acceso y disfrute de la correspondiente pensión, y de que se prevean las condiciones de tiempo y medida (en proporción al tiempo de trabajo) de esa singular situación.

### **G) Añadido de un nuevo artículo, el 112 bis, al texto refundido de la LGSS, mediante el artículo 11 del RDL 16/2001**

El nuevo art. 112 bis regula la exención de cuotas de la Seguridad Social respecto de los trabajadores por cuenta ajena con 65 años o más, como un incentivo más para lograr la mayor permanencia en la actividad. En concreto, se concede una exención al empresario (y al propio trabajador) en el pago de cuotas por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de trabajadores mayores de 65 años que acrediten 35 o más años de cotización, sin que se computen a estos efectos las partes propor-

**SE ESTABLECE LA  
POSIBILIDAD DE  
MANTENER LAS PENSIONES  
DE VIUDEDAD,  
EN DETERMINADAS  
CONDICIONES, A LOS  
PENSIONISTAS SEPARADOS  
LEGALMENTE O  
DIVORCIADOS DEL  
CAUSANTE EN EL MOMENTO  
DE PRODUCIRSE EL HECHO  
CAUSANTE, AUN HABIENDO  
CONTRAÍDO NUEVAS  
NUPCIAS**

cionales a las pagas extraordinarias. Si al cumplir los 65 años no se tuvieran 35 años cotizados, esta exención sólo sería aplicable a partir de la fecha en que se acreditara dicha cotización. En cualquier caso, esta exención no se aplica a las aportaciones referidas a trabajadores y asimilados que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los Organismos públicos regulados en la Ley 6/1997.

Se trata de una medida más de las que se aprueban en el RDL 16/2001 en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación y, en concreto, en relación con el objetivo de lograr una mayor permanencia en activo de los trabajadores que cumplan los 65 años. Como ya dijimos, este objetivo se corresponde con uno de los compromisos que el Gobierno asumió en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001.

Lo previsto en este nuevo art. 112 bis será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes especiales, tal y como dispone la nueva redacción dada por la Disposición Final Primera del RDL 16/2001 al apartado 3 de la Disposición Adicional Octava de la LGSS, que, a su vez (y en virtud de esta misma disposición modificativa) ha pasado a constituir el apartado 4.

#### **H) Modificación del título y añadido de un apartado tercero a la Disposición Adicional Vigésima Primera LGSS, a través del artículo 11.2 RDL 16/2001**

La finalidad de este otro cambio es extender la exoneración en el pago de cotizaciones prevista en el nuevo art. 112 bis LGSS a las cuotas de recaudación conjunta. En concreto, los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena o asimilados con contratos de trabajo de carácter indefinido que decidan la continuación o la reinicio de su actividad laboral, y reúnan los requisitos de tener cumplidos 65 o más años de edad y acreditar 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social. Si al cumplir los 65 años de edad el trabajador no tuviera cotizados 35 años, esta exención será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los 35 años de cotización efectiva. Esta exención tampoco será aplicable a las aportaciones relativas a trabajadores y asimilados que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los Organismos públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

#### **I) Añadido de un nuevo apartado 6 en el artículo 162 LGSS, mediante el artículo 12 RDL 16/2001**

Se regula en este precepto el cálculo de la base reguladora en supuestos de exoneración de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores con 65 o más años. En concreto, se establece que las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio económico, exentas de cotización, no podrán ser superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior con el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado.

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

### **J) Añadido de una nueva Disposición Adicional, la Trigésima Segunda, al texto refundido de la LGSS, por el artículo 13 RDL 16/2001**

También se ocupa este precepto de la exoneración de cuotas respecto de los trabajadores por cuenta propia con 65 o más años. Se trata de una medida que pretende incentivar la prolongación de la vida activa también respecto de quienes trabajan por cuenta propia. En concreto, los trabajadores incluidos en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, que tengan 65 o más años, quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social, salvo por incapacidad temporal, una vez que acrediten 35 o más años de cotización efectiva a la seguridad social.

A efectos de cálculo de prestaciones exentas de cotización, se establece que las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio que quedan exentas de cotización son las equivalentes al resultado de incrementar el promedio de bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado.

## **6. REGLAS SOBRE ABONO DE PRESTACIONES**

### **A) Modificación del artículo 126 LGSS, a través del artículo 34.tres de la Ley 24/2001**

Añade este precepto dos párrafos al apartado 3 del precepto, y un número 4 al mismo, todo ello en relación con la responsabilidad en orden a las prestaciones en supuestos de incumplimiento empresarial:

El nuevo art. 126.3 limita la obligación de anticipo de prestaciones por parte de las Mutuas, en supuestos de incumplimientos empresariales, y establece unas reglas relativas a la forma de calcular el importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables. En dicho cálculo se incluirá el interés de capitalización y en su caso el recargo por falta de aseguramiento, pero no el eventual recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el art. 123 de la LGSS.

En este mismo precepto se limita también el sujeto contra el que se podrán ejercer los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y obligaciones de los beneficiarios, correspondan a las Entidades, Mutuas o Servicios que hayan asumido el pago de las prestaciones por incumplimiento del empresario declarado responsable. Se añade expresamente que dichos derechos y acciones sólo podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario previa declaración judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.

El nuevo número 4 del art. 126 atribuye a la Entidad Gestora competente la declaración en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones, así como la responsabilidad de la Entidad que deba anticipar aquéllas o constituir el correspondiente capital coste.

**B) Inclusión de la nueva Disposición Adicional Decimoséptima bis, a través del artículo 36 Ley 24/2001**

Con ella se permite a las Entidades Gestoras adoptar medidas preventivas, en forma de suspensión cautelar del abono de prestaciones, cuando los beneficiarios o causantes de las prestaciones incumplan la obligación de presentar, en los plazos legales establecidos declaraciones preceptivas o documentos, antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad. La suspensión cautelar se prolongará mientras no se acredite debidamente el cumplimiento de los requisitos.

Por su parte, la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 24/2001 reconoce similares competencias respecto de las prestaciones correspondientes gestionadas por MUFACE, ISFAS y MUGEJU, teniendo estas Mutualidades las mismas facultades que las Entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ámbito de sus respectivas competencias.

**7. RÉGIMENES ESPECIALES Y SITUACIONES SINGULARES****A) Añadido de un nuevo apartado 7 al artículo 7 del texto refundido de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (aprobado por el RDL 1/2000, de 9 de junio), mediante el artículo 39 Ley 24/2001**

El citado precepto regula el plazo de prescripción, que se fija en cuatro años, de la obligación de pago de las cotizaciones al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, así como las causas de interrupción de dicha prescripción.

**B) Indicación sobre Régimen de Seguridad Social del personal docente (catedráticos y profesores de universidad) con plazas vinculadas con las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, a través del artículo 40 Ley 24/2001**

La citada previsión establece unos plazos para optar, por una sola vez, entre la inclusión exclusiva en el Régimen General de la Seguridad Social o el encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. Efectuada la opción a favor del primero de los Regímenes, quienes se desvinculen de la plaza de facultativo especialista quedarán obligatoriamente incluidos en el Régimen especial de los funcionarios civiles del Estado. De no efectuarse la opción, quedarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado con la consiguiente baja en el Régimen General.

**C) Indicación sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los Notarios, recogida en el artículo 41 Ley 24/2001**

El precepto autoriza al Gobierno para que proceda, en el plazo de un año, a la integración en el Régimen Especial de trabajadores autónomos de los miembros del Cuerpo único de Notarios (referido en la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999), “en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

### **D) Armonización del régimen de las ayudas a víctimas del terrorismo, a través de los artículos 43 y 44 Ley 24/2001**

Supone una modificación considerable de los preceptos contenidos en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre este tipo de ayudas, y una ampliación del ámbito temporal de aplicación de la Ley 32/1999, de Solidaridad con las víctimas de terrorismo (hasta el 31 de diciembre de 2002).

### **8. INFRACCIONES Y SANCIONES: MODIFICACIONES EN LA LISOS**

#### **A) Modificación del artículo 21.1 LISOS, a través del artículo 35 de la Ley 24/2001**

Siguiendo la tónica de otras reformas anteriores, se reduce de cinco a cuatro años el plazo obligatorio de conservación de la documentación o los registros o soportes informáticos en que consten los datos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y demás variaciones que se hubieran producido en relación con dicha materia. Esta reducción se corresponde con la que afecta al plazo de prescripción de las acciones y obligaciones en materia de Seguridad Social.

#### **B) Derogación del artículo 22.3 LISOS, por el artículo 37.dos de la Ley 24/2001**

Desaparece la tipificación, como infracción administrativa grave, del hecho de no disponer en el centro de trabajo o no llevar en orden y al día el “Libro de Matrícula de Personal”. Se corresponde con la derogación del art. 101 LGSS (por el mismo art. 37 uno de la Ley 24/2001), en el que se consignaba tal obligación del empresario, y todo ello se debe, seguramente, a la escasa virtualidad de dicho documento a los efectos de control del cumplimiento de las normas de seguridad social.

#### **C) Modificación del primer inciso de la letra b) del artículo 47 LISOS, a través del artículo 34.uno de la Ley 24/2001**

Frente a la situación anterior, se califica expresamente como sanción la extinción de la prestación de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad

**EL SILENCIO ADMINISTRATIVO TENDRÁ EFECTO NEGATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DE LOS INTERESADOS, EXCEPTO EN LOS RELATIVOS A LA INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS Y A LA AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS DE LOS TRABAJADORES**

Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social (en consonancia con la inclusión de esta circunstancia como causa de extinción de la IT en la nueva redacción del apartado 1 del art. 131 bis LGSS, dada por el art. 34.cuatro de la Ley 24/2001).

## 9. REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y DE ORDEN PROCESAL

### A) Inclusión de la nueva Disposición Adicional Vigésima Quinta en la LGSS, a través del artículo 34.ocho de la Ley 24/2001

Con esta nueva disposición –que viene a ocupar el espacio de la que se derogó en su momento por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre– se delimita expresamente el régimen jurídico aplicable a las resoluciones administrativas de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. Será el dispuesto en la Ley 30/1992 –modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero y más recientemente por la misma Ley 24/2001–, que establece el marco jurídico en el que se desarrolla la actividad administrativa. Se exceptúan de esta remisión general a la Ley 30/1992 las resoluciones que tengan carácter recaudatorio o sancionador, las cuales se regirán por lo dispuesto en su normativa específica, tal y como ya disponían las Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima de la Ley 30/1992.

Otra de las salvedades que se contienen en el apartado primero de esta nueva disposición, se refiere a la impugnación y revisión de oficio de los actos de la Seguridad Social y Desempleo, respecto de los que habrá que estar a las especialidades previstas en la propia Ley 30/1992. Esta remisión nos lleva directamente a la Disposición Adicional Sexta de esta última Ley, la cual reenvía, a su vez, a la LPL. En concreto habrá que estar a las previsiones contenidas en los artículos 71 y 145 LPL.

El apartado 2 de esta nueva Disposición Adicional Vigésima Quinta clarifica el sentido que debe darse al silencio administrativo, al darle efecto negativo en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo que para dictar resolución y notificarla se fije en la norma reguladora de que se trate, cuando no haya recaído resolución expresa.

Sin embargo, los procedimientos relativos a la inscripción de empresas y a la afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores iniciados a solicitud de los interesados, así como los de convenios especiales, en los que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la solicitud por silencio administrativo. En estos casos se aplica, pues, la regla general del art. 43.2 de la Ley 30/1992 para los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados.

## Las recientes reformas de la Ley de Seguridad Social

### **B) Nueva redacción del artículo 71 LPL a través del artículo 42 de la Ley 24/2001**

Se refiere este precepto al requisito de reclamación previa a las demandas en materia de seguridad social, y la modificación ha supuesto la alteración del orden de los apartados que lo componen, la clarificación de buena parte de los mismos, y algún añadido de relevancia.

Se aclara, por ejemplo, que el plazo fijado para ello (treinta días) también es aplicable a las resoluciones por silencio administrativo, y se precisa, asimismo, ante quién debe formularse la reclamación previa cuando la resolución expresa o presunta contra la que vaya dirigida la demanda haya sido dictada por una entidad colaboradora; en tal caso, según el nuevo párrafo segundo del núm.2 del art. 71 LPL, la reclamación se interpondrá ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora o Servicio común cuando resulte competente.

Se aclara, en segundo lugar, que el interesado puede solicitar que se dicte acuerdo o resolución inicial, con valor de reclamación previa, cuando en el reconocimiento inicial o en la modificación de un acto o derecho en materia de seguridad social la entidad correspondiente esté obligada a proceder de oficio.

Por otra parte, se unifica el plazo para contestar expresamente a la reclamación previa interpuesta en cualesquiera de los supuestos previstos en el precepto, que vuelve al ser el plazo de 45 días que estaba vigente con anterioridad a la Ley 42/1994, de medidas fiscales administrativas y de orden social para el año 1995 (desapareciendo así la remisión de la versión anterior del art. 71.4 LPL a “los plazos reglamentariamente establecidos”).



# Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna

## Sumario:

1. El impacto de la globalización en el sistema económico y crisis del Estado de bienestar. 2. Globalización y flexibilidad: dos variables del sistema económico 3. Efectos de la mundialización económica y nueva configuración de los procesos productivos. 4. Globalización y conductas laborales. 4.1. Diversificación de la mano de obra: fragmentación del “tipo”. 4.2. Modos de producción y tiempo de trabajo. 4.3. El estatuto profesional: de la previsibilidad de una carrera profesional a los itinerarios inciertos 5. Transformaciones visibles en el derecho del trabajo. 5.1. Alteraciones del ámbito subjetivo. 5.2. Alteraciones de los instrumentos normativos. 5.3. Alteraciones del modelo sindical. 6. Incertidumbres y perspectivas de futuro.

## 1. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL SISTEMA ECONÓMICO Y CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

El término “globalización” se instala en el discurso socioeconómico a partir de los años ochenta, a raíz del influjo de una literatura de origen anglosajón, mediante el cual se pretende definir el proceso general que combina la apertura de las economías nacionales y la integración de las mismas a nivel internacional<sup>1</sup>.

(1) Los conceptos “globalización” y “mundialización” no responden a una misma realidad, ya que con el primero se alude al proceso de desarrollo en el orden económico, social y político, mientras que con el segundo se resalta la idea de crecimiento y desarrollo desigualitario que dicho proceso encierra, sin que aquí se utilicen con tal sentido preciso; al respecto cfr. R. ROBERTSON, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London, Sage, 1992; más recientemente, AUBY, J.B., “Globalización y descentralización”, *RAJ*, 2001, núm. 156, pp. 7 y ss., insistiendo sobre la generalización del término “globalización”, ya que el de mundialización ha quedado relegado, prácticamente, al debate francés en el cual se manejan las connotaciones ya señaladas.

La creación de un mercado global ha sido posible mediante el aumento considerable del comercio mundial, el incremento de las inversiones transnacionales y la organización a nivel internacional de la producción de bienes y servicios. Este proceso de integración económica internacional no sólo deriva de la disminución progresiva de las barreras arancelarias y de la relajación de las medidas de protección de los mercados nacionales, sino también y en importante medida, de los avances tecnológicos y las innovaciones que se han llevado a cabo en el proceso productivo. En cuanto al capital, la emergencia de un mercado financiero global apenas ofrece limitaciones para su libertad de movimientos. En esta realidad, las barreras geográficas no suponen ya inconveniente alguno, lo que permitirá dar continuidad a las nuevas formas de producción y a las estrategias competitivas de las empresas.

Las interacciones que este proceso de globalización de la economía han traído consigo en la producción de bienes y servicios afectan a la fragmentación y la deslocalización del propio proceso productivo, lo cual no impide conservar la unidad de la actividad productiva, a la que en nada condiciona la distinta ubicación física de sus componentes<sup>2</sup>.

El nuevo orden económico internacional puede llegar a poner en cuestión los fundamentos y las funciones que el Estado de bienestar está llamado a desarrollar. Despojados de contenidos económicos y, especialmente, sociales, el Estado perdería su configuración actual. Los Parlamentos y los Gobiernos se encuentran sometidos al poder y al control de los mercados financieros, y ello presenta importantes repercusiones sobre una posible prevalencia de los criterios económicos sobre los valores democráticos. Si se mundializan las decisiones económicas, el papel del Estado pierde relevancia, lo que, al fin y a la postre, puede conllevar también un declive de la democracia<sup>3</sup>.

Desde el punto de vista de las relaciones sociales, la globalización de la economía ha forzado en un determinado sentido las políticas socioeconómicas de los Estados nacionales y, en particular, sus sistemas de protección social que, de hecho, ya se están viendo afectados en su configuración por efecto de los imperativos de este nuevo orden<sup>4</sup>. El dirigismo económico y el intervencionismo social como elementos definitorios de todo Estado social se ven, en consecuencia, profundamente afectados<sup>5</sup>: la corrección sobre las limitaciones sociales que todo sistema de mercado impone ha sido una de las funciones del Estado más atendidas, especialmente, mediante el sistema de prestaciones sociales alcanzado. El compromiso de los poderes públicos con los nuevos derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos ha obligado a buscar vías públicas de administra-

(2) S. SIMITIS, "Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?", *GDLRI*, 1997, núm. 76, pp. 625-626. También publicado bajo el título: "Le droit du travail a-t-il encore un avenir?", *DS*, 1997, pp. 655 y ss.

(3) N. BOBBIO, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1992, pp. 43 y ss.; en igual sentido, R. DAHRENDORF, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Madrid, Mondadori, 1997, pp. 207 y ss.

(4) B. GONZALO GONZÁLEZ, "'Globalización' económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro", *RL*, 2000, núm. 2, pp. 11 y ss.

(5) Vid. L. E. ALONSO, *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 51 y ss.

ción y financiación de los mismos y son esos mismos poderes los que han garantizado el acceso de aquellos que lo necesitan al sistema de protección social.

No existe una tendencia natural hacia una globalización de las instituciones políticas comparable con la tendencia paralela a la globalización de la economía, circunstancia que permite comprobar cómo en la situación actual coexisten dos sistemas diferentes: uno para la política y otro para la economía<sup>6</sup>, al constatar que la economía no se rige por reglas preestablecidas, que no hay sistema de control alguno sobre la economía global.

La ideología que sustenta la globalización no es otra que la del *free market*, el neoliberalismo, que se basa en el supuesto de maximización del crecimiento y la riqueza en el mundo por medio del mercado libre; de ello se ha querido deducir que cualquier intento de controlar y regular el mercado producirá efectos negativos, reduciendo la acumulación del beneficio capitalista e impidiendo alcanzar la optimización de la tasa de crecimiento. A tales planteamientos ideológicos sólo cabe contraponer que si bien es cierto que el mercado capitalista libre presenta un índice más alto de crecimiento frente a cualquier otro sistema, sin embargo, no produce una distribución óptima de la riqueza<sup>7</sup>. El gran problema suscitado no es la creación de riqueza, cuestión que el sistema capitalista resuelve sobradamente, sino la distribución de la misma.

La pérdida de autonomía de los poderes públicos en el momento actual debe encontrar límites, entre otras razones, para evitar estallidos sociales que derivan de los niveles de pobreza y marginalidad que la sociedad del capitalismo flexible no ha logrado erradicar. Antes al contrario, los consolida pasando a convertirse en meras expectativas o previsiones del sistema. Sin duda alguna, las ventajas que la estabilidad laboral y social proporcionan son igualmente objeto de severo juicio por el capital y cuantificadas en términos económicos.

Todo ello se encuentra hoy sometido al test de su validez y eficacia en un mundo sometido a constantes mutaciones económicas y sociales de difícil comprensión y alcance.

(6) E. HOBSBAWM, *Entrevista sobre el siglo XXI*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 61. Éste es el gran problema que planeará sobre el siglo XXI, la conexión entre los Estados y una organización política internacional llamada a gobernar el control de la economía, *cf.* pp. 101-102 de la obra y autor citados.

(7) *Idem*, p. 91.

**LA IDEOLOGÍA DE LA  
GLOBALIZACIÓN ES LA DEL  
“FREE MARKET” BASADA EN  
LA MAXIMIZACIÓN DEL  
CRECIMIENTO Y LA RIQUEZA  
POR MEDIO DEL MERCADO  
LIBRE, PERO POR CONTRA  
NO SE PRODUCE UNA  
DISTRIBUCIÓN ÓPTIMA DE  
LA RIQUEZA**

## 2. GLOBALIZACIÓN Y FLEXIBILIDAD: DOS VARIABLES DEL SISTEMA ECONÓMICO

Actualmente, denominaciones como “capitalismo flexible”, “sistema de libre empresa” o “de iniciativa privada” sólo son el ropaje tras el cual se encuentra un modelo económico que, si en cuanto a sus orígenes fue tildado de “salvaje”, en el momento presente recibe estas otras expresiones de contenidos más atenuados para hacer referencia a la evolución de que ha sido objeto. En verdad, no ha habido transformación del modelo económico, sentado sobre el pilar inamovible de la propiedad privada de los medios de producción, sino una evolución hacia otras formas que dan una apariencia de “dulcificación” de los rigores de la distinción entre ricos y pobres.

El elemento básico que acompaña la última tendencia del sistema económico establecido entre nosotros es, sin duda, la flexibilidad. No se habla de capitalismo a secas, sino de capitalismo flexible, porque esta calificación presenta la ventaja “de suavizar la opresión que ejerce el capitalismo”, pero se trata de una nueva faceta en la cual el mismo se presenta en muchas ocasiones como “un régimen de poder ilegible”<sup>8</sup>, de difícil comprensión y, lo que es más grave aún, de muy difícil control.

En la moderna estructura empresarial se intenta eliminar rigideces, capas de burocracia y proceder a una ruptura de actuaciones de carácter vertical para convertirlas en horizontales y flexibles. La ordenación vertical y piramidal se sustituye por la organización empresarial como red, lo cual aporta una mayor dosis de ligereza en su base. A las jerarquías piramidales propias de la era fordista le ha sucedido el sistema de red, una vez constatado que las redes son más flexibles y abiertas como formas modernas en la práctica de la dirección de empresas.

Ello significa que el trabajo no está rígidamente definido, la movilidad de los trabajadores abre nuevas posibilidades al poder de dirección y de organización empresarial, a lo que debe sumarse otro factor no menos relevante, como es que la salida del mercado de trabajo, en particular, los despidos, se regulan por normas que, o bien permiten a la negociación colectiva establecer cauces no traumáticos al respecto, o bien flexibilizan las posibilidades extintivas por consideración a circunstancias de producción de la empresa.

A finales del siglo XX se asiste ya a la emergencia de cambios importantes en la manera de organizar la producción. Descentralización y diversidad son conceptos que vienen a sustituir a la centralización y homogeneización del pasado. Las nuevas técnicas introducidas al servicio de objetivos como la competitividad y la adaptación a nuevas exigencias del mercado responden, asimismo, a nuevos modos de concebir las relaciones de trabajo.

El modelo de empresa flexible busca fórmulas de descentralización para realizar la actividad empresarial no sólo con personal propio de la misma, sino también con empresas

(8) R. SENNETT, *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, ANAGRAMA, 1998, ambos textos entrecorridos en p. 10.

subcontratadas, cuando no con personal y colaboradores externos. Descentralización y externalización se convierten en instrumentos indispensables de la producción<sup>9</sup>. Ya en el modelo clásico de relaciones de trabajo se consideraba normal el sistema de contrataciones en la medida en que aportaba respuestas adecuadas a la necesidad de especialización<sup>10</sup>; sin embargo, en el momento actual, la descentralización afecta también a la gestión de los recursos humanos, lo cual provoca fragmentación de la fuerza de lo colectivo y su sistema de garantías. A la consecución del mismo objetivo se encamina la externalización, al expulsar de la empresa ciertos servicios y actividades que se cubren, valga la redundancia, con trabajadores externos.

Poner el énfasis en la flexibilidad implica cambiar el significado del trabajo. La búsqueda de la flexibilidad, sin embargo, ha permitido crear nuevas estructuras de poder y control en lugar de crear condiciones de liberación.

El sistema de poder en el capitalismo flexible se nutre de tres elementos básicos<sup>11</sup>:

a) La alteración continua de las instituciones: se produce una especie de reinvencción continua y excesiva de las instituciones de carácter financiero, económico y social generando una discontinuidad entre presente y pasado.

b) La especialización flexible, o la adaptación al cambio continuo; es la antítesis del modelo de fabricación fordista: la vieja cadena de montaje ha sido reemplazada por nuevos ámbitos de producción especializada. Este sistema de especialización flexible resulta provechoso y conveniente para la alta tecnología; la velocidad de las comunicaciones permite a las empresas el acceso a los datos del mercado global y las demandas variables del mundo exterior determinan la estructura interna de las instituciones. Todo ello consolida la aceptación de cambios inminentes y decisivos.

c) Emergencia de un proceso de concentración sin centralización: el poder se concentra pero no existe una centralización del mismo. En el momento actual se oye decir que las nuevas formas de organización del trabajo descentralizan el poder, en cuanto trasvasan a las categorías inferiores mayor nivel de control sobre sus propias actividades. Lo que no se dice es que los avances en el campo de la información proporcionan al poder directivo un amplio margen de organización en el que los individuos aisladamente poco tienen que decir.

(9) Un análisis relativo a las repercusiones de la descentralización productiva sobre el Derecho del Trabajo, vid. J. RIVERO LAMAS, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo" en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) Madrid, MTSS, 2000, pp. 19 y ss. Igualmente, G. BARREIRO, "Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna", REDT, 1999, núm. 94, pp. 165 y ss.

(10) Y es que, como ya se ha advertido, "la descentralización productiva ha sabido utilizar en su propio beneficio viejos senderos, hasta hace poco ajenos a fines de exteriorización, y ha entrado en otros nuevos, poniéndolos a su servicio", F. VALDÉS DAL-RÉ, "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa", RL, 2001, núm. 18, pp. 8.

(11) R. SENNETT, *La corrosión del carácter...*, cit., pp. 48 y ss.

En este tipo de producción el poder jerárquico no ha desaparecido, sino que, por el contrario, permanece incólume bajo la máscara de nuevas formas de organización y de producción empresarial. Y esa verticalidad se manifiesta, incluso, en las relaciones entre grandes y pequeñas empresas, desde las empresas contratantes a las que de ellas dependen, obligándolas a asumir las consecuencias negativas de una mala producción, de un fracaso comercial, etc., porque la presión del poder se ejerce desde la cumbre de la jerarquía institucional, sólo que esa cúspide ya no se presenta con la claridad de una pirámide, sino que responde a una estructura engarzada mucho más compleja. De esa estrecha relación entre el hombre y sus vinculaciones sociales, nace la necesidad de “una crítica de la racionalidad utilitaria y calculista que caracteriza el proceso de la modernización tecnológica”<sup>12</sup>.

### 3. EFECTOS DE LA MUNDIALIZACIÓN ECONÓMICA Y NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS

La mundialización de la economía, como sello distintivo de nuestro tiempo, ha producido importantes transformaciones en los procesos de producción que pueden resumidamente sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, se ha producido una limitación en el campo de las decisiones económicas de las autoridades nacionales. La ampliación de los mercados y el auge de la competencia internacional dejan fuera de lugar las decisiones localizadas<sup>13</sup>. La orientación y los contenidos de las políticas económicas nacionales están sujetas a decisiones que se adoptan extramuros del Estado, exactamente, en centros de decisión de alcance mundial. El Fondo Monetario Internacional, al igual que la Organización Mundial del Comercio, cumplen una función decisoria de extremada relevancia, dando vida a instituciones económicas fuertes para una sociedad global. No obstante, voces autorizadas próximas a tales instituciones ya han advertido de los peligros que genera el sistema económico en su dimensión global<sup>14</sup>.

Los avanzados grados de movilidad de capital, su transnacionalización y la rapidez de sus desplazamientos convierten a éste en un bien móvil, observado desde la perspectiva interna de cada país. La rentabilidad del capital en estos momentos no conoce fronteras y, por consiguiente, se alimenta de los lugares y de los procesos productivos que en cada momento ofrecen mayores niveles de competitividad ante el mercado. El capital opera

(12) P. BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992, p. 137.

(13) La organización productiva empresarial clásica se altera sustancialmente, la empresa se deslocaliza y se divide, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, *RL*, 1999, núm. 24, p. 6.

(14) “Si hay un peligro capaz de hacer estallar este sistema es la pobreza y las diferencias enormes entre pobres y ricos que ha generado” y, bajo esa misma perspectiva, se reconoce que “No hay que considerar el mercado como una divinidad a la que hay que adorar. Se ha visto que el mercado solo, sin regulación pública eficiente, no funciona bien y puede crear situaciones sociales y de poder destructoras para la democracia y para el mismo mercado”, Michel CAMDESSUS, ex director general del FMI. Entrevista publicada en *EL PAÍS*, domingo, 23 de abril de 2000.

sucesiva o simultáneamente donde la conveniencia lo favorece. Sus objetivos, al igual que los de las grandes empresas, no coinciden con los del Estado al que pertenecen, ni del Estado en el que intervienen (cosa que tampoco pretende), pues lo que se persigue es actuar sin sujeción a fronteras o límites geográficos.

Ello es posible porque la movilidad del capital no cuenta con trabas fiscales y sociales establecidas por leyes de los diferentes Estados; antes al contrario, se está procediendo a la elaboración de fórmulas que faciliten la conversión de determinadas zonas en foco de atracción para la inversión de capitales, a cuyo efecto se articulan medidas incentivadoras cuyo paradigma lo representa la bonificación o exención fiscal de determinado tipo de actividades productivas.

Las innovaciones tecnológicas permiten en la actualidad, sobre todo, en el campo de la información, una movilidad vertiginosa generando un ahorro en los costes laborales muy importante<sup>15</sup>. En realidad, los imperativos tecnológicos, la revolución de las comunicaciones y del transporte contribuyen a la fragmentación internacional de las actividades: el lugar en que se produce, el lugar en que se distribuye y donde se comercializan los productos es cuestión que se decide centralizadamente, dependiendo de las trabas y restricciones que existan a la libre movilidad o a las facilidades para obviar las mismas.

La tendencia que se aprecia en los procesos productivos y movimientos de capitales necesarios apunta a su instalación en el territorio de países con bajos costes sociales, salarios más reducidos, condiciones de trabajo más flexibles y aportaciones mínimas a la Seguridad Social. Ello explica que, desde dentro, desde la ordenación de cada Estado, se orienten las actuaciones legislativas a revisar y reducir el estatuto social de aplicación.

Cambian las características del trabajo requerido: ni la empresa es el “lugar” por excelencia de realización del trabajo, ni el proceso productivo se desarrolla en su integridad en su seno (en la fábrica), ya que en la externalización y descentralización de dicho proceso se encuentra un importante filón para hacer más rentables las inversiones de capital, obligando a las empresas descentralizadas a soportar una “presión” en la que,

**LOS PROCESOS  
PRODUCTIVOS TIENDEN A  
INSTALARSE EN PAÍSES  
CON BAJOS COSTES  
SOCIALES, SALARIOS MÁS  
REDUCIDOS, CONDICIONES  
DE TRABAJO MÁS  
FLEXIBLES Y  
APORTACIONES MÍNIMAS A  
LA SEGURIDAD SOCIAL**

(15) Vid. J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing y relaciones laborales” en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., especialmente, pp. 256 y ss.

finalmente, son objeto de las consecuencias económicas que deriven de los resultados obtenidos por la empresa principal.

En un tercer orden de cosas, las innovaciones tecnológicas ya no se desarrollan dentro de la empresa y se amoldan a las exigencias del proceso de producción que tiene lugar en la misma, sino que contribuyen a “desmembrar” su concepto tradicional, permitiendo la subcontratación generalizada y la búsqueda de zonas geográficas que, por las características de su mano de obra, resulten más competitivas.

De ahí la emergencia y desarrollo progresivo de otras formas de trabajo, entre las que destacan aquellas que se desarrollan en el domicilio de quien presta el servicio o realiza la actividad, lo que ha permitido detectar un “nuevo trabajo a domicilio”<sup>16</sup>, así como nuevas formas que se agrupan bajo la noción del teletrabajo, formas de producción que presentan en común la huida del marco regulador que el Derecho del Trabajo representa<sup>17</sup>, de tal manera que todo el ropaje jurídico creado y desarrollado en torno a las relaciones de trabajo, por y según el lugar de trabajo, queda vacío de contenido<sup>18</sup>. El teletrabajo origina interrogantes<sup>19</sup> como el relativo a si el Derecho del Trabajo —así como se ha desarrollado en la primera etapa del garantismo y, ahora, en la de la flexibilidad— cuenta con suficientes recursos como para admitir innovaciones organizativas de este tipo, conservando la tutela y protección del trabajo, o si, por el contrario, debe adaptarse o ser radicalmente objeto de modificación<sup>20</sup>, existiendo práctica unanimidad en que el teletrabajo escapa a la rigidez normativa propia del trabajo fabril y reclama un tratamiento específico o diferenciado<sup>21</sup>.

En cuarto lugar, la dimensión de las empresas es objeto de un movimiento pendular aparentemente contradictorio<sup>22</sup>, pero observado detenidamente, se comprueba que, en realidad, no lo es. Al contrario, está perfectamente integrado y ligado recíprocamente. Hay, por una parte, un proceso de reducción de la dimensión de las empresas junto a otro de crecimiento y expansión, producido por efecto de las fusiones, absorciones e integraciones que ya sólo en el ámbito regional europeo ha alcanzado una importancia notable.

(16) R. GALLARDO MOYA, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio (de la máquina de hilar al ordenador)*, Madrid, *Ibidem*, 1998.

(17) Vid. con carácter general, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Teletrabajo” en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., pp. 761 y ss.; Igualmente, L. GAETA y P. PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, libro colectivo del que resulta muy ilustrativo el trabajo de L. GAETA, “La qualificazione del rapporto”, pp. 1-22.

(18) S. SIMITIS, “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, cit., pp. 615 y 616.

(19) Interrogantes, riesgos y nuevas oportunidades, como señalan F. PÉREZ DE LOS COBOS y J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Madrid, MTAS, 2001, pp. 25 y 26.

(20) L. ZOPPOLI, “La retribuzione” en L. GAETA y P. PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, cit., p. 113.

(21) J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, 2ª edic., Madrid, CES, 2001, p. 275.

(22) Como aprecia F. DURÁN, “Globalización y relaciones de trabajo”, *REDT*, 1998, núm. 92, p. 871.

## Globalización y transformaciones del Derecho del Trabajo

Comparativamente, la ampliación e integración de empresas provoca efectos de disminución de trabajadores ocupados. La reducción significativa de puestos de trabajo se lleva a cabo mediante los movimientos de fusión de empresas en los cuales los recursos humanos se encuentran perfectamente ajustados a necesidades estrictas, derivadas de mayores índices de competitividad. Y ese efecto se produce tanto en la industria como en el sector servicios ante la creciente expansión de la terciarización de la economía.

Los cambios operados debido a esa terciarización presentan repercusiones importantes en el empleo, ya que los avances tecnológicos exigen cada vez un mayor nivel de cualificación en la mano de obra que accede a los servicios.

Por último, el modelo económico de este nuevo capitalismo, capitalismo avanzado o capitalismo flexible, se sustenta desde el punto de vista de las pautas sociales sobre la idea de consumo. Todo el sistema se articula en torno a la necesidad del consumo como elemento imprescindible y motor del crecimiento de la economía. A su vez, para el consumo, la población requiere contar de forma indispensable con mayores medios económicos, lo cual produce una sujeción de los ámbitos de la vida personal, y familiar, al entero sistema económico. En una época de remercantilización, como la que se atraviesa en el momento actual, la única forma posible de individualización parece ser la del hombre consumidor. Después de haber agredido y desarticulado el espacio racional de la polis, el consumo construye una red de vidas ciudadanas sin historia, sin diferencias, sin centros de referencia y, por ello, sin lugares que ofrezcan seguridad e identidad duraderas<sup>23</sup>.

### 4. GLOBALIZACIÓN Y CONDUCTAS LABORALES

Los efectos de la globalización sobre la conformación jurídica de las relaciones de trabajo se han dejado sentir erosionando las perspectivas, hasta hace poco tiempo razonables, de contar con una vida laboral segura y estable. Dichas relaciones se han visto alteradas en su conformación tradicional, asistiéndose en la actualidad a un proceso de profundos cambios en pautas y conductas laborales tradicionales.

#### 4.1. Diversificación de la mano de obra: fragmentación del “tipo”

Es posible percibir una dualidad de la clase trabajadora provocada por una gran diversificación entre mano de obra cualificada y no cualificada. Todo el sistema de producción que no requiere de una mano de obra cualificada es objeto de movilidad y desplazamiento hacia países o zonas geográficas con características determinadas desde el punto de vista del desarrollo económico, en definitiva, hacia zonas que permitan reducir costes laborales. Este proceso intensifica la dual escisión entre trabajadores cualificados y no cualificados, al tiempo que deteriora las condiciones de trabajo y las posibilidades de promoción profesional de estos últimos, provocando situaciones de desempleo, marginalidad y pobreza.

(23) Sobre la estrecha relación entre los efectos del consumo y las transformaciones de los vínculos sociales, M. ILARDI, “Individuo e metropoli”, *Democrazia e Diritto*, 1989, núm. 4-5, pp. 57 y ss.

Por esa razón, los países industrializados no han sido ajenos a los efectos devastadores del paro masivo o de la precarización del empleo, así como de la supresión de ciertos servicios sociales, sin olvidar el proceso de privatización de espacios y recursos, tradicionalmente objeto de publicación. De ahí que en estos países, la globalización, sin duda, haya permitido ciertas mejoras y crecimiento económico, pero también ha traído consigo un incremento de la pobreza, mayores niveles de desigualdad social y pervivencia de la marginación social.

La globalización, en sentido contrario, abre perspectivas diferentes en materia de empleo, las cuales reconducen a nuevas formas de trabajo, especialmente, de trabajo cualificado. Los trabajadores no cualificados, quedan “excluidos” de las nuevas formas de empleo, no pueden ocupar los nuevos puestos que se generan ante la falta de formación<sup>24</sup>. El perfil del trabajador a quien se ofertan los puestos más relevantes, de último momento, responde al de un trabajador, especializado, cualificado, con experiencia, por una parte, pero con capacidad de aprendizaje también, de recualificación y readaptación profesional, en una carrera profesional cambiante que cada vez le exige mayores dosis de disponibilidad para el trabajo (disponibilidad horaria, formativa, etc.) que condiciona directamente su vida personal. Esos mayores niveles de disponibilidad para el trabajo, como es conocido, han dado lugar a una renovada reflexión sobre el clásico, pero, no por ello menos necesario en el momento actual, debate sobre el tiempo de trabajo<sup>25</sup>.

#### 4.2. Modos de producción y tiempo de trabajo

Las formas de trabajo fordista procuraban la realización de un trabajo que, desde el punto de vista del tiempo, podría calificarse de “rutinario”. La fábrica, como centro inamovible donde se realiza el trabajo, ha dado lugar a una cierta forma de esclavitud del tiempo, ya que el trabajador se veía sujeto a unos horarios preestablecidos y de carácter rígido. Las nuevas formas del modelo económico presentan, sin embargo, una tendencia abierta a los cambios, a formas ágiles de trabajo, a una mayor libertad horaria, etc., que, sin embargo y paradójicamente, no por ello han dejado de convertir al individuo en un “esclavo del tiempo”.

Cuando en 1776 Adam SMITH publica *La riqueza de las naciones*, aparece como el gran defensor del nuevo modelo económico capitalista. Sin embargo, el propio SMITH admite que la división de tareas condena a los individuos a la monotonía y rutina en el trabajo, la cual se puede volver autodestructiva y proporcionar cierto descontrol sobre el tiempo de

(24) Vid. P. THUY, E. HANSEN, y D. PRICE, *El servicio público de empleo en un mercado cambiante*, Madrid, MTAS, 2001, especialmente, pp. 46 y ss. donde se efectúa una valoración del reciente Informe de la OIT, *Trabajo Decente*, Memoria del Director General en la 87ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, 1999.

(25) La consideración del tiempo de trabajo integrado en la vida del trabajador exige conciliar tiempos tan dispares, pero, entrelazados entre sí, como son los tiempos de trabajo, tiempo para la formación, para el ocio y para la vida personal y familiar. Véase la interesante armonización que en este sentido pretende lanzarse desde el conocido Informe del Grupo de Madrid, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Trabajo en Europa* (Coord. A. SUPLOT), edición española, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, especialmente, pp. 115-147.

trabajo. Dado que el trabajador no controla su trabajo, sino que se convierte en un individuo que reproduce invariablemente una misma tarea ordenada por otro, la división del trabajo puede contener en sí misma la amenaza de la destrucción del potencial humano de la fuerza de trabajo<sup>26</sup>.

El pensamiento taylorista, por su parte, procedería a la configuración de un trabajador rutinario e identificado exclusivamente con su propio puesto de trabajo y la función encomendada, sin capacidad para la comprensión del conjunto de la empresa, y del cual sólo se requería el cumplimiento con eficiencia de su trabajo<sup>27</sup>. La obsesión de TAYLOR por el tiempo le condujo a opciones de cuantificación del mismo hasta décimas de segundo, pero la aplicación de tales sistemas de control y de configuración de la relación de trabajo, basada en una realización rutinaria del mismo, sólo era aplicable a trabajadores manuales que trabajaban en el taller, por lo que cualquier actividad intelectual relacionada con el ámbito de las decisiones empresariales era alejada del mismo<sup>28</sup>. Sin duda, los experimentos de TAYLOR, no ya sobre conductas, sino sobre rendimiento del trabajador, hacían emerger un individuo robot que debía limitarse, como en la actualidad haría cualquier instrumento producto de las transformaciones tecnológicas, a la realización de movimientos calculados milimétricamente en razón del tiempo invertido.

El paso siguiente lo constituiría la constatación de que este modo de trabajar sólo podía arrojar un balance altamente negativo sobre la productividad del trabajador, al excluirle de cualquier forma de identificación con la fábrica como tal, convertido en una especie de cobaya objeto de experimentos medibles y cuantificables. En consecuencia, se estimula al empleador a proporcionar a sus trabajadores un trato más humano con el fin de propiciar una mayor integración, es decir, una mayor dosis de implicación y rendimiento en la fábrica. La medida del tiempo por la empresa ya no constituye un elemento de fijación unilateral por el empresario, sino en la que participan las organizaciones sindicales, dejando entrever sus reivindicaciones y su capacidad de negociación en un aspecto tan importante como éste en el conjunto de las

**SE PRODUCE UNA  
DUALIDAD DE LA CLASE  
TRABAJADORA: MANO DE  
OBRA NO CUALIFICADA  
EXCLUIDA DE LAS NUEVAS  
FORMAS DE EMPLEO ANTE  
FALTA DE FORMACIÓN Y,  
MANO DE OBRA  
CUALIFICADA CON  
CAPACIDAD DE  
APRENDIZAJE A LA QUE SE  
OFERTAN LOS PUESTOS  
MÁS RELEVANTES**

(26) A. SMITH, *La riqueza de las naciones*, (Ed. de C. RODRÍGUEZ BRAUN), Madrid, Alianza, 1994, pp. 115 y ss.

(27) Postulados que arrancan desde la obra célebre de F. W. TAYLOR, "Los principios de la dirección científica" del año 1909, vid. su *Management científico*, Madrid, Oikos-Taurus, 1970.

(28) J. RIFKIN, *El final del trabajo*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 27 y ss.

relaciones de trabajo. Movimientos de este tipo se observan en todas las modificaciones recientes de las distintas legislaciones nacionales en lo que a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo se refiere. Una mayor presencia de las partes sociales en su determinación y distribución y, en consecuencia, una mayor presencia de la cooperación de las organizaciones sindicales en su manejo y control.

En las formas iniciales del capitalismo industrial se producía una identificación entre tiempo de realización del trabajo y tiempo del trabajador, ya que éste se encontraba sujeto a la distribución de tareas y actividades que el empresario organizaba en la fábrica. Comparativamente, en el capitalismo flexible, el trabajador percibe una diferencia entre el tiempo del empleador y su propio tiempo. La escisión entre trabajo y vida particular del trabajador se ha consumado.

En realidad, los nuevos modos de producción han creado un aumento del “trabajo invisible” para los trabajadores, inmersos en unos niveles de competencia cada vez mayor, la cual exige niveles más altos de formación y readaptación que, por lo demás, tiene lugar fuera de los horarios oficiales de trabajo. Por ello, el tiempo de trabajo efectivo en la sociedad postindustrial no corresponde exactamente con el tiempo de su duración real<sup>29</sup>.

La organización del tiempo de trabajo ha pasado a convertirse en uno de los elementos más significativos del actual sistema de relaciones de trabajo: una diferente concepción, organización y distribución de la jornada laboral, la extensión de los sistemas de horario flexible, el aumento de fórmulas de disponibilidad horaria, la rotación de turnos, etc. Esta configuración más abierta de posibilidades parece a primera vista un sistema más personalizado y alejado de la organización rutinaria del trabajo en la fábrica, pero no es así.

El gran auge del horario flexible corre paralelo al proceso de integración de la mujer en el mercado de trabajo, integración que, en sus inicios, se acompañaba de unos horarios flexibles que le permitieran alternar el trabajo con las responsabilidades familiares. En términos mucho más actuales, no sólo el trabajo a tiempo parcial, sino también a jornada completa, se ha ido acompañando de horarios flexibles que con el paso del tiempo afectan tanto a la población trabajadora femenina como masculina. El trabajo en el domicilio ha recuperado importancia cuantitativa y cualitativamente, de manera especial, por las innovaciones tecnológicas y el desarrollo de redes internas de comunicación que permiten la realización de ciertos trabajos sin necesidad de “acudir” a un centro de trabajo específico.

Pero no hay que llamarse a engaño, el horario flexible puede suponer una recompensa, pero, sin duda, está sometido a estrictos controles. El trabajo a domicilio, ante el temor a convertirse en un supuesto de dispersión de la dirección por parte del poder empresa-

(29) D. MOTHÉ, “Le mythe du temps libéré”, *Esprit*, 1994, p. 52.

rial, ha ido progresivamente siendo objeto de múltiples sistemas de dirección y rendimiento, ya sea por medios electrónicos, ya por otras vías, de tal modo que lo único que controla el trabajador es el lugar de trabajo, pero en modo alguno el proceso de trabajo. No obstante, hay que precisar que, aun en el momento actual, el horario flexible continúa siendo más un privilegio de trabajadores cualificados que un derecho del trabajador en general.

Con todo, la rebelión contra las rigideces de un horario fijo de trabajo y de un tiempo “que esclaviza el individuo al trabajo” puede generar una libertad ficticia. Puede llegar a creerse que la flexibilización del tiempo de trabajo constituye una liberación respecto al pasado, pero sin embargo, ese tiempo continúa estando sujeto a controles, a una nueva vigilancia vertical. El tiempo de la flexibilidad constituye “el tiempo de un nuevo poder”, porque la flexibilidad engendra una apariencia de desorden, pero “no libera de las restricciones”<sup>30</sup>.

El miedo a perder el control del tiempo guarda mucha relación con las posibilidades que el sistema económico-social permite sobre su manejo. Una política de no intervención puede poner en peligro las más elementales condiciones de vida de los trabajadores, contribuyendo aun más a la debilitación de los vínculos sociales. Es preciso considerar el tiempo no exclusivamente como tiempo de trabajo, en la medida del intercambio trabajo por salario, sino como experiencia subjetiva en relación con el tiempo de la vida del trabajador<sup>31</sup>. En Europa, la Directiva 93/104, en sus prescripciones sobre salud y seguridad en el trabajo, apuesta por una individualización del tiempo de trabajo al establecer la necesidad de poner en práctica el principio general de la adecuación del trabajo al hombre<sup>32</sup>.

### 4.3. El estatuto profesional: de la previsibilidad de una carrera profesional a los itinerarios inciertos

Se ha señalado que en la actualidad la carrera profesional del trabajador puede llegar a sintetizarse bajo la expresión “nada a largo plazo” y ese “nada a largo plazo” es el principio que corroe la confianza, la lealtad y el compromiso mutuos en una sociedad abierta<sup>33</sup>. La carrera tradicional del trabajador que se orientaba sobre una o, como mucho, dos titulaciones o niveles de formación a lo largo de su vida, se ve sometida a oscilaciones con mucha frecuencia: la precariedad del empleo, la contratación temporal, el cambio frecuente de empresa y tipo de trabajo provocan una secuencia en el estatuto profesional del trabajador que no siempre está inspirado por la auténtica progresión de su carrera

(30) R. SENNETT, *La corrosión del carácter...*, cit., el entrecomillado en p. 61.

(31) Trabajar menos, mejor y de otra manera es una de las muchas propuestas que sobre reducción del tiempo de trabajo plantea, A. GORZ, *Metamorfosis del trabajo*, Madrid, Ed. Sistema, Colecc. Politeia, 1997, pp. 245 y ss.

(32) Vid. la larga exposición que sobre el control individual y colectivo de los tiempos de ocio, de formación y de trabajo efectúa el Informe SUPIOT, especialmente, pp. 136 y ss., bajo el título “Del tiempo de trabajo al tiempo del trabajador”.

(33) R. SENNETT, *La corrosión del carácter...*, cit., p. 22.

profesional, sino que se ve condicionada por la necesidad de ocupar otros puestos que no siempre llevan aparejada una mejora, desde el punto de vista de su formación.

Hay un debilitamiento de la progresión en la carrera profesional como consecuencia de los múltiples cambios de empleo. Esta no consolidación de una carrera es la que conduce a la “nada a largo plazo”, al consolidarse la tendencia a renunciar total o parcialmente a asegurar la continuidad en el ejercicio de una misma profesión. La fuerza de trabajo se ha vuelto contingente en la medida en que los puestos de trabajo se sustituyen cuando lo requieren nuevos proyectos y nuevas actividades de la empresa<sup>34</sup>.

Los nuevos mercados de bienes y servicios orientados hacia el consumo y al consumidor se vuelven excesivamente dinámicos, de modo que hay un constante cambio de actividades, lanzamiento de nuevos productos, impulso de nuevos proyectos de trabajo, etc., que ha dejado en desuso el viejo modelo de realizar las cosas del mismo modo de forma permanente. Y esto, sin duda, presenta importantes repercusiones en la progresión profesional del trabajador.

Hay un capital impaciente y ávido de un rendimiento inminente y para ello se demandan cambios institucionales rápidos. Las formas institucionales, incluyendo las jurídicas, cambian vertiginosamente a medida que la economía lo requiere. La contratación a tiempo parcial, por reconducir el discurso a las modalidades de contratación de trabajadores, casi es la estrella en este firmamento de cambio permanente, adaptándola a una y mil variaciones que demanda el mercado. Aparecen nuevas formas de contratación que apenas si perviven dos o tres años a la vista del resultado económico obtenido a través de ellas, se prorrogan, se alteran y adaptan o, simplemente, desaparecen. En otros órdenes, especialmente, en el de la protección social, se asiste a un proceso vertiginoso de cambios que tanto inciden sobre la financiación del sistema de Seguridad Social, como en la configuración de su estructura, alterando los regímenes existentes y el sistema de prestaciones, no ya sólo en su cuantía, sino en los requisitos de acceso y disfrute de las mismas. ¿Qué hay de permanente en todo este movimiento? Resulta verdaderamente difícil dilucidar un orden a largo plazo y si lo hubiera, todo el desarrollo del sistema parece que tiende a hacerlo desaparecer.

La dificultad del momento actual radica en adquirir una visión del estado profesional de las personas susceptible de superar el compromiso contractual inherente al trabajo asalariado, para comprender la totalidad de las diferentes formas de trabajo experimentadas a lo largo de la vida laboral. Esta propuesta ha sido vertida en el debate francés de los años noventa, por medio de la noción del “contrato de actividad”, idea formulada inicial-

(34) Partiendo de los efectos de las nuevas tecnologías en el empleo, hay opiniones que advierten contra el deterioro que supone la disminución progresiva del trabajo, el sometimiento de los trabajadores a episodios prolongados de inactividad y plantean cómo reemplazar el tradicional “sentido de la vida” en centenares de miles de personas formadas por la ética del trabajo en la sociedad industrializada, G. MAZZETTI, “Per un lavoro non mercificato”, *Democrazia e Diritto*, 1990, pp. 235 y ss.

mente en el Informe BOISSONNAT<sup>35</sup> y, posteriormente, desarrollada con profusión<sup>36</sup>. En la ampliación de esa propuesta no han faltado voces que la han llevado hasta sus últimas consecuencias, señalando que el *contract of work* debe ser concebido como categoría que comprenda no sólo el tradicional contrato de trabajo subordinado, con todas sus variaciones, sino también aquellos acuerdos o pactos contractuales, más difusos, que se colocan por ahora fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo<sup>37</sup>.

En todo caso, esta propuesta que resalta la conveniencia de concebir las formas de trabajo más en lo que las une que en aquello que las separa<sup>38</sup>, pretende ir hacia un concepto expansivo de la noción de trabajo en el diseño de la carrera profesional o estatuto profesional del trabajador. No obstante, habría que dejar de manifiesto que dicho estatuto se construye no por la mera actividad, sino por la actividad impuesta mediante obligación, de naturaleza contractual o estatutaria y siempre sometida a un vínculo jurídico: para que una acción pueda calificarse como trabajo es condición necesaria y suficiente que un compromiso de actividad lleve aparejados efectos jurídicos.

El cumplimiento de una determinada edad supone, asimismo, un obstáculo para mantenerse o reincorporarse al mercado de trabajo. La vida empresarial se encuentra llena de prejuicios contra la edad del trabajador, contra la mayor edad y, con ello, consciente o inconscientemente, se está negando el valor de la experiencia profesional acumulada. La cultura empresarial del momento presente estima que existen determinados obstáculos en los trabajadores “maduros” que oscilan desde su mayor retracción a situaciones de riesgo, su mayor dificultad para asumir las innovaciones, la posible aparición de síntomas de disminución de rendimiento, etc., circunstancias todas ellas contrarias a las exigencias de un modelo de trabajo flexible. Pero tales prejuicios, en el fondo, esconden el planteamiento de otros objetivos, entre los que destacan su consideración

**LA REBELIÓN CONTRA  
LAS RIGIDEZES DE UN  
HORARIO FIJO DE TRABAJO  
Y DE UN TIEMPO QUE  
“ESCLAVIZA EL INDIVIDUO  
AL TRABAJO” GENERA UNA  
LIBERTAD FICTICIA, PUES-  
TO QUE ESE TIEMPO SIGUE  
SOMETIDO A CONTROLES**

(35) En el que se formulan una serie de propuestas sobre el futuro de las relaciones de trabajo hasta el año 2015, J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Editions Odile Jacob, La Documentation Française, 1995. Vid. también J.E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, 4<sup>a</sup> edic., París, Liaisons, 1995.

(36) Th. PRIESTLEY, “A propos du ‘contrat d’activité’”, *DS*, 1995, pp. 955 y ss.

(37) S. SIMITIS, “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, cit. p. 633.

(38) Como se advierte en el Informe SUPLOT, cit., p. 95.

como colectivo especialmente apto para los despidos ante estados de crisis en la empresa. El binomio flexibilidad=juventud, vejez=rigidez funciona mecánicamente y se extiende en el modelo occidental al igual que en el angloamericano. Asimismo, podría traerse a colación la inconveniencia que estos trabajadores proporcionan, ya que pueden resultar críticos ante ciertas decisiones de la empresa, sobre la base de su experiencia profesional. En la estrategia empresarial se da por sentado que los jóvenes resultan más maleables ante el riesgo y a la sumisión a las órdenes empresariales.

## 5. TRANSFORMACIONES VISIBLES EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La realidad hasta aquí expuesta ha provocado, sin duda, grandes transformaciones en el Derecho del Trabajo, al cambiar también de forma sustancial la realidad que el mismo regula<sup>39</sup>, combinando la intensificación del intercambio de bienes y servicios, el aumento de países productores y exportadores de mercancías de todo tipo, el incremento de las empresas y grupos de empresas transnacionales en la economía. Dicho proceso incorpora la mundialización de las acciones y estrategias de los actores económicos, así como la intensificación de la circulación de capitales orientada hacia la consecución de la maximización de niveles de rentabilidad.

La interacción entre el proceso de globalización o mundialización de la economía y el sector constituido por el ordenamiento jurídico laboral es fuente permanente de transformaciones y de cambios tan rápidos y vertiginosos que dicha interacción ha pasado a convertirse en fuente de preocupación, ante la difícil conformación de un sistema de control de los efectos de aquel proceso sobre las relaciones de trabajo; ello ha conducido a denunciar la “deconstrucción del Derecho del Trabajo”, al constatar que la “reorganización del trabajo comporta una desorganización del derecho del trabajo”<sup>40</sup>.

En los años sesenta el Derecho del Trabajo entra en la fábrica para convertirla en una institución social en la que los valores de participación y de democracia habrían de jugar un papel relevante en la definición de condiciones de trabajo. En aquel momento, el Derecho del Trabajo estaba impregnado de categorías autoasegurantes y garantistas construidas sobre un concepto subrepticamente negativo del mercado, en su sentido más economicista.

Sin embargo, la fábrica como tal unidad organizativa y de producción se ha transformado drásticamente, por lo que este sector del ordenamiento jurídico se ve abocado a experimentar sobre sí mismo cambios inexorables. En la actualidad, ha logrado establecerse entre nosotros una sutil predisposición hacia la “adoración del mercado”<sup>41</sup> y esa predis-

(39) Vid. A. BAYLOS GRAU, “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, CRL, 1999, núm. 15, pp. 29 y ss.

(40) S. SIMITIS, “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, cit., pp. 613 y 617, respectivamente, para las comillas.

(41) U. ROMAGNOLI, “Globalización y Derecho del Trabajo”, RDS, 1999, núm. 5, p. 11.

posición se aprecia, de una manera muy especial, en la actuación del poder legislativo, que reacciona con vehemencia ante la demanda insistente del mercado de trabajo, del mercado de bienes y de consumo.

La identificación del contrato de trabajo dependiente, a tiempo completo y por tiempo indefinido ha sido la figura típica del trabajo regulado por la ley, aplicado por la jurisprudencia y objeto de negociación por las organizaciones sindicales. Pero en este momento asistimos a un proceso de modificación del Derecho del Trabajo (del que aún es demasiado pronto para saber si será irreversible), el cual se manifiesta en la configuración de un sistema normativo que parece sobrevalorar la precariedad sobre la estabilidad, la flexibilidad, sobre la rigidez, el tratamiento diversificado de los sujetos sobre la igualdad u homogeneidad y, en otro orden de cosas, lo individual sobre lo colectivo<sup>42</sup>.

Las alteraciones más notables que cabe señalar en la configuración de los sistemas de relaciones laborales son las siguientes:

### 5.1. Alteraciones del ámbito subjetivo

El Derecho del Trabajo, por las transformaciones producidas en la composición de la clase trabajadora, ve cómo se operan cambios significativos en la base subjetiva que lo sustenta. El trabajador asalariado que trabaja de forma dependiente bajo las órdenes y directrices del empresario constituye sólo un tipo, pero no comprende toda la realidad de las relaciones asalariadas de prestación que se generan. La aparición de formas autónomas o semiautónomas, el denominado *lavoro parasubordinato*<sup>43</sup> se ha instalado como una posibilidad de extensión creciente entre las diversas formas de trabajo que se proponen; la emergencia de trabajadores cualificados en cuya relación de trabajo se combinan elementos que revelan su proximidad y grado de confianza con la empresa, pero al mismo tiempo también el carácter asalariado de esta relación, en la que por muy cualificado que se sea se vende el trabajo a cambio de un salario; la pluralidad y diversidad de formas de trabajo y los términos en que las relaciones asalariadas se desarrollan, admiten una heterogeneidad que hace difícil continuar sosteniendo esquemas jurídicos que en su momento se trazaron al servicio de una realidad económica diferente, basada en un modelo industrial fordista de relaciones de trabajo.

O se produce una ampliación y extensión del Derecho del Trabajo hacia estas otras relaciones o las mismas encontrarán cobijo bajo fórmulas civilistas o propias del Derecho mercantil desprovistas del régimen de tutelas y garantías que el ordenamiento jurídico-laboral ofrece.

(42) *Idem*, p. 13.

(43) En la composición del inicial debate italiano, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, Franco Angeli, 1979 y M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985. Entre nosotros, M<sup>a</sup>. M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo 'parasubordinado'", *RL*, 1991, T. II, pp. 135 y ss.

El Derecho del Trabajo para no ser víctima de sí mismo deberá afrontar el trazado de la línea de demarcación entre trabajo dependiente y trabajo autónomo, en constante y creciente proceso de difuminación, el trabajo precario que por su propia naturaleza constituye el trabajo a tiempo parcial u otras formas precarias de trabajo, pero, en particular y por lo que de novedoso representa, el trabajo realizado por los trabajadores autónomos con dificultades más que evidentes en cuanto a la protección de sus condiciones de trabajo y, añadidamente, de protección social<sup>44</sup>. No obstante, la idea que da sustrato al sistema de regulación ha de continuar siendo la protección de la situación de necesidad dentro del sistema socioeconómico establecido<sup>45</sup>.

Hay quien ve como fórmula de resolución de problemas, a fin de llevar a cabo esta integración o extensión subjetiva, que el Derecho del Trabajo se provea y se dote de instrumentos de flexibilidad, de capacidad de adaptación para estar a la altura de las exigencias de la nueva economía globalizada. Dicha opción comportaría una regulación mucho más flexible del tiempo de trabajo, medidas razonables de modificación y adaptación de las condiciones de trabajo, de movilidad funcional y geográfica de trabajadores y en otro orden, de adaptación de la plantilla de trabajadores a las oscilaciones de la coyuntura económica y productiva de la empresa<sup>46</sup>.

Esa operación de flexibilidad y adaptación, —sin duda, el Derecho del Trabajo está llamado a vivir en el nuevo ambiente de la flexibilidad<sup>47</sup>—, debe ir acompañada de una gestión compartida, de un control colectivo, particularmente, sindical, que examine las causas y circunstancias bajo las cuales determinadas relaciones entran dentro del ámbito del Derecho del Trabajo y cuáles son los contenidos susceptibles de flexibilizarse o de ser objeto de adaptación.

## 5.2. Alteraciones de los instrumentos normativos

No sólo deben cambiar los contenidos de regulación de las condiciones de trabajo. Se ha advertido, igualmente, que el momento actual de evolución de la economía demanda transformaciones igualmente en el ámbito de los instrumentos normativos propios del Derecho del Trabajo. Este tipo de propuestas no se reduce a sugerir cambios en los contenidos reguladores, sino que se acompaña de otras referidas a los instrumentos de regulación de las relaciones de trabajo. Una vez alcanzado este punto, el blanco de todas las miradas es la negociación colectiva. Su papel, su función tradicional como cauce de uni-

(44) Vid. A. JEAMMAUD, “Programa para que un devenir se convierta en un porvenir”, RL, 1999, núm. 19, pp. 1.378.

(45) J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización de las empresas y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales” en AAVV, *El empleador en el Derecho del Trabajo*, XVI Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 52 y ss.

(46) F. DURÁN LÓPEZ, “Globalización y relaciones laborales”, cit., p. 876.

(47) Así lo adelantó hace más de diez años M. D'ANTONA en AAVV, *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna* (a cura di M. D'ANTONA), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 11.

formización, de homogeneización de condiciones de trabajo y el convenio colectivo observado en su vertiente clásica de instrumento de mejora de las condiciones legalmente establecidas, son objeto de un duro juicio.

En su contra, se destacan efectos tan nocivos para el sistema económico actual como la reducción de la autonomía individual por parte del convenio a un mero papel marginal o anecdótico, sin contenidos divergentes de lo previsto por aquél. Y se proclama abiertamente la necesidad de recuperar el juego de la autonomía de la voluntad hasta el punto de ir más allá de la simple posibilidad de la mejora de condiciones pactada en convenio. Es decir, recuperar el contrato de trabajo como instrumento de diversificación de las relaciones de trabajo. La situación generada por la globalización –se concluye– reclama sistemas de determinación de condiciones de trabajo menos rígidos, adaptables a las exigencias específicas de la empresa.

Ha habido voces que incluso han reclamado la vuelta al contrato con las connotaciones y contenidos de una vuelta a la *locatio conductio operarum* previa a la escisión germánica del contrato de servicios y anterior al arrendamiento de servicios<sup>48</sup>, en un ansia de despojar al contrato de todo ropaje que le reste autonomía e independencia.

Ante esta especie de cuestionamiento de ciertos elementos conformadores del Derecho del Trabajo como disciplina científica que se sustenta sobre principios de protección de los intereses del trabajador frente a la posición de supremacía que el empresario ostenta en la relación de trabajo –dotándole de un carácter y función de equilibrio entre los intereses de las partes–, surge el interrogante de cómo es posible, ante un proceso de mundialización de las decisiones económicas y de organización a esa escala de los procesos de producción, reclamar la autonomía individual como elemento de “contrapeso”, de “contrapoder” que equilibre aquellos intereses en juego.

¿Qué poder ofrece la autonomía de la voluntad al trabajador para contrarrestar las decisiones económicas, empresariales y productivas que se toman a una escala que desborda no ya el ámbito de la empresa o sector, sino el marco del propio Estado en que se trabaja? Este tipo de interrogantes se suscita al observar la realidad de las relaciones de trabajo que es observada

**SE PRODUCE UN  
DEBILITAMIENTO DE LA  
PROGRESIÓN EN LA  
CARRERA PROFESIONAL  
COMO CONSECUENCIA DE  
LOS MÚLTIPLES CAMBIOS  
DE EMPLEO,  
CONSOLIDÁNDOSE LA  
TENDENCIA A RENUNCIAR  
A ASEGURAR  
LA CONTINUIDAD EN UNA  
MISMA PROFESIÓN**

(48) Como denuncia S. SIMITIS, “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, cit., p. 612.

desde el punto de vista de la protección de la posición del trabajador ante el sistema laboral pensado en su conjunto. En cambio, si el presupuesto de partida consiste en preservar la competitividad de las empresas (cuya existencia y ubicación en un determinado lugar es tan efímera como los movimientos de capital y los costes sociales lo permitan) y el punto de llegada es exactamente el mismo, conservar un sistema de relaciones de trabajo al servicio de las circunstancias relativas a la optimización de la producción en la empresa, entonces se comprende fácilmente el discurso de la individualidad que, en cualquier caso, sólo beneficia parcialmente a trabajadores de elevada cualificación y aún así no supone garantía de nada, en términos de conquista y consolidación de condiciones de trabajo.

Los cambios en los instrumentos normativos no quedan ahí; no se reducen a un redescubrimiento del individuo<sup>49</sup> para alcanzar, como ya se dijo, a la negociación colectiva, tanto en lo que concierne a su estructura como al convenio en cuanto a su función.

A los sistemas tradicionales de negociación colectiva se le achaca un defecto de rigidez en la ordenación de relaciones de trabajo, por lo que de ella se demanda una mayor adaptabilidad a las circunstancias específicas de la empresa, es decir, a las relacionadas con su competitividad, saneamiento, margen de beneficios, etc. En consecuencia, la negociación colectiva sectorial y territorial, por sí misma, por las unidades de negociación en que se mueve, resulta perturbadora para la nueva realidad globalizada, de modo que se propone la vuelta a la descentralización alcanzando a niveles empresariales o, incluso, de centro de trabajo, acompañado de un mayor juego de acuerdos y pactos colectivos. Sentado el diagnóstico anterior, la conclusión está servida: Se precisa una negociación colectiva más flexible y, por derivación, el convenio colectivo estará llamado a recuperar en gran medida su carácter contractual. Se reclama, por tanto, una negociación colectiva más sensible a las exigencias específicas de las empresas, en la cual el convenio colectivo “sea cada vez más un contrato, integrado en un proceso negociador adaptable y complejo, y menos una norma, estática y rígidamente integrada en la jerarquía de fuentes del Derecho del Trabajo”<sup>50</sup>.

Si mal se comprende la “revitalización” del contrato de trabajo, menos aun se entiende la llamada a la negociación colectiva descentralizada a niveles tan ínfimos como no ya sólo el representado por la empresa, sino parcelado ya al del centro de trabajo o franja. ¿Qué capacidad de respuesta a un sistema de producción diseñado a escala mundial se espera de un convenio colectivo de empresa o de centro de trabajo? ¿Qué cabe esperar, asimismo, de un acuerdo colectivo cuya naturaleza no es otra que la de un contrato y cuyo incumplimiento confiere a la otra parte la facultad de rescindirlo?

Mal puede un convenio colectivo de empresa representar una respuesta colectiva por parte de los trabajadores a los efectos de una economía globalizada. Es cierto que en este

(49) Con la afinada expresión de S. SIMITIS, “Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’ individuo”, DLRI, 1990, núm. 45, pp. 90 y ss.

(50) F. DURÁN LÓPEZ, “Globalización y relaciones laborales”, cit., p. 877.

ámbito las circunstancias específicas de la empresa son objeto de una atención particular y ante ellas se revela una sensibilidad que la negociación colectiva a gran escala desconoce. Pero el planteamiento de la descentralización por sí misma lleva en sí el veneno de la fragmentación, de la dispersión y de la desprotección de los intereses de los trabajadores, no sólo como trabajadores, partes de una relación laboral, sino como grupo social dependiente económicamente y cuyas necesidades requieren espacios mucho más amplios para su debida defensa y garantía.

Si el proceso económico y, en concreto, el proceso productivo ha ampliado sus dimensiones, también debe hacerlo la estrategia sindical conducente a la representación y defensa de los trabajadores. Por ello, la incipiente negociación colectiva europea presenta tanto significado, por la nueva orientación del modelo de relaciones colectivas que de él cabe esperar. Si bien, hay que decirlo, el ámbito europeo por sí solo ya resulta insuficiente y los más recientes planteamientos apuntan ya a una construcción de una serie de reglas internacionales que den respuesta al avance internacional del capital y de la economía<sup>51</sup>.

### 5.3. Alteraciones del modelo sindical

El sindicato, también objeto de alusiones y propuestas de renovación, en una economía globalizada se postula que debe pasar a desarrollar una función de “participación” y de “colaboración”: ésta es la conclusión más directa que en el ámbito de las relaciones colectivas se propone.

Una producción de calidad que permita soportar elevados niveles de competitividad casa mal con la confrontación, la oposición y el conflicto. Por el contrario, lo que se busca y se fomenta (desde todos los ángulos) es la negociación, el diálogo y el acuerdo, en la medida en que contrarrestan posiciones de ventaja de las que puedan disfrutar los empresarios.

La demonización del conflicto (que resulta, prácticamente, intolerable a la nueva realidad global) exige dosificar el rol del conflicto y el de la cooperación. A partir de esta visión, se encuentran proposiciones como aquéllas en las que se afirma que es mejor “un paso atrás negociado” que “un paso atrás unilateralmente impuesto”<sup>52</sup>. Ésa es la tesitura en que frecuentemente se mueven las coordenadas actuales de las innovaciones empresariales.

Por otra parte, la intervención de la Administración en las relaciones de trabajo es observada con recelo. Pero esta desconfianza admite una doble orientación: la de quienes demandan mayores espacios de autonomía para que los intereses en juego no se vean

(51) Ésa es la propuesta que formula A. JEAMMAUD, “Les droits du travail à l’épreuve de la mondialisation”, *Le Droit Ouvrier*, 1998, pp. 240 y ss.

(52) A. CROUCH, “Un commento al saggio di Simitis”, *GDLRI*, 1997, núm. 76, p. 648.

constreñidos por un imperativo heterogéneo que de forma categórica determina el modo y contenido de la resolución de controversias; la de quienes, bajo otros análisis, proponen la supresión de toda intervención en cuanto presencia tutelar, mediante el reclamo a la necesidad de un mayor protagonismo de las partes sociales, en la medida en que conocen mejor la realidad del sistema de relaciones de trabajo, las circunstancias de la producción, etc., por lo que ellas son las que pueden proporcionar los acuerdos adecuados. Esta última opción, en realidad, parece estar proponiendo la desaparición del papel tutelar de la Administración en su función equilibradora de intereses contrapuestos.

Es cierto que empresarios y trabajadores cuentan con su propia capacidad de decisión para establecer y gestionar sus recíprocas relaciones, pero la dependencia económica del grupo al que el sindicato representa y la dependencia económica de la que el propio sindicato es sujeto portador mediante el interés tutelado vuelve a ponerse de manifiesto en la mesa de las negociaciones y en el momento de la adopción de los acuerdos. Por ello, el apoyo equilibrador y compensador por parte de la Administración es cuestión que en un Estado social en que se promueve el valor igualdad no puede eliminarse ni proscribirse por completo, antes al contrario, debe velar por la remoción de aquellos obstáculos que impiden la superación hacia mayores cotas de igualdad social entre ambos grupos sociales, incluso, en el ámbito de la negociación y de los acuerdos susceptibles de alcanzar.

Se habla insistentemente de potenciar los mecanismos de colaboración y los de participación para contribuir con ello a alcanzar mayores niveles de competitividad de las empresas. Se ha llegado a afirmar que la participación “mejora la eficiencia industrial”<sup>53</sup> y ello porque reduce el grado de oposición de los trabajadores en muchos aspectos: a las innovaciones tecnológicas, a la movilidad, etc., obteniéndose una mano de obra más satisfecha y, por tanto, más eficiente.

Pero ésa no es la función del sindicato. Sin duda, que en la medida que ello sea posible, el sindicato deberá convenir en lo que supongan mejoras desde el punto de vista del desarrollo de la producción y la rentabilidad de la empresa. Pero la función del sindicato no ha sido ni es ni puede ser la contribución a la defensa de la competitividad de la empresa. El sindicato está llamado a tutelar los intereses de los trabajadores en cuanto grupo social determinado y ante los nuevos perfiles que presenta el capitalismo avanzado —en el que la mano de obra es móvil, cambiante, susceptible de reducción, desplazamiento o supresión para acudir a otro lugar con otros trabajadores y desplegando actividades más rentables y competitivas—, la función del sindicato no puede reducirse a poner los medios necesarios (incluso, renunciando a la exteriorización del conflicto) para proporcionar mayores niveles de producción y riqueza empresarial.

No sería una buena estrategia sindical entrar de lleno en la cultura del consenso, del diálogo y de la negociación sin tomar conciencia de la magnitud de una opción como la

(53) M. POOLE, *Hacia una democracia industrial*, Madrid, MTSS, 1996, p. 66.

renuncia a la exteriorización del conflicto, como forma de renunciar a la exteriorización del disenso. El diálogo entre los actores sociales debe ser capaz de alcanzar un orden consensuado, frente al azar y a los avances del mercado global, y desde la posición de las organizaciones sindicales debe reconstruirse el papel del trabajo no sólo como elemento instrumental de la economía o de los avances tecnológicos, sino como instrumento de valor e identidad social<sup>54</sup>.

La cultura del consenso emerge en un momento en que el Derecho del Trabajo se encuentra muy apegado al empleo y el movimiento sindical también. En los años de aguda crisis económica a finales del siglo XX, el objetivo de la acción sindical se situó y se centró excesivamente en la creación o conservación del empleo y ello favoreció prácticas de diálogo y concertación para la salida de la crisis y desde luego una contención de las tendencias antagonistas y reivindicativas que mal se avenía con la búsqueda de incentivos a la creación de empleo: la exigencia de prácticas de colaboración, la necesidad de encontrar fórmulas de encuentro entre sacrificios impuestos a la clase trabajadora y los esfuerzos pedidos a la parte empresarial son el balance de una época de crisis que exalta el valor del consenso como fórmula irremediable para salvar el sistema.

Uno de los objetivos prioritarios del sindicato en el momento actual consiste en reorganizar sus estrategias para ofrecer una respuesta articulada a una economía que se mueve en un plano supranacional y, probablemente, hasta ahí deba llevar su acción y su función de tutela.

Y la mera alegación de la falta de uniformidad en la base de la representación no es argumento que se pueda sostener como elemento que resta legitimidad a la acción del sindicato. Esa realidad lo que supone, precisamente, es que la acción del sindicato debe integrar la diversidad de intereses, pero que por muy diversos que sean pertenecen a aquel conjunto de la población que depende para subsistir de una relación de trabajo. Al sindicato, en la actualidad, se le presenta por parte de algunos sectores de opinión como una organización autónoma alejada, cuando no contraria, a la ponderación de las exigencias de representación de los trabajadores, atendiendo a la situación real de los mismos en el sistema productivo, a la diversidad de situaciones y de formas de trabajo.

**SE PROCLAMA LA  
NECESIDAD DE RECUPERAR  
EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA  
DE LA VOLUNTAD,  
EL CONTRATO DE TRABAJO  
EN DEFECTO DEL  
CONVENIO COLECTIVO,  
COMO INSTRUMENTO DE  
DIVERSIFICACIÓN DE LAS  
RELACIONES DE TRABAJO  
EN ARAS A SISTEMAS  
MENOS RÍGIDOS Y  
ADAPTABLES A LAS  
NECESIDADES DE LA  
EMPRESA**

(54) A. TOURAINE, *Crítica de la modernidad*, Madrid, Temas de hoy, 1993, pp. 42 y ss.

El argumento adyacente de la no coincidencia, cuando no, enfrentamiento entre intereses sindicales e intereses de los trabajadores es absolutamente perverso. Ése es un problema que de forma mejor o peor se ha ido resolviendo con técnicas de representatividad, que tienen defectos, desde luego, pero que han facilitado la articulación de los intereses de los trabajadores, como clase, como grupo social determinado y ha permitido adoptar acuerdos, en ocasiones, conducentes a operaciones legislativas concretas, que sin ese grado de articulación de intereses colectivos vía sindical habrían perecido en el olvido o en el descuido.

## 6. INCERTIDUMBRES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Aparece en el horizonte una especie de “universalización” tanto de problemas como de soluciones para este movimiento en el cual sería conveniente alimentar la potenciación de instrumentos que vayan más allá de los derechos nacionales y donde, al menos en un primer momento, se vislumbra una posible contribución decisiva de la OIT, como institución encaminada a desarrollar un derecho común social, protector de los derechos de los trabajadores en un ámbito como el que requiere el proceso económico al que se asiste en la actualidad. Sin duda, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de junio de 1998 no ha venido a crear derechos de novedosa regulación, pero refleja el compromiso de los Gobiernos, asociaciones empresariales y organizaciones sindicales para avanzar en la efectividad y extensión de los derechos sociales, relegitimando la función de dicha organización internacional en el impulso de los derechos fundamentales, al facilitar vías para un presión política y una coerción moral sobre aquellos Estados que manifiestamente incumplen el acervo de la OIT<sup>55</sup>.

En el área europea, los más recientes Tratados de la Unión anuncian el inminente fin de los nacionalismos propios del constitucionalismo de Europa para ir hacia la construcción de una ciudadanía, cuyo estatuto jurídico habrá de ser diferente de aquella otra ciudadanía de la edad industrial donde el trabajo constituía el valor hegemónico de la sociedad<sup>56</sup>. La mejora y enriquecimiento del potencial humano, el desarrollo de proyectos de auto-desarrollo idóneos para el fortalecimiento de la personalidad individual, así como la capacidad de formación habrán de constituir valores sociales importantes a los que no puede ser ajeno el sistema de relaciones de trabajo a establecer. Todo ello sin olvidar el problema de integración que planea sobre la Unión Europea en relación con el progresivo crecimiento de la población inmigrante procedente de terceros Estados, mayormen-

(55) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “OIT, derechos humanos y libertad sindical”, RL, 1999, núm. 1, pp. 5 y 6.

(56) Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M<sup>a</sup>. E. CASAS BAAMONDE, “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, RL, 1995, núm. 12, pp. 5 y ss. Asimismo y en relación con los múltiples interrogantes que suscita el desarrollo de los aspectos sociales dentro de la Unión, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, M<sup>a</sup>. E. CASAS BAAMONDE y F. VALDÉS DAL-RÉ, “Las incertidumbres de lo social en el Mercado único”, RL, 1993, núm. 1 y J. GALIANA MORENO, “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, REDT, 1998, núm. 88.

## Globalización y transformaciones del Derecho del Trabajo

te expuesta, si no se adoptan medidas eficaces, a desplazarse a situaciones vulnerables y de desarraigo, con la consiguiente emergencia de focos potenciales o reales de conflicto social<sup>57</sup>.

Aún se desconoce cuál ha de ser la vía o cuáles han de ser las vías por las que deba discurrir el Derecho del Trabajo en este período de tránsito de la identidad nacional hacia otro modelo que se corresponde más con lo universal que con lo particular.

Es cierto que nuestra sociedad no conoce el Derecho del Trabajo, entendido como un derecho universal sin fronteras. Existe una multitud de “Derechos del Trabajo” en el seno de los diversos ordenamientos de cada Estado, con diferencias muy sustanciales en cuanto a la función de la ley y de la negociación colectiva, en definitiva, sobre los modos de producción de las reglas jurídicas que rigen el trabajo. Las mismas diferencias caracterizan la ordenación de los modos o sistemas de protección social<sup>58</sup>.

Ante ello, los esfuerzos de integración normativa que se vienen realizando a escala regional constituyen un primer paso hacia la creación de reglas jurídicas internacionales que garanticen un estatuto mínimo a las personas que venden su fuerza de trabajo a cambio de un salario, y donde cabe esperar que la Organización Internacional de Trabajo llegue a desarrollar una importante contribución al respecto.

En cualquier caso, el Derecho del Trabajo está llamado a intervenir jugando un papel absolutamente relevante en la conservación de una determinada ética de los negocios y siempre y en todo caso ante la presencia de actos lesivos del bien protegido, los derechos del ciudadano, en cuanto trabajador<sup>59</sup>.

La pretensión de conservar a ultranza un modelo de relaciones de trabajo basado y anclado en valores y estructuras sociales que se han modificado profundamente está, en cualquier caso, llamada al fracaso. Globalización de la economía y trabajo desnacionalizado son dos conceptos que habrán de permanecer en el futuro próximo estrechamente interrelacionados.

(57) J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, “El nuevo estatuto jurídico del ciudadano extranjero: análisis y valoración de la reforma de la LO 4/2000” en AAVV, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social* (J. L. MONEREO y C. MOLINA, Dir.), Granada, Comares, 2001, p. 17 y, asimismo, J. L. MONEREO PÉREZ, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

(58) Sobre las dificultades de ir hacia un modelo supranacional a partir de estas dificultades, A. JEAMMAUD, “Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation”, cit., pp. 240 y 241.

(59) Observado desde una perspectiva global, el moderno Derecho del Trabajo continúa ubicado en su escenario de origen y sus estructuras normativas, en lo esencial, también siguen desarrollando idénticas funciones, F. VALDÉS DAL-RÉ, “Itinerarios del Derecho del Trabajo: del trabajador como contratante débil al trabajador como titular de derechos”, RL, 2001, núm. 4, p. 2.

Sin duda, mientras trabajo y situación de dependencia no sean objeto de separación, el Derecho del Trabajo “será un elemento constitutivo de todo sistema jurídico”, U. ROMAGNOLI, “Globalización y Derecho del Trabajo”, cit., p. 14 y el entrecorrido en p. 19.



# Acoso moral en el trabajo o *mobbing*. Las acciones judiciales de su víctima

EVA HERNÁNDEZ VELASCO

Abogado  
Despacho Alemany Abogados

## Sumario:

**1. Introducción. 2. Concepto de acoso moral en el trabajo o *mobbing*. 3. El *mobbing* en el momento presente.** A) Alternativas legales: reconocimiento del daño e indemnización. a) Modalidad procesal de tutela de los derechos contra la libertad sindical y otros derechos fundamentales. b) Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por incumplimiento grave del empresario o por modificación sustancial en menoscabo de su dignidad. c) Demanda por accidente de trabajo en procesos de Seguridad Social. B) Análisis jurisprudencial sobre el *mobbing*. **4. Propuestas futuras: hacia una respuesta social y jurídica. 5. Conclusiones finales. 6. Consideraciones prácticas.**

## 1. INTRODUCCIÓN

Cada vez es más frecuente el debate sobre el acoso laboral o presión psicológica en el trabajo. En los últimos tiempos, la sociedad está comenzando a tener conciencia de este problema social que afecta a un gran número de empleados del mapa español<sup>1</sup> y del mundo entero, por cuanto, según informes y estudios existentes sobre la materia, serían ya más de 13 millones de trabajadores a nivel mundial los que padecerían este síndrome de

(1) El carácter especialmente inquietante de lo que podríamos calificar como “problema social” se desprende de las cifras (sobre un total de 21.500 entrevistas) contenidas en las Conclusiones de la III Encuesta Europea de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo 2000, Fundación auspiciada por la Comunidad Europea y dirigida por Pascal PAOLI; en dicho estudio se estima que cerca del 6 por ciento de la población asalariada de España, 750.000 trabajadores aproximadamente, padece estas prácticas persecutorias y degradantes. Sin embargo, un año más tarde, a partir del estudio promovido por el profesor Iñaki PIÑUEL de la Universidad de Alcalá de Henares, se encuestó que el número de trabajadores era en torno a un 11,5 por ciento, lo que significaría que más de 1.400.000 españoles son actualmente víctimas de este fenómeno.

“acoso moral”<sup>2</sup>. Con independencia de la exactitud de los datos, es evidente que la relevancia del problema es indudable.

Podría parecer contradictorio que este fenómeno adquiriera plena fuerza en el siglo XXI, cuando gran número de empresas está desarrollando formas participadas de gestión que significan una mayor implicación de los trabajadores en el proceso productivo frente a las anquilosadas técnicas de estructuras muy jerarquizadas y de dirección autoritaria<sup>3</sup>. Y es que, realmente, la presión laboral siempre ha existido, pero se ha empezado a “popularizar” por el hecho de que muchos casos hayan llegado a los Tribunales a partir de supuestos que, en su mayoría, se corresponden con conflictos en el seno de la organización pública, siendo la Administración pública (concretamente, las universidades, hospitales, ayuntamientos), donde es más frecuente este fenómeno<sup>4</sup>.

El objeto de este artículo no es sino analizar: (i) qué es exactamente el *mobbing* (ya que la “presión laboral” no siempre es constitutiva de acoso moral); (ii) cuál es su tratamiento social y, especialmente, jurídico actual (se plantean algunos mecanismos para contenerlo); (iii) propuestas para el futuro (alternativas posibles, desde el punto de vista legal, para combatir el *mobbing*, atendiendo a las alternativas planteadas en otros países de nuestro entorno); (iv) conclusiones finales (resumen de los epígrafes anteriores) y (v) consideraciones prácticas (a modo de recomendaciones para aquellas personas que son víctimas del *mobbing*).

## 2. CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO O *MOBBING*

Con carácter previo conviene aclarar qué se entiende por acoso moral en el trabajo o *mobbing*.

Actualmente se conoce por *mobbing*<sup>5</sup> (en terminología inglesa, viene de *to mob*, significa asaltar y agredir a un grupo de animales o a otros de la misma especie o también la acep-

(2) La III Encuesta Europea de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo 2000; adicionalmente, revela el carácter generalizado del problema en el continente europeo, donde hay una representación del 9 por ciento de la población trabajadora. Para un análisis más exhaustivo de las cifras Vid., M.F. HIRIGROYEN, *El acoso moral en el trabajo, distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, 2001 e I. PIÑUEL, *Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Terrae, Santander, 2001.

(3) Vid., C. MOLINA NAVARRETE, “La tutela frente a la ‘violencia moral’ en los lugares de trabajo: en prevención e indemnización”, *Aranzadi Social*, núm. 18, enero de 2002, pág. 1. Este autor se expresa en igual sentido, al manifestar que aunque la tendencia en nuestros tiempos sea la búsqueda de la llamada “dinámica evolutiva” (de implicación o participación de los trabajadores en la empresa), versus una huida de la “dinámica regresiva involucionista” (de multiplicación de conductas organizativas propias de un contexto autorizado y fuertemente jerarquizado); lo cierto es que este siglo frecuentemente está evolucionando más hacia fórmulas pasadas, “en pro” de la dinámica regresiva.

(4) Efectivamente, en la III Encuesta Europea de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo 2000, se comprobó que es la Administración pública, con el 13 por ciento de los empleados (funcionarios del Estado, la gran mayoría), la que recoge el mayor número de situaciones de acoso moral en el trabajo.

(5) Vid. H. LEYMANN, *Mobbing persecution au travail* (“Acoso moral, la persecución en el trabajo”). Dicha fuente en [www.leymann.se](http://www.leymann.se).

ción, menos extendida en nuestro país, bullying<sup>6</sup> palabra usada más frecuentemente en Estados Unidos) aquella “presión que sufre un trabajador en su empresa con ocasión de la violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) con la finalidad de que dicho empleado acabe abandonando el lugar de trabajo”<sup>7</sup>.

Ahora bien, para que la citada “presión” fuese calificada técnicamente como “acoso” no bastaría que tuviese como causa directa exclusivamente el desempeño del trabajo o que fuese fruto del estrés laboral, elemento muy presente en la sociedad en que vivimos; el origen habría que buscarlo en las relaciones interpersonales que se establecen en el seno de la empresa. La delimitación de la frontera entre lo que constituye el acoso laboral, con sus síntomas, y la presión propia del desarrollo o ejercicio de la profesión, no es fácil.

No obstante, cabría que diferenciarlo de otros tipos de acoso que ya han sido reconocidos por nuestros jueces y tribunales, como son:

– El agotamiento psíquico o burn-out<sup>8</sup>, en castellano “estar quemado”, que es un tipo muy característico de estrés que se da en aquellos profesionales (profesores, personal sanitario, asistentes sociales, etc.) que realizan su trabajo en contacto con otras personas que, por sus características, son sujetos de ayuda, y que surge al ver el profesional defraudadas sus expectativas por verse imposibilitado de modificar la situación laboral y de poder poner en práctica sus ideas con respecto a cómo debe ser realizado su trabajo. En este caso, la presión la sufre el trabajador con los clientes y usuarios de la empresa en la que trabaja, a diferencia del *mobbing*, que se da entre compañeros de trabajo, superiores o de igual grado, o con el dueño de la empresa.

– El acoso sexual cuya finalidad es la de obtener favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, a diferencia del

**LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA LO DEFINEN COMO LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA SUFRIDA POR EL TRABAJADOR POR PARTE DE SU EMPRESA, DE FORMA HABITUAL Y CONTINUADA Y CON ÁNIMO DE QUE ABANDONE SU PUESTO DE TRABAJO**

(6) Vid. A. A. NEIL CRAWFORD, *Bullying at work: how to comfort and overcome it* (“Acoso moral en el trabajo: cómo enfrentarlo y superarlo”). Esta fuente en [www.mobbing.un/bibliografia](http://www.mobbing.un/bibliografia).

(7) Estas características constitutivas del acoso moral se extraen de la primera definición que hizo de este fenómeno en la década de los ochenta quien fuese el principal estudioso del “psicoterror laboral”, el profesor alemán residente en Suecia, HEINZ LEYMMANN.

(8) Vid., al respecto ob. cit., C. MOLINA NAVARRETE, *La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: en prevención e indemnización*, pág. 18; quien distingue entre el síndrome de estrés laboral “ambiental” (acoso moral) y el síndrome de estrés laboral “asistencial” o de desgaste profesional (burn-out).

mobbing que persigue hacer el vacío a la víctima, provocando así su humillación y el definitivo alejamiento del lugar de trabajo.

De manera meramente orientativa y no exhaustiva, serían conductas indiciarias de la existencia de mobbing entre otras: “(i) los ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima, el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia de ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones; (ii) el ataque mediante aislamiento social; (iii) los ataques a la vida privada; (iv) las agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona; (v) los rumores: el criticar y difundir rumores contra esa persona”<sup>9</sup>. Adicionalmente, se ha comprobado que las personas sometidas a mobbing tienen síntomas psicossomáticos, de depresión, ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal, anhelonia (pérdida de la capacidad de disfrutar), insomnio, vómitos, pérdida de peso, síntomas de piel (acné, eccemas, soriasis)... llegando, incluso, al suicidio<sup>10</sup>.

Por tanto, a falta de una definición legal en nuestro Ordenamiento jurídico del acoso psicológico en el trabajo, atendiendo a la abundante doctrina científica y a la jurisprudencia más relevante de la materia, podríamos sintetizar cuáles son sus características básicas:

- La **habitualidad**; la víctima es acosada de manera sistemática y no ocasional, aproximadamente una vez por semana y durante un período de, al menos, seis meses.
- El **animus desestabilizador**; se pretende dañar emocionalmente al trabajador a fin de anularle o eliminarlo del lugar de trabajo que ocupa en la empresa, consiguiendo incluso que el citado abandone voluntariamente su puesto de trabajo.

Una vez hemos delimitado qué se entiende por mobbing, las conductas y repercusiones típicas de dicha presión, los rasgos o requisitos sustanciales al concepto, debemos indicar que atendiendo a quién sea el acosador, la doctrina científica<sup>11</sup> viene diferenciando las siguientes modalidades de acoso psicológico:

- **Bossing** (también llamado “acoso institucional”): los comportamientos hostiles e intimidatorios son realizados por el empresario o sus representantes legales.

(9) Según la doctrina especializada en esta materia, J. A. LÓPEZ y P. CAMPS como se expone en el Fundamento de Derecho segundo de la SJS núm. 2 de Pamplona de 24 de septiembre de 2001, en idéntico sentido a lo expresado en las del TSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 y de 18 de mayo de 2001. Vid. obra de los autores *Aspectos clínicos y prevención del psicoterror laboral*, Mapfre Medicina, 1999.

(10) Efectivamente, la situación de estrés prolongado puede conducir al suicidio. El profesor LEYMANN manifestó que entre un 10 por ciento y un 15 por ciento de los casos de suicidio en Suecia se deben a circunstancias personales; asimismo, véanse los síntomas que el doctor explica dentro de los siete grandes grupos de posibles consecuencias derivadas del acoso moral. Vid., op. cit. *Mobbing persecution au travail*. Análogamente el profesor de criminología de la UCM y del CEU, J. GARCÍA ANDRADE, en las jornadas desarrolladas en el colegio de médicos en el mes de febrero de 2002, denunció que el riesgo de suicidio derivado del mobbing “está aumentando considerablemente”.

(11) Vid. C. MOLINA NAVARRETE, *Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 23 de julio de 2001*. La Ley/Año XXII, núm. 5436, 10 de diciembre de 2001, pág. 13.

## Acoso moral en el trabajo o *mobbing*

- *Mobbing* vertical: la modalidad persecutoria u hostigadora es realizada por otros trabajadores, si bien sólo cuando exista una relación de jerarquía.
- *Mobbing* horizontal: cuando exista una relación paritaria, esto es, una relación entre compañeros o colegas.

### 3. EL *MOBBING* EN EL MOMENTO PRESENTE

#### A) Alternativas legales: reconocimiento del daño e indemnización

Si bien, de momento, la legislación española no define ni regula expresamente el acoso psicológico, entendemos que sí cuenta con algunos antecedentes en muchos preceptos de distintas normas de nuestro Ordenamiento jurídico. Así, con carácter meramente enunciativo que no limitativo, sirvan de ejemplo los siguientes:

(i) En la Constitución Española (en adelante, “CE”), la violencia psicológica en la organización del trabajo pertenecería a la esfera de los derechos fundamentales y libertades públicas; entre tales, el derecho a la dignidad personal (art. 10.1), a no sufrir discriminaciones (art. 14), a la integridad física y moral (art. 15), al honor en su faceta personal y profesional (art. 18), a la libertad de comunicación intersubjetiva y/o grupal (art. 20). Adicionalmente, si bien ya no como derechos fundamentales, quien acosase a otro psicológicamente en el trabajo estaría vulnerando el derecho al trabajo (art. 35) y a la salud (art. 45).

(ii) El Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo “ET”), en cuyo artículo 4.2 se establecen los derechos de los trabajadores; una conducta de *mobbing* sería contraria a muchos de los derechos reconocidos por esa norma. Sirvan de ejemplo, como derechos básicos del trabajador que se verían violados en caso de acoso, los siguientes: el derecho a la ocupación efectiva, el derecho a la integridad física y, el derecho al respeto a la intimidad y a la consideración debida.

Adicionalmente, este precepto tiene como complementos otros artículos correspondientes a la misma norma, cuales son:

El derecho del trabajador a que se salvaguarde su intimidad personal cuando se entrega copia básica de su contrato a los representantes de los trabajadores [art. 8.3.a)]; las salvaguardas legales cuando se practica un registro sobre la persona del trabajador, sus taquillas o efectos individuales (art. 18); los límites a las facultades del empresario de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3).

Asimismo, es frecuente que la conducta del empresario-agresor en un supuesto de *bossing* exceda de su poder de dirección al modificar alguna de las condiciones sustanciales del

empleado (jornada, horario, turnos, sistema de remuneración, de trabajo o rendimiento, de funciones<sup>12</sup>) sin seguir el procedimiento establecido en la norma (art. 41).

(iii) En la Ley General de la Seguridad Social (“LGSS”), el artículo 115 admite que se consideren accidentes de trabajo las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo.

(iv) En la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (“LPRL”) se define qué se entiende por “riesgo laboral” (“posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”), estableciéndose en el artículo 14, como obligación del empresario, la prevención de los riesgos laborales garantizando una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, adoptándose en el marco de sus responsabilidades cuantas medidas sean necesarias.

Ante la circunstancia de que se vulnerase cualesquiera de los derechos establecidos en los (i) o (ii), se diese la circunstancia del (iii) o el empresario incumpliese con la obligación del (iv), las alternativas que puede emprender el trabajador acosado pueden ser de diferente índole.

En primer lugar, el acosado se podría plantear ante qué orden jurisdiccional dirigir una eventual acción: (a) jurisdicción penal, en el supuesto de poder encuadrar el comportamiento del acosador como de delito; (b) social, especialidad esta en la que abundaremos; (c) civil, si se entablan acciones de responsabilidad extracontractual; o (d) contencioso-administrativo, si los problemas se plantean en el ámbito de las administraciones públicas. Adicionalmente, dicho empleado, víctima de acoso, podría también dirigirse a las autoridades u organismos públicos competentes en materia laboral y de seguridad social (vgr. la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otros) y denunciar la situación en que se encuentra.

En segundo lugar, y centrándonos exclusivamente en lo que es el objeto del presente artículo, esto es, en las posibles acciones judiciales en el orden social dentro de su ámbito reparador (dejamos, de un lado el ámbito preventivo y punitivo<sup>13</sup> del deber de protección eficaz de la salud integral del trabajador y de su consideración de ilícito administrativo y penal, respectivamente) podrían ser, atendiendo a las circunstancias del caso, las siguientes:

(12) Vid., B. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, “Mobbing o acoso moral en el lugar de trabajo (Comentario a la sentencia del TSJ de Navarra de 18 de mayo de 2001)”, *Relaciones laborales*, núm. 3, febrero 2002, pág. 55; quien refiriéndose a la movilidad funcional manifiesta las limitaciones que la norma exige para su práctica que deberá respetar, en todo caso, la dignidad del trabajador y cumplir con el procedimiento especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

(13) Vid., sobre la “guerra de órdenes jurisdiccionales” y el “ámbito preventivo”, ob. cit., C. MOLINA NAVARRETE, *La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: en prevención e indemnización*, págs. 12 a 17; sobre el ámbito punitivo M. J. BLANCO BAREA y J. LÓPEZ PARADA, *La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo*, *Diario la Ley*, 25 de marzo de 2002.

**a) Modalidad procesal de tutela de los derechos contra la libertad sindical y otros derechos fundamentales**

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 180 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, “LPL”), que regulan la modalidad procesal de tutela de los derechos contra la libertad sindical y otros derechos fundamentales, de reconocerse judicialmente la vulneración de un derecho fundamental, la consecuencia directa consistiría en que se repondría la situación de la víctima al momento anterior al daño, así como también tendría derecho a “la reparación de las consecuencias derivadas del acto incluida la indemnización de daños y perjuicios”. Así pues, en nuestro caso concreto y adhiriéndonos a la tesis del profesor MOLINA NAVARRETE consistente en que siempre que se dé una situación de acoso moral existirá un derecho fundamental lesionado<sup>14</sup>, para el caso de que la víctima interpusiese demanda por vulneración de derechos fundamentales (ya sea derecho a la integridad moral, al honor, a la intimidad, dignidad, etc.) con reconocimiento por los Tribunales de la vulneración del derecho fundamental agredido, las consecuencias serían: (i) la reposición del trabajador acosado a su situación anterior, junto con (ii) la correspondiente indemnización que el juez estime adecuada.

Ahora bien, determinadas demandas (vgr. la de despido) de acuerdo con la norma legal “se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”. En este sentido, existe abundante jurisprudencia en torno a la eventual compensación por daños de trabajador despedido, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000, Ar. 3121, en la que un trabajador despedido invocaba la vulneración de un derecho fundamental a partir del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales (ex art. 182 LPL) y solicitaba la correspondiente indemnización; sin embargo, en esta sentencia, no se reconoció al actor derecho a indemnización por inadecuación de procedimiento, al no haberlo tramitado a través de la modalidad procesal de despido (ex arts. 103 a 115 LPL), modalidad esta en la que, dicho sea, no se establece expresamente por la norma el

**EN LOS DESPIDOS CON VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCE COMO PROCESALMENTE CORRECTA LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES DE DESPIDO Y LA DE DAÑOS Y PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE ESA VIOLACIÓN**

(14) Vid., P. ARAMENDI, *Tipificación jurídica del acoso moral*, en Jornadas realizadas por UGT en Madrid, febrero 2002, pág. 11; quien coincide con la tesis del profesor C. MOLINA NAVARRETE consistente en que el acoso moral, en concreto, tiene un “carácter pluriofensivo”, en el sentido de que pueden verse afectados toda una serie de derechos fundamentales; P. ARAMENDI va no obstante más allá al precisar que, en todo caso, las víctimas de acoso moral habrán siempre visto vulnerado su derecho a la integridad (y no siempre el resto u otros derechos fundamentales).

derecho a ser indemnizado en un supuesto en el que se infrinjan derechos fundamentales<sup>15</sup>.

No obstante, se podría analizar aún alguna otra vía legal para que el trabajador despedido accediese a una indemnización por daños dentro del orden social, cual sería la posibilidad de acumular a la acción de despido otra acción independiente, la de daños y perjuicios; sin embargo y aunque *ex lege* esta alternativa chocaría frontalmente con el artículo 27 de la LPL que prohíbe la acumulación de acciones a los procesos de despido, recientemente la Doctrina Unificada del Tribunal Supremo se manifiesta a favor de la acumulación de acciones como expone la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001, Ar. 5931<sup>16</sup>, en la que ese Tribunal reconoce como **procesalmente correcta la acumulación de acciones (esto es, la acción de despido por vulneración de derechos fundamentales y la acción de daños y perjuicios derivados del mismo)**. En dicha sentencia se estima el recurso de casación por unificación de doctrina planteado por la parte actora, quien aportó como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 1992<sup>17</sup> en la que se admitió la acumulación de acciones, de tal manera que, junto con el reconocimiento de la nulidad del despido, se condena a la empresa a abonar una indemnización de 300.000 pesetas por daños morales.

Por tanto, en caso de despido con violación de derechos fundamentales, la vía procesal correcta sería plantear una demanda de despido y acumular una demanda por daños y perjuicios a causa de violación de derechos fundamentales. De esta manera, se tramitaría conforme a la acción de despido, gozando de las garantías propias de los derechos fundamentales, en cumplimiento, pues, de las exigencias constitucionales de preferencia y sumariedad (*ex art. 53 CE*)<sup>18</sup>. En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia de referencia (STS de 12 de junio de 2001) se resuelve esta controvertida cuestión, de la siguiente manera:

“(…) los derechos fundamentales y libertades a que nos estamos refiriendo (en este sentido, el Tribunal se refiere a aquellos derechos y libertades que gozan de las máximas garantías constitucionales y de la mayor protección jurídica que, en la normativa laboral, también tiene su propio exponente *ex art. 182 LPL*) no pueden quedar sin un procedi-

(15) En efecto, las consecuencias legales para el caso de despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación o que se produzca con violación de derechos fundamentales, será la calificación de nulidad y, por ende, la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo con el abono de los salarios dejados de percibir (*ex art. 55, aptdos. 5 y 6*).

(16) Vid., A. BLASCO PELLICER, “Despido nulo por violación de derechos fundamentales: el proceso de despido se aplica con las especialidades del proceso de tutela de la libertad sindical. (Comentario a la STS de 12 de junio de 2001)”, *Actualidad Laboral*, núm. 42, 12 al 18 de noviembre de 2001, págs. 4.088-4.091.

(17) A favor de la tesis de la compatibilidad o concurrencia de acciones, véase también STS de 9 de junio de 1993, Ar. 4553, y 23 de marzo de 2000, Ar. 5931, STSJ de Madrid de 31 de julio de 1992, Ar. 3755 y STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de octubre de 1993, Ar. 4469 y Auto del STC 897/1999, de 14 de diciembre.

(18) El artículo 53.2 de la CE dispone que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”; en el ámbito laboral en el artículo 181 LPL, se incluyó como procedimiento preferente y sumario, el de tutela de los derechos fundamentales.

miento ‘preferente y sumario’ para su tutela, ha de concluirse que el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos, debiendo entenderse desplazado el mandato del art. 27.2 de la Ley Procesal por el del art. 182. Entenderlo de otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto, que –no siendo el de despido– habría de ser el ordinario, que no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos. Esa interpretación, por otra parte, violentaría el mandato legal que remite, en estos casos, al proceso de despido (...)

Y a continuación, en ese mismo Fundamento, se expone lo que sería la base jurisprudencial de apoyo a la teoría acumulativa, consistente en que adicionalmente a las consecuencias propias del despido nulo, readmisión y salarios de tramitación, se unen las reparadoras por el daño o perjuicio causado de la violación, no de cualquier derecho sino, de un derecho que goza de una especial protección jurídica:

“(...) Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite (...)

### **b) Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por incumplimiento grave del empresario o por modificación sustancial en menoscabo de su dignidad**

Otra alternativa para pedir responsabilidad contractual frente al empleador que ha ejercido acoso moral o ha adoptado una postura pasiva frente al mismo, podría consistir en que en atención al artículo 50.1, apartados a) y c) del ET, el trabajador interpusiese una acción de extinción de su relación laboral con resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

La acción resolutoria prevista en el artículo 50 ET contempla la posibilidad de que el empleado extinga la relación con su empresa por incumplimiento empresarial grave y culpable de sus obligaciones legales (en lo que a nuestro caso interesa, aquellas obligaciones que consistirían en el mantenimiento de la integridad física y psíquica del trabajador, el desarrollo de la relación conforme a la buena fe, lealtad, etc.) o por modificación sustancial de condiciones de trabajo con menoscabo de la dignidad del trabajador, con derecho en tales casos a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente (45 días al año con el límite máximo de 42 mensualidades). En este sentido, surge aquí la duda de la posibilidad de compatibilizar esta indemnización legalmente tasada con una indemnización específicamente dirigida a resarcir los daños producidos como consecuencia del hostigamiento sufrido. La jurisprudencia no ha sido unánime sobre este extremo; así algunos de los pronunciamientos más relevantes han sido:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997, Ar. 3047<sup>19</sup>, expresiva del criterio de compensación exclusiva de un perjuicio contractual laboral mediante la normativa labo-

(19) Vid. comentario sobre esta sentencia por R. GIL ALBURQUERQUE, “La Reclamación de compensación por daños ocasionados por el empleador en el ámbito de la relación laboral. Especial consideración del acoso moral”, en Jornadas realizadas por UGT en Madrid, febrero 2002, págs. 3-8.

ral específica, lo que significa que la indemnización que se derivaría de la acción resolutoria sería exclusivamente la del despido improcedente.

En dicha sentencia el trabajador extinguió su relación laboral al amparo del art. 50 ET y al estimar la indemnización legalmente tasada como insuficiente, formuló una nueva demanda al amparo del art. 1101 del Código Civil; resuelve el Tribunal desestimando dicha demanda en defensa de la exclusividad de la indemnización laboral respecto a otra indemnización “civil” por los mismo hechos. Así, en los Fundamentos de Derecho cuarto y quinto de esta sentencia, se dice:

“(…) El referido incumplimiento litigioso (alude al incumplimiento grave y culpable del empresario, por razón del cual el empleado extingue su relación laboral con el mismo, ex art. 50 ET, con derecho a la indemnización –laboral, que no civil– establecida en dicho precepto), que es único, de la prestación derivada de una relación contractual –salvo prevención expresa de la Ley– no puede generar una doble indemnización: una, en la esfera general del derecho civil y otra, en la particular y especial del derecho del trabajo. La causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el Estatuto de los Trabajadores, a esta norma habrá de estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales (...).

(…) El trabajador demandante pudo, a tenor del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores –en solución igual al artículo 1124 del Código Civil– reclamar el cumplimiento en especie de la obligación o pedir la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. Si en el ejercicio de este derecho optativo, el perjudicado por el incumplimiento de la obligación optó por la resolución del contrato de trabajo e indemnización, ésta ha de ser fijada conforme la normativa reguladora de la relación laboral, y como el Estatuto de los Trabajadores contiene una norma específica –artículo 50– para regular estas situaciones de incumplimiento, la misma ha de ser aplicada sin que sea lícito acudir a preceptos correspondientes a otros sectores jurídicos para alargar indebidamente el cauce indemnizatorio, sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento (...).”

No obstante, de conformidad con el criterio expuesto anteriormente (STS de 12 de junio de 2001) sobre la licitud de acumulación de acciones, entendemos que razonablemente podría deducirse también que, **junto a la extinción al amparo del artículo 50 ET basada en vulneración de los derechos fundamentales, se podría adicionar una indemnización adicional a la legalmente tasada.** En este sentido, la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid núm. 31, de 15 de octubre de 2001 (Proced. 591/2001) resuelve un supuesto de una empleada que considera que la han discriminado por ejercer su derecho a maternidad (derecho fundamental), razón por la cual insta la extinción de su contrato al amparo del artículo 50 ET (con la indemnización tasada de 45 días, que sería la indemnización que le correspondería a un trabajador común en caso de despido declarado

improcedente) y solicita de manera acumulada una indemnización adicional por daños materiales y morales. El juez de lo social estima que existió tal discriminación y, por ende, junto con la indemnización legal de 45 días le reconoce una compensación adicional de 5.899.000 pesetas.

A la vista de lo anteriormente expuesto, podemos decir que en ningún modo son pues, cuestiones de fácil tratamiento, tanto en el plano sustancial el definir la existencia o no de acoso moral, como en el adjetivo o derivado consistente en concretar si hay derecho a indemnización y, en su caso, determinar el *quantum* indemnizatorio. Con relación a la cuantía indemnizatoria, sin entrar a analizar con carácter exhaustivo este tema por no ser el objeto del presente artículo, baste decir que sería fundamental, en primer lugar, probar la existencia del daño causado<sup>20</sup> para, a continuación, proceder a hacer una estimación objetiva del importe económico adecuado para compensarlo.

### c) Demanda por accidente de trabajo en procesos de Seguridad Social

En las demandas planteadas en materia de Seguridad Social contra el empresario y consignándose *ex lege*, por mandato legal del artículo 141 de la LPL, el nombre de la entidad gestora o de la Mutua<sup>21</sup> es posible alegar el acoso moral como causa de dicha contingencia profesional.

En este sentido, existe doctrina judicial que ha considerado las **enfermedades psíquicas como accidente de trabajo, partiéndose por tanto de una interpretación amplia del artículo 115 de la LGSS, sobre el concepto de accidente de trabajo**; dichas resoluciones judiciales se basan en los siguientes principios: (i) concepto amplio de lesión corporal para extenderlo a la lesión psíquica; (ii) relación de causalidad demostrada

**PARTIÉNDOSE DE UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 115 LGSS, EXISTE DOCTRINA JUDICIAL QUE HA CONSIDERADO A LAS ENFERMEDADES PSÍQUICAS COMO TALES ACCIDENTES**

(20) Vid., el catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Jaén, C. MOLINA NAVARRETE, denuncia la “concepción miserabilista” que en cierto modo existe en nuestros jueces en la cuantificación de la indemnización por daños (a diferencia de otros órdenes, civil, contencioso-administrativo, por regla general más generosos) y diferencia entre los daños (i) materiales o patrimoniales (lesión del estatuto profesional del trabajador-vulneración de la dignidad profesional) y los (ii) personales, con dos subtipos: (a) daños a la salud o biológicos (lesión de la salud psicofísica y relacional del trabajador-vulneración del derecho a la integridad psicofísica) y (b) daños morales (lesión de la personalidad moral o dimensión espiritual de la persona como valor primario-vulneración de la dignidad de la persona en su dimensión del derecho a la integridad moral) en ob. cit. *La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: en prevención e indemnización*, pág. 21.

(21) Vid., según parte de la doctrina científica y pese al dictado legal, M. ALONSO OLEA y C. MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 1995, pág. 253, manifiestan que en supuesto ordinario son cuatro los demandados en procesos de accidente de trabajo: (i) empresario; (ii) la entidad gestora (mutua o el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–); (iii) el propio INSS y (iv) la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

a través de unos hechos y dictámenes técnicos y (iii) la presunción de laboralidad de dicha lesión<sup>22</sup>.

Entre otras<sup>23</sup>, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de noviembre de 1999, Ar. 4214<sup>24</sup>, en cuyos Antecedentes de Hecho se describe el caso de un trabajador con “síndrome de desgaste personal o burn-out” (según diagnóstico de especialista en psiquiatría), lo que le ha ocasionado una baja laboral, existiendo clara relación de causalidad (el Tribunal la califica, como “directa y exclusiva”), derivada del medio laboral (centro especial de trabajadores minusválidos). En el Fundamento de Derecho único de la misma se establece:

“(…) Sin embargo, el art. 115.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social considera accidente de trabajo la enfermedad no incluida en el artículo siguiente (que define la enfermedad profesional y se remite al cuadro que se ha mencionado) que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

El inatacado relato de hechos probados señala que el trabajador posee una personalidad perfeccionista y obsesiva, lo cual no constituye una enfermedad, pero ésta ha surgido al estar el demandante en contacto con personas con las que trabaja, cuyas mermas psíquicas han originado en aquél un desgaste anímico determinante de la incapacidad temporal. Por lo tanto, se ha acreditado la naturaleza del padecimiento y su conexión directa y exclusiva con la prestación laboral, por lo que resulta clara la aplicación al caso de los preceptos citados y la consideración de la incapacidad temporal como accidente laboral (...)”

## B) Análisis jurisprudencial sobre el *mobbing*

Atendiendo a todo lo expresado, de manera sumaria y aunque aún son pocos los pronunciamientos existentes (si bien hay una clara tendencia a la progresión ascendente), a continuación se exponen todas aquellas sentencias del orden social que hemos considerado que son especialmente representativas del fenómeno de referencia y en las que, en primer lugar, se manifiesta la existencia o no de *mobbing* y, en caso afirmativo, se establecen las consecuencias derivadas del mismo.

(22) Vid. M. VELÁZQUEZ, “La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o *mobbing*”, en Jornadas organizadas por UGT en Madrid, febrero 2002, pág. 19.

(23) Asimismo, STS de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 30 de septiembre de 1997, Ar. 2978 y del País Vasco de 7 de octubre de 1997, Ar. 3163. Vid. comentarios de J. LUJÁN ALCARAZ, “Sobre la noción de accidente de trabajo, a propósito de la imprudencia temeraria y del intento de suicidio (Comentario a la STSJ de Castilla y León, Valladolid, 30 septiembre 1997)”, *Aranzadi Social*, Vol. III, año 1997, págs. 2.566-2.569 y A. V. SEMPÈRE NAVARRO “El accidente de trabajo y el amplio concepto de ‘lesión’ (Comentario a la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 1997)” *Aranzadi Social*, Vol. III, año 1997, págs. 2.586-2.589.

(24) Vid. E. SEMPÈRE NAVARRO, “El estrés laboral como accidente de trabajo (Comentario a la STSJ del País Vasco del 2 de noviembre de 1999)”, *Aranzadi Social*, Vol. IV, págs. 2.773-2.775.

## Acoso moral en el trabajo o *mobbing*

Cabe precisar que, a efectos de una mayor claridad expositiva, hemos agrupado las sentencias atendiendo a cuál ha sido el procedimiento escogido por el acosado ante los Tribunales, en congruencia con la sistemática seguida en el epígrafe anterior.

Atendiendo a la jurisprudencia que reconoce la existencia de *mobbing* y declaran la vulneración de derechos fundamentales (vgr. art 10 CE-dignidad) y de los derechos de los trabajadores (art. 4 ET), destacamos las siguientes:

– Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001, del orden contencioso-administrativo, Ar. 8027: se desestima el recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Coria contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Extremadura.

El conflicto nace en el Ayuntamiento de Coria (Cáceres), donde un funcionario se siente vejado al estar sin hacer nada en un sótano, sin ventilación ni luz natural, después de que dos expedientes disciplinarios con suspensión de empleo y sueldo fueran rechazados por los Tribunales tras ser impugnados judicialmente por el actor. El Tribunal entiende que dichas actuaciones municipales constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigida contra el servidor público y que el proceso depresivo-reactivo que sufrió le ha causado daños que deben ser indemnizados. El Fallo de esta sentencia, se expresa en los siguientes términos:

“(…) contra las resoluciones descritas en el fundamento de derecho primero, las cuales anulamos; debiendo declarar y declarando el derecho del recurrente a que, por el Ayuntamiento de Coria, le sean abonadas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 750.000 (setecientos cincuenta mil) pesetas<sup>25</sup> más los intereses previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente sentencia hasta el abono de la correspondiente indemnización; pronunciamientos por los que habrá de estar y pasar la Administración demandada, y todo ello sin efectuar declaración alguna en cuanto a costas (...)”.

Interesa especialmente esta sentencia pues a fecha de los corrientes el Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo contencioso-administrativo<sup>26</sup>) únicamente ha dictado una sentencia en torno al concepto de *mobbing*; en dicha resolución, reconoce el derecho a la compensación en concepto de indemnización de daños y perjuicios por el trato vejatorio y, por ende, vulnerador de la integridad moral del funcionario que el Ayuntamiento le había dispensado durante meses.

– Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 25 de septiembre de 2001: se desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por la empresa

(25) Obsérvese en esta sentencia que el *petitum* de la demanda era una indemnización mucho mayor; el actor pedía una indemnización de 10 millones de pesetas que el Tribunal redujo a 750.000 ptas.

(26) Y es que, precisamente, como ya ha denunciado gran parte de la doctrina científica y de acuerdo con las encuestas hechas con relación a este fenómeno (*infra* nota pie página 4), es en las instituciones u organizaciones públicas donde mayor difusión tiene el fenómeno del *mobbing*. Vid., entre otros, J. L. GONZÁLEZ, *El síndrome del acoso institucional*, Diario médico, 18 de julio de 2000.

contra la Resolución de la Consellería de Empleo, Industria y Comercio, sobre Acta de Infracción.

En el Acta de Infracción, levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se sancionó a la empresa por falta muy grave, que ascendió a 3 millones de pesetas, al apreciar el Inspector de Trabajo *bossing* por parte de la empresa hacia dos de sus trabajadores. En concreto, amparándose en una disminución de la productividad, la empresa les obligó a realizar sus funciones en lugar cercano a la entrada prohibiéndoles el acceso a las dependencias donde se guardaban útiles necesarios en su trabajo (fotocopiadora, archivos, sistema informático).

El Tribunal entiende que esa actuación es discriminatoria y contraria a la consideración debida y a la dignidad de dichos empleados. Concretamente, en su Fundamento de Derecho séptimo, se dice:

“(...) las medidas que objetivamente suponen un asilamiento físico y necesariamente psicológico del resto de la empresa y de sus compañeros sí resultan relevantes (...) El necesario respeto de la dignidad del trabajador no puede permitir acciones como las acreditadas en el presente caso a través de un cúmulo de hechos expresados en el acta de infracción (...)”

En conclusión, la Sala de lo Contencioso-administrativo ratifica a partir de esta sentencia la resolución administrativa por la que se había sancionado a la empresa por falta muy grave, sobre la base de actuaciones empresariales consistentes en la persecución o acoso respecto a unos trabajadores contrarias al derecho a la intimidad y a la consideración y dignidad debidas.

En cuanto a aquellos supuestos en los que se enjuicia la procedencia de la **acción rescisoria planteada, por la que el trabajador solicita la extinción de su contrato de trabajo (art. 50 ET)**, calificándose la conducta del empleador como un supuesto de *mobbing*, sirvan las resoluciones que a continuación referimos:

– Sentencia del *Juzgado de lo Social de Pamplona* núm. 2: se estima la demanda interpuesta por la trabajadora contra la empresa.

La empresa demandada comunicó a la actora, mientras estaba de baja, una modificación sustancial en sus condiciones de trabajo que afectaba a su jornada y horario. Cuando se dio de alta le cambiaron su ubicación física en la empresa situándola frente a la pared; asimismo, venía recibiendo su nómina con retrasos injustificados desde hacía varios meses. Todos estos hechos hacen que, como se explica en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia:

“(...) haya repercutido muy negativamente en la salud de la demandante instaurándose por ello un estrés postraumático como reacción al acoso persistente, extremos estos constatados por el perito médico (...)”

## Acoso moral en el trabajo o *mobbing*

En consecuencia, en el Fallo de la sentencia el juez declara la existencia de acoso moral ante la clara presencia de un hostigamiento hacia la empleada y manifiesta el derecho de la demandante a percibir la indemnización derivada de la extinción que ascendía a casi 5 millones de pesetas (4.833.552 ptas., correspondiente a los 45 días de un despido improcedente).

– Sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2001: se desestima el recurso de suplicación de la empresa contra el trabajador.

El empleado había sido desacreditado en público, se le había retirado el mando e, incluso, la empresa había tratado que sus compañeros no le hablaran ni comieran con él; hubo períodos de tiempo que su lugar de trabajo fue situado al lado de los lavabos o debajo de una gotera.

Estos hechos son calificados por el Tribunal como constitutivos de una situación de acoso moral, que en su Fundamento de Derecho octavo define como:

“(…) el sometimiento al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de actos degradante que protege el artículo 15 de nuestra Constitución, así como el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, constituyendo sin duda causa justa para que el trabajador pueda ejercitar, entre otras, la oportuna acción rescisoria solicitando la extinción de su contrato de trabajo (...)”

En consecuencia, el Tribunal condena a la empresa a pagar 14,5 millones de pesetas (14.585.625 ptas., correspondientes a los 45 días de un despido improcedente).

– Sentencia del TSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001: se desestima el recurso de suplicación que plantea el trabajador frente a la empresa.

El trabajador recurrente realizaba tareas de técnico de resonancia magnética, encomendándosele que cumpliera sus mismas tareas en una máquina modelo anterior. Además, al igual que con el resto de la plantilla, se modifica el calendario laboral. A partir de ese momento se le da de baja por Incapacidad Temporal con diagnóstico de “stress y por síndrome ansioso depresivo reactivo”.

**LA SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2001 ES LA ÚNICA HASTA LA FECHA EN LA QUE EL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCE EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR EL ACOSO MORAL**

Ahora bien, coincide el Tribunal con la sentencia de instancia en lo manifestado en los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la misma, y es que:

“(…) no resulta factible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de estas potestades (véase los poderes de dirección y gerencia) pueda calificarse de acoso y ello obviamente sin perjuicio de las expuestas que desde la legalidad puedan obtenerse en contra de estas actuaciones antijurídicas (…)”

“(…) ninguno de los diagnósticos se acompaña de una pericial determinante de que las patologías descritas sean el resultado de hostigamiento en el trabajo (…)”

Por tanto, a diferencia de las resoluciones expuestas, en este caso el Tribunal estima, confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33, que el supuesto enjuiciado no encaja en la figura descrita como acoso moral.

Finalmente, en relación con aquellos procesos en los que la parte actora denuncia que se está ante un **supuesto del artículo 115 de la LGSS, por cuanto se trata de enfermedades contraídas por el trabajador a consecuencia de su trabajo** (derivadas, pues, exclusivamente, de la realización de su profesión), se han dictado, los siguientes pronunciamientos judiciales:

– Sentencia del TSJ de Navarra de 30 de abril de 2001, Ar. 1878: se desestima el recurso de suplicación que plantea la Mutua.

Se trata de un conflicto entre las limpiadoras de un colegio y el conserje que les agredía verbalmente y se dedicaba a ensuciar lo que ellas limpiaban; en una ocasión llegó a encerrarlas en el vestuario, lo que provocó en la demandante un episodio de ansiedad por el que causó la baja. En el parte médico constaba que la baja fue a causa de “Acoso físico y psíquico en el trabajo”.

En el Fundamento de Derecho cuarto, el Tribunal estima que se dio la necesaria relación de causalidad entre la situación laboral y el síndrome psíquico; en consecuencia, a dicha baja se le consideró accidente de trabajo, calificándose como acoso moral. Reproducimos fielmente parte de dicho Fundamento:

“(…) la enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, cuya conducta del conserje ha generado un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la actora, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su dignidad personal, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece (…)”

## Acoso moral en el trabajo o *mobbing*

– Sentencia del TSJ de Navarra de 18 de mayo de 2001,<sup>27</sup> Ar. 1821: se desestima el recurso de suplicación que plantea la Mutua.

Análogamente a la sentencia anterior, otra de las limpiadoras del colegio plantea demanda por los mismos hechos; en esta ocasión el diagnóstico del médico fue “crisis de angustia por acoso laboral” y “reacción mixta ansiedad-depresión”. Con idéntica fundamentación jurídica a la resolución de 30 de abril, ese mismo Tribunal consideró la baja laboral como un supuesto de *mobbing*.

– Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2001, Ar. 2602: se desestima el recurso de suplicación que plantea la Mutua, en relación con la sentencia dictada por el juzgado a favor de la demanda presentada por la viuda del empleado fallecido.

Tras evidenciar que el trabajador, como consecuencia de un cambio en el trabajo con degradación de sus funciones, de jefe de servicios pasó a controlar una máquina, siendo sus compañeros, a los que impartía órdenes, quienes le tuvieron que enseñar a utilizarla, se había sumido en una profunda depresión (el cuadro de diagnóstico revelaba “astenia, anorexia, pérdida de peso, cefaleas tensionales y sintomatología ansiosa generalizada”) que le condujo finalmente al suicidio; el Tribunal reconoce que dicho fallecimiento debe calificarse de accidente de trabajo al encontrar una plena relación causal entre el suicidio y trabajo. En el Fundamento de Derecho único de la sentencia, se establece:

“(…) aun cuando no es normal ni habitual que una depresión se etiquete como accidente de trabajo, lo que determina que por tal motivo no se acuda a la Mutua Patronal, sino que se soliciten los servicios sanitarios de la Seguridad Social y que el médico clasifique la enfermedad como derivada de enfermedad común, es lo cierto que ningún impedimento existe para determinar que una situación depresiva tenga su origen en una situación laboral específica, siendo necesario acudir a la casuística de cada caso en concreto y, por ello, han de analizarse todas las circunstancias concurrentes que llevaron a la enfermedad del trabajador y posteriormente a su suicidio (...) el fallecimiento del trabajador fue consecuencia directa de la gravísima depresión en que vivía sumido y ésta tuvo su origen e inicio en la decisión empresarial de cambiarle de puesto de trabajo, por lo que el nexo causal entre enfermedad (y suicidio) y el trabajo ha quedado plenamente establecido, sin que la Mutua recurrente haya aportado prueba alguna que desvirtuara o rompiera tal relación (...)”

Ahora bien, a esta sentencia se incorpora el voto particular del Magistrado D. Antonio García Rodríguez al que se adhiere el Magistrado D. Luis José Escudero Alonso, quienes exigen que esa relación de causalidad sea en “exclusiva”; esto es, el nexo entre la causa (accidente de trabajo-acoso moral en el trabajo) y el efecto (en este caso, el suicidio, aunque en la mayor parte de las ocasiones el efecto derivado consistirá en una baja por IT a consecuencia de ansiedad o cualesquiera de los síntomas del *mobbing*) debe ser único. Así, se establece que:

(27) Vid. ob. cit. el comentario a esta sentencia por B. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, “*Mobbing* o acoso moral en el lugar de trabajo (Comentario a la Sentencia del TSJ de Navarra de 18 de mayo de 2001)”, págs. 50-61.

“(…) si bien no puede descartarse totalmente que aquel estado del trabajador fallecido tuviese cierta relación con el trabajo, no hasta el punto de causar el fatal desenlace, ‘ex’ citado art. 115, punto 2 letra e) de la Ley General de la Seguridad Social (…)”

– Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2000, Ar. 208<sup>28</sup>: se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la viuda del fallecido contra la Mutua, TGSS y el INSS.

La patología descrita en los hechos de la sentencia explica que el trabajador era una persona insegura, “con una personalidad que le impedía tolerar las frustraciones sin dificultades, siendo propenso a asumir las culpas que él mismo se atribuía y viviendo con una gran ambivalencia su relación con el trabajo”, dichos rasgos se van acentuando progresivamente a lo largo de los años, más aún cuando la empresa le sanciona con falta leve por su actividad hostil frente a los cambios, en concreto frente a la descentralización de funciones, que el resto de los directivos fueron asumiendo y que venía realizándose gradualmente desde hacía casi ocho años.

La argumentación contenida en el Fundamento de Derecho octavo expone lo que será la base sustancial del fallo que hace el Tribunal, al declarar que no existió accidente de trabajo. En este sentido:

“(…) no niegan la relación directa del suicidio con la conflictividad laboral, si bien consideran que la causa determinante del mismo era su trastorno de personalidad (…)”

Una vez expuesta la jurisprudencia relativa al acoso moral (concretamente, la del orden social y contencioso-administrativo), podemos decir que, diseccionando las sentencias en la búsqueda de aquello que pudiese ser denominador común de todas ellas, nos atrevemos a proponer una definición legal del *mobbing*, que sería la siguiente:

“Modalidad de acoso que se da en el lugar de trabajo y que consiste en una evidente conducta hostigadora, que se prolonga en el tiempo de manera sistemática, por parte de una persona o grupo de personas, con intención de desestabilizar a otro compañero o empleado, lo que conduce a su víctima a sufrir ciertas alteraciones psíquicas como consecuencia exclusiva de dichas humillaciones o vejaciones.”

Asimismo, entendemos que las alternativas legales para combatir el acoso moral son diversas, habiéndose planteado ante los Tribunales solamente “fórmulas parciales” de lucha o *antimobbing*. Decimos que son “fórmulas parciales” porque pueden y deben ser “completadas” partiendo de la tesis que hemos estado defendiendo de la idoneidad procesal de acumular a la demanda principal la acción por indemnización de los daños y perjuicios causados, siempre que exista prueba de dichos daños por vulneración de derechos fundamentales.

(28) La argumentación contenida en esta sentencia coincide con el voto particular expuesto en relación con la sentencia del mismo Tribunal, STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2001, aunque extrañamente en dicho voto particular no se hace referencia alguna a la *ratio decidendi* de la Sentencia de noviembre de 2000, muy ilustrativa al respecto.

Y es que, en efecto, no obstante lo explicado, según hemos podido constatar del “barrido” jurisprudencial expuesto, lo cierto es que se están presentando demandas denunciando la existencia de acoso moral sin la merecida acumulación.

### 4. PROPUESTAS FUTURAS: HACIA UNA RESPUESTA SOCIAL Y JURÍDICA

El *mobbing* está progresivamente calando en nuestra sociedad; prueba de ello es el que cada vez son más frecuentes las acciones individuales y colectivas (podríamos hablar ya de una conciencia social) que denuncian este fenómeno. En este sentido, ya hemos expuesto en el epígrafe anterior algunos casos, en los que nuestros Tribunales reconocieron la existencia de *mobbing* y, en muchas ocasiones, con la oportuna indemnización compensatoria del daño causado.

No obstante, como es frecuente en el mundo jurídico que rara veces es coetáneo en su génesis con los hechos sociales que regula, esta realidad social aún no ha visto su correspondiente reflejo en una, ya demandada, regulación específica de esta modalidad de acoso. Ahora bien, sí ha suscitado una notable excitación social con una rápida respuesta, tanto desde el Parlamento europeo, como en España.

En Europa, el movimiento legislativo es cada vez mayor y, aunque la mayor parte de los países aún se encuentren en estado de gestación (Suiza, Dinamarca, Reino Unido, España, Bélgica e Italia), destaca el “polvorín” de creación legislativa que ha promovido el Parlamento europeo que, además, ya ha solicitado a la Comisión Europea un Libro Verde sobre el estudio del fenómeno del acoso moral. En concreto, en Francia se ha aprobado recientemente una Ley que tipifica el acoso moral como delito, de tal manera que los responsables podrán ser condenados a un año de prisión más una indemnización a la víctima; asimismo, Suecia cuenta ya con una regulación específica sobre esta cuestión desde 1993<sup>29</sup>.

En España, el Grupo Socialista en el Congreso ha presentado en el Congreso dos proposiciones de Ley, una de reforma del

**ANTE LA FALTA DE REGULACIÓN EXPRESA EN NUESTRA LEGISLACIÓN, EL PARLAMENTO EUROPEO HA SOLICITADO A LA COMISIÓN EUROPEA UN LIBRO VERDE SOBRE EL ESTUDIO DEL FENÓMENO DEL ACOSO MORAL**

(29) El país que más ha tratado este asunto desde el punto de vista legislativo es Suecia. En la norma que lo regula, de desarrollo de la Ley Básica de Prevención de Riesgos, se establecen dos principios: (i) Que el empresario debe planificar y organizar el trabajo para prevenir cuanto sea posible el posible riesgo de persecución psicológica en el trabajo; (ii) Que el empresario deberá manifestar de modo inequívoco que estas formas de persecución no van a ser en absoluto toleradas. Para más información y derecho comparado. Vid. ob. cit., M. VELÁZQUEZ, *La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing*, págs. 3 y 4.

Código Penal (se tipificaría el acoso penalmente) y otra de diversas leyes ordinarias<sup>30</sup>, entre ellas el Estatuto de los Trabajadores (se define el acoso moral), la Ley de Procedimiento Laboral (se refuerza la defensa procesal del acosado, al invertir la carga probatoria en contra del empresario cuando se deduzca la existencia de indicios acreditativos de un acoso moral y se obliga al órgano judicial el deber de fijar en la sentencia el importe de la indemnización por daños materiales y morales), la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (se conceptúa como objeto de la seguridad y salud en el trabajo, la garantía de la integridad física y psíquica de los trabajadores), la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (se considera un riesgo laboral que debe ser evitado y cuyo incumplimiento debe ser considerado una infracción muy grave), así como la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública.

Asimismo se está analizando la posibilidad de especializar al cuerpo de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social, de tal modo que exista personal específico que conozca estos supuestos. Adicionalmente, en coherencia con la renovación del riesgo profesional derivado del nuevo sistema preventivo, se prevé tener en cuenta el acoso moral en el esperado catálogo de enfermedades profesionales.

## 5. CONCLUSIONES FINALES

– En primer lugar, el **impacto social del mobbing es cada vez mayor**. Algunos de los casos empiezan a llegar a los Tribunales, lo cual populariza aún más el fenómeno. En muchos de ellos se ha reconocido la existencia de acoso moral como accidente de trabajo, pero en ocasiones se ha negado por cuanto, aun existiendo conflictos interpersonales, no eran constitutivos de acoso moral.

– En relación con lo anterior, **no todas las “presiones laborales” pueden calificarse como acoso moral**. No es acoso moral el estrés por trabajar, la competitividad empresarial, tener un mal día, discutir con un compañero, tener un jefe perfeccionista. El **mobbing** es una violencia psicológica que requiere de dos notas: (i) que se mantenga a lo largo del tiempo de forma recurrente (durante 6 meses y con una frecuencia al menos semanal) y (ii) que sea causal o intencional (a fin de reducir el desempeño de un trabajador para eliminarle de la empresa o anularle).

– Las **acciones legales del empleado acosado son diversas**. En el orden social, cabría la posibilidad de que se considerase causa de accidente de trabajo, de extinguir el contrato o continuar en el empleo con el restablecimiento de la situación previa al **mobbing**. Asimismo, el actor tendría derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se hubiesen podido producir.

(30) “Proposición de Ley de 23 de noviembre de 2001”, sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Serie B. Núm. 175-1.VII Legislatura-122/000157).

– Se diseñan por los países de la unión europea estrategias *antimobbing* comunes de futuro. Las iniciativas legislativas adoptadas recientemente en diversos países europeos son el fiel reflejo de este problema social y jurídico que, en España, está adquiriendo mucha fuerza.

### 6. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

No queremos cerrar este artículo sin una reflexión o apunte final dirigido, principalmente, a aquellos lectores que se hubiesen podido sentir identificados de alguna manera. Para todo ellos, aunque no existe ningún antídoto mágico que solucione el problema de manera universal, quizá las medidas más efectivas serán las que explicamos en este apartado.

Con carácter previo es importante tomar conciencia, a modo de principio básico o telón de fondo de lo que a continuación se aconseja, de que “el *mobbing* es un fenómeno social y no un caso exclusivo o personal”<sup>31</sup>. Por tanto, el acosado no es un *rara avis* sin solución, sino que, al contrario, las alternativas que tiene son muchas, que debe ordenar y analizar para así optar por aquel camino que intuya pueda ser la vía más corta y segura para salir del “laberinto”.

De esta manera, nuestras propuestas entre las que pudiesen existir, serán las siguientes:

– En primer lugar, comentar con sus compañeros y sus superiores su situación laboral, a fin de que le ayuden y, en su caso, la trasladen al responsable de la empresa. Si existiese un comité de empresa o delegados sindicales, hablarlo con ellos.

– En segundo lugar, acudir a un psicólogo o psiquiatra que facilite la ayuda necesaria. Si los síntomas fuesen muy agudos y persistentes, pedir la baja.

– Por último, y sin necesidad de dejar de acudir a la terapia de un psicólogo, acudir al Inspector de Trabajo a fin de que realice una investigación exhaustiva sobre el tema. En caso de conseguir un acta de infracción, utilizarla como presunción de veracidad ante una eventual demanda judicial.

– Si se decide llevar el asunto ante lo Tribunales, sería conveniente solicitar asesoramiento jurídico a fin de analizar las posibilidades de éxito y, en su caso, preparar la acción que sea más adecuada a la pretensión.

(31) Vid. CRUZ BLANCO, “Acoso laboral o agonía en el despido”, de las Jornadas sobre Acoso Moral en el trabajo organizadas por la Editorial Francis Lefebvre, febrero 2002, pág. 17.



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

**Consideración preliminar. 1. Configuración legal de las relaciones de trabajo. 2. Ley aplicable. 3. Ley y convenio colectivo. 4. Normas reglamentarias.** A) Reglamento y convenio colectivo. B) Ordenanzas laborales. C) Reglamento de régimen interior.

**5. Convenio colectivo.** A) Valor y criterios de interpretación del convenio colectivo.

B) Convenios colectivos extraestatutarios. C) Concurrencia de convenios.

**6. Interpretación de normas-principio pro operario. 7. Condición más beneficiosa.**

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-jurisprudencia* (marginales J 1770 a J 2626).

**1. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS RELACIONES DE TRABAJO**

Sobre la fuerza normativa de las disposiciones legales a la hora de determinar la existencia de una relación jurídica excluida del ámbito laboral se pronuncia la **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2001**, I.L. J 2095. La cuestión planteada en la litis versa sobre el despido de una trabajadora contratada por el Ministerio de Asuntos Exteriores para la impartición de clases y que ante la falta de llamamiento para su reanudación formula la correspondiente demanda accionando contra la extinción empresarial. La sentencia de instancia entendió la existencia del despido previa desestimación de, entre otras, la excepción de incompetencia de jurisdicción. La Sala estima el recurso y, en consecuencia, la incompetencia del orden jurisdiccional social al entender que la trabajadora no mantenía un vínculo de carácter laboral sino de carácter administrativo. El argumento esencial del pronunciamiento se basa en que es la existencia de una normativa con rango de ley (en el caso de autos la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas) la que determina la adscripción de una relación jurídica al área de la contratación administrativa con exclusión de la laboral, siendo irrelevante la naturaleza del servicio prestado.

## 2. LEY APLICABLE

Sobre las relaciones entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros y el Derecho Comunitario, y por lo que respecta a la ordenación de sus sistemas de seguridad social y en concreto sobre la competencia de los Estados miembros para organizar su Sistema de Seguridad Social y la obligación de respetar el Derecho Comunitario con ocasión del ejercicio de dicha competencia versa la **STJCE de 12 de junio de 2001**, I.L. J 2289. La sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán respecto del tratamiento que ha de darse al reintegro de los gastos de hospitalización ocasionados en otro Estado miembro diferente. Recordando jurisprudencia reiterada, el Tribunal entiende que el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar su Sistema de Seguridad Social. Así, a falta de una armonización a escala comunitaria corresponde a la legislación de cada estado miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación surgida en régimen de Seguridad Social. No obstante, en el ejercicio de dicha competencia los estados miembros deberán respetar el Derecho Comunitario y en especial la libre prestación de servicios que establecen los artículos 59 y 60 del Tratado CE (actuales artículos 49 y 50).

También en resolución de cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Justicia inglés respecto de la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/104, Directiva marco que establece los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores y, entre ellos, el derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas, la **STJCE de 26 de mayo de 2001**, I.L. J 2292, establece que el derecho de cada trabajador a unas vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del derecho social comunitario de especial importancia respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación, por parte de las autoridades nacionales competentes, únicamente puede efectuarse respetando los límites que expresamente dispone la normativa comunitaria, en este caso la Directiva 93/104. A la luz de lo anterior, el contenido del art. 7 de la Directiva no permite que un Estado miembro adopte una normativa nacional con arreglo a la cual un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario.

En materia de legislación aplicable, la **STS de 15 de noviembre de 2001**, I.L. J 2408, resuelve a favor de la aplicación preferente el convenio hispano-alemán en materia de Seguridad Social respecto del Reglamento CE 1408 al ser norma más favorable a la hora de determinar las bases reguladoras de pensiones de un trabajador migrante de acuerdo con las bases medias correspondientes a la categoría profesional del trabajador, criterio que ya había sido mantenido por la Sentencia del TS de 15 de octubre de 1993.

## 3. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

El respeto por el convenio colectivo de los mínimos de derecho necesario contenidos en la ley y la aplicación del principio de norma más favorable que establece el art. 3.3 del

## I. Fuentes del Derecho

ET para el trabajador es objeto de tratamiento en la STS de 5 de octubre de 2001, Sala Cuarta I.L. J 2314. La cuestión litigiosa sometida a unificación versa sobre las consecuencias que debe producir el despido de un trabajador que se declara improcedente, siendo así que la norma colectiva aplicable reconoce a todos los trabajadores, en este caso de un Ayuntamiento, el derecho a optar entre la readmisión y la indemnización. La posición de la Sala ante dicha cuestión fue la del reconocimiento indirecto a favor de la validez de los pactos colectivos que, con fuerza vinculante, otorgan a los trabajadores el derecho de opción en los supuestos de despidos improcedentes (entre otras, Sentencias de 12 de julio de 1994, 3 de noviembre de 1996 y 20 de marzo de 1997). En la sentencia comentada se trata ya directamente la cuestión, descartando la naturaleza de orden público procesal de las normas que regulan la opción, proclamando su carácter sustantivo y de derecho mínimo mejorable a favor del trabajador y el ajuste a las relaciones que entre ley y convenio colectivo establece el art. 3.3 del ET, al tratarse de una norma más favorable que respeta los mínimos de derecho necesarios.

### 4. NORMAS REGLAMENTARIAS

#### A) Reglamento y convenio colectivo

La relación entre las normas reglamentarias y la autonomía colectiva no siempre ha sido pacífica en nuestra jurisprudencia. El denominado “espacio vital” del convenio colectivo ha relegado, en cierta forma, la aplicación de las disposiciones del Gobierno a un segundo plano en lo que se refiere a las condiciones afectantes a la relación laboral. Sin embargo, la negociación colectiva encuentra su límite en las normas reconocidas como de derecho necesario que integran el orden público laboral. La STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de junio de 2001, I.L. J 2122, analiza lo anterior en un supuesto en el que el actor fue contratado en virtud de un contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad celebrado al amparo del RD 2546/1994 con una duración inicial de doce meses, tiempo por el cual la empresa cotizó a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo. Solicitada la correspondiente prestación contributiva de desempleo por el trabajador, ésta le es denegada por el INEM por entender que se trata de un trabajador eventual de la agricultura, situación en la que no se cotiza por esa contingencia. El demandante argumentaba que estaba vinculado por un contrato fijo, pues en virtud del convenio colectivo aplicable su relación laboral había adquirido, tras la superación del período de un año, tal condición. La Sala entiende que las normas que regulan la duración de los contratos temporales legalmente reconocidos son de derecho necesario y como tales integran el orden público laboral, quedando sustraídas a la autonomía de la voluntad, salvo en aquellos casos en que expresamente se disponga lo contrario, tal como ocurre, por ejemplo, en los contratos temporales por circunstancias de la producción. La sentencia desestimó el derecho a la prestación reclamada, pues el trabajador no debía ser considerado como fijo sino como temporal.

## B) Ordenanzas laborales

Constituyen las ordenanzas laborales una regulación sectorial de condiciones de trabajo de procedencia estatal cuya existencia correspondía a la inexistencia de una regulación convencional, inexistencia impuesta por la falta de reconocimiento de la autonomía colectiva en un momento histórico que determinaba la necesidad de establecer su sustitución de forma alternativa. La **STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1922, entiende que si bien las ordenanzas deben de continuar aplicándose en todas aquellas materias no derogadas o sustituidas por normas convencionales (STC de 5 de octubre de 1983), en el caso de autos (diferencias retributivas entre convenio colectivo de empresas y ordenanza de transportes) no puede considerarse aplicable la ordenanza a una relación de trabajo regulada por un convenio de empresa que no sólo no remite a la misma sino que expresamente disciplina la litigiosa condición laboral.

## C) Reglamento de régimen interior

La validez del reglamento de régimen interior empresarial, norma que, tras la entrada en vigor del ET, desapareció del cuadro de fuentes de las relaciones laborales es una cuestión que indirectamente trata, al consignarse como *obiter dicta*, la **STS de 21 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2555, dictada en proceso de conflicto colectivo. En la litis se plantea la reclamación de un incremento salarial que fue absorbido y compensado por un complemento denominado “mejora voluntaria”. La Sala desestima la procedencia del referido incremento utilizando, entre otras argumentaciones, la pretendida aplicación del reglamento de régimen interior que la empresa entendía sustituido por el convenio colectivo aplicable. La Sala entiende que si bien es cierto que dichos reglamentos internos han desaparecido del cuadro de fuentes tras la vigencia del Estatuto y no pueden ser considerados como reglamentos sustitutivos, sí son aplicables aquellos que hubiesen sido aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma legal que continúan como derecho dispositivo en tanto no sean sustituidos por convenio colectivo. Por ello, se señala en la sentencia que:

“(…) no cabe sostener entonces válidamente la desaparición del artículo del reglamento de régimen interior, pues a él es preciso remitirse para fijar la retribución básica, en referencia, bien es cierto, a las remuneraciones del Convenio Colectivo Provincial que contenga las más elevadas en relación con los distintos centros de trabajo”.

Sobre la contradicción existente entre un reglamento de régimen interior de RENFE y una convocatoria de ingreso se pronuncia la **STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2001**, I.L. J 2029, que estima que el citado reglamento, publicado por Orden Ministerial, formaba parte del ordenamiento jurídico vinculando a RENFE impidiéndole dictar unilateralmente una convocatoria que infringiese, en perjuicio de los trabajadores, la normativa vigente. De la prevalencia de la normativa vigente se infería la existencia de una relación de trabajo durante el denominado período preparatorio que se asimilaba al perí-

## I. Fuentes del Derecho

odo de prueba debiendo computarse a efectos de antigüedad, siendo así que la convocatoria publicada por RENFE negaba la existencia de relación laboral.

### 5. CONVENIO COLECTIVO

#### A) Valor y criterios de interpretación del convenio colectivo

La fuerza vinculante del convenio y su valor como norma jurídica queda ratificado por la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 7 de junio de 2001**, I.L. J 1958, que con ocasión de resolver sobre la mejora salarial de un trabajador en situación de incapacidad temporal cuyo abono dependía de la aplicación del convenio colectivo, señala que el convenio colectivo es norma jurídica que de resultar aplicable a la relación no necesita figurar en los hechos probados y su posible infracción ha de alegarse en el apartado relativo al examen de las normas sustantivas y no en los presupuestos fácticos.

Sobre los criterios de interpretación del convenio colectivo como norma de origen contractual dotada a la vez de eficacia vinculante que se constituye en fuente de la relación laboral conforme al art. 3.1.b) del ET, la **STS de 9 de octubre de 2001**, I.L. J 2068, entiende que han de conjugarse los preceptos que regulan la interpretación de los contratos con aquellos otros que regulan y disciplinan la hermenéutica de las normas jurídicas, debiendo ser tenidos en cuenta los arts. 3.1 y 1281 del Código Civil. El primero de los preceptos remite a la interpretación literal o gramatical de las normas jurídicas complementada en lo que se precise con la lógica, la histórica, la sistemática, la sociológica y la teleológica, excluyendo el segundo de los preceptos citados todo tipo de interpretación de los contratos que no sea la meramente gramatical, salvo que por su insuficiencia no quede en ella reflejada la verdadera intención de los contratantes. El supuesto de hecho del pronunciamiento judicial versaba sobre la duda interpretativa de una cláusula del convenio sobre cómo han de computarse los años de servicio de un trabajador en la empresa a efectos del cálculo del premio de fidelidad. El Tribunal Supremo desestima el recurso reconociendo la procedencia del cálculo empresarial que venía haciendo desde hacía 22 años, sin que hasta el año 2000 se hubiese suscitado conflicto alguno entre las partes del convenio lo que es indicio de la verdadera intención de los contratantes y constituye así un auténtico mandato interpretativo a tenor de lo prevenido en el art. 1282 del Código Civil.

Sobre las reglas interpretativas de los convenios la **STS de 23 de octubre de 2001**, I.L. J 2512, dictada en recurso de casación ordinario dimanante de un conflicto colectivo sobre la distribución del complemento de productividad del personal laboral de la Generalitat de Cataluña, siguiendo doctrina reiterada, indica que:

“En la interpretación de los mandatos de convenio colectivo deben seguirse las reglas de interpretación de las normas jurídicas y las de los contratos averiguando cuál fue la intención de las partes y cuál fue la voluntad que quedó plasmada en la norma.”

**B) Convenios colectivos extraestatutarios**

Los convenios colectivos extraestatutarios también calificados como impropios al no reunir los requisitos que determina el Título III del Estatuto de los Trabajadores carecen de fuerza normativa aunque se les reconoce la eficacia obligacional que con carácter general y para la contratación reconoce el Código Civil y en el mencionado Estatuto en cuanto lo específico de la vertiente laboral de los pactos. La SAN de 14 de junio de 2001, I.L. J 2115, dictada en conflicto colectivo sobre la calificación de un pacto de naturaleza socioeconómica, reitera la doctrina sobre la naturaleza contractual de este tipo de pactos incidiendo en que deben de estar abiertos a la totalidad de los trabajadores afectados por la vía de la adhesión expresa o tácita, ésta, incluso, por la aceptación de los beneficios que del pacto se deriven sin oposición a su existencia y lucro.

En referencia al concepto de convenio colectivo aplicable la STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2001, I.L. J 2271, resuelve sobre si la garantía de los mínimos salariales que establece el art. 11 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal se predica exclusivamente al convenio colectivo estatutario aplicable a la empresa usuaria o si también comprende los llamados convenios colectivos extraestatutarios, en concreto, si cabe tomar en consideración o no la tabla salarial vigente por pacto de esta última clase. La respuesta que da el pronunciamiento de la Sala reconoce que es de aplicación a la garantía salarial de mínimos lo dispuesto tanto en los convenios colectivos de carácter estatutario como extraestatutario, pues cuando el legislador se refiere a los convenios colectivos *in genere* la alusión alcanza tanto a unos como a otros y, por otro lado, el tercer convenio colectivo del sector (empresas de trabajo temporal) con el fin de clarificar el concepto de convenio colectivo aplicable establece que serán de aplicación las retribuciones establecidas en los convenios colectivos de carácter estatutario o extraestatutario.

Incide en la problemática planteada sobre la eficacia de los convenios extraestatutarios la STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 2001, I.L. J 2482, que desestima el recurso de duplicación planteado en materia de los llamamientos al personal fijo discontinuo que deberán ser realizados dentro de su categoría profesional por riguroso orden de antigüedad en la empresa, tal como establecía un convenio de carácter estatutario negociado con posterioridad a otro extraestatutario. Recuerda la sentencia la doctrina general instaurada respecto de los convenios extraestatutarios o de eficacia limitada así como su carácter meramente obligacional y la carencia de fuerza normativa general, aunque la prevalencia del convenio colectivo estatutario se produce porque éste había sido negociado con posterioridad al pacto obligacional que aunque no indicaba período de vigencia cede ante el posterior convenio colectivo de naturaleza normativa.

**C) Concurrencia de convenios**

Sobre la concurrencia de normas paccionadas y los criterios de solución aplicables a los conflictos surgidos en esta materia, la STS de 16 de julio de 2001, I.L. J 2167, establece que el contenido preceptivo o de derecho necesario que recoge la regla de prohibición

## I. Fuentes del Derecho

de “conurrencia afectante” crea una especie de preferencia o mejor derecho para el convenio en vigor. En este sentido, el párrafo primero del art. 84 del ET establece que un convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por lo dispuesto en otro de ámbito distinto, previsión de carácter imperativo salvo para los “Acuerdos Marco”. Por ello, los que se negocian durante su vigencia no podrán incidir en el ámbito acotado por el vigente. La negociación de un convenio para otro sector que tiene otro vigente, señala la resolución judicial, extendiéndose a supuestos de concurrencia no querida por las partes negociadoras del convenio en vigor, encierra una clara conducta de fraude de ley como ocurre en el convenio impugnado en los autos de referencia.

La STS de 17 de octubre de 2001, I.L. J 2340, resuelve el conflicto planteado entre dos convenios colectivos que regulan de diferente manera la jornada anual, siendo así que el provincial regula una jornada anual superior en 16 horas a la establecida por el convenio nacional pactado con anterioridad. La sentencia recurrida en casación estimó aplicable el convenio provincial, pues la jornada no es materia incluida en el art. 84.3 del ET, pudiendo ser objeto de negociación en un convenio colectivo de ámbito provincial. El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, al entender que el precitado art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior siempre que éste sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de dicho precepto. Es claro, añade la sentencia, que el mandato establecido en el art. 84.2 no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario sean cuales fueran sus ámbitos territorial y funcional. En consecuencia, se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado.

### 6. INTERPRETACIÓN DE NORMAS-PRINCIPIO PRO OPERARIO

En el ámbito de los principios interpretativos de las normas laborales destaca el principio *in dubio pro operario*. Su formulación se traduce en que en aquellos supuestos en que la norma admita diversas interpretaciones deberá adoptarse aquella que favorezca al trabajador. Ahora bien, para la operatividad de este principio se exige una duda interpretativa de una norma sin que pueda aplicarse a los aspectos fácticos, invirtiendo o al menos suavizando el soporte de la carga probatoria. La STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2001, I.L. J 2601, trata de un supuesto de abandono del puesto de un trabajador que, ante una discusión con el encargado de la empresa, decide retirarse de la obra que estaba realizando, formulando ulterior demanda al entender que se trataba de un despido. La Sala funda su fallo desestimatorio en que el principio *in dubio pro operario* no puede referirse a situaciones de hecho sino a supuestos de aplicación normativa, debiendo buscarse la interpretación más favorable al trabajador. La alegación de violación de este principio se basaba en que la empresa no había conseguido probar el abandono voluntario del puesto de trabajo, es decir, se pretendía su aplicación en el mero plano fáctico sin cita, por el recurrente, de norma alguna sobre la que proyectar su alegación.

También sobre la interpretación de las normas y el principio *pro operario* se pronuncia la STSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2001, I.L. J 2472, dictada en conflicto colectivo y

que versa sobre la interpretación que ha de darse a un artículo del convenio colectivo aplicable a los trabajadores del sector del metal de Cantabria en lo referente al concepto de antigüedad. La resolución judicial razona, para desestimar el recurso interpuesto por la patronal en el que se alegaba la infracción del principio *pro operario* así como de los preceptos 1285 a 1287 del Código Civil reguladores de los criterios interpretativos, que para valorar los términos del artículo en discusión habrá de acudirse a una interpretación sistemática ante la falta de claridad del mismo. Así, se señala en la sentencia:

“La interpretación bajo el principio laboral *pro operario*, es la señalada en la sentencia que se impugna si tenemos en cuenta que lo pactado tiene alcance de mejora y su orientación es la de convertirse en un complemento personal de vinculación consolidada.”

## 7. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. La **STSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de julio de 2001**, I.L. J 1960, entiende inaplicable dicho principio en el supuesto de un trabajador dependiente de la Diputación Provincial de Málaga que ante un traslado de centro pierde un plus de psiquiatría que venía percibiendo. Dice la resolución en su Fundamento Jurídico Segundo que la voluntad negociadora de las partes plasmada en el convenio colectivo de aplicación ha configurado el complemento como de puesto de trabajo y su percepción y cuantía pende del concreto centro en que se realice la prestación servicial, no siendo por lo tanto consolidable salvo acuerdo en contrario. No puede ser objeto de favorable acogida la pretendida aplicación de la condición más beneficiosa, pues para ello es exigible una actuación persistente empresarial que descubra la voluntad de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio. Sobre este principio incide la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1855, entendiendo que la cesta de Navidad y los regalos de Reyes al no constituirse como salario sino que se consideran obsequios en consideración a las fiestas tradicionales no siendo jurídicamente exigibles. En el caso de autos no consta la consolidación del beneficio reclamado en virtud de una voluntad empresarial de concesión, pues lo que existe es una práctica empresarial de mera liberalidad que no se incorpora como ventaja al nexo contractual. En este sentido, I.L. J 2564.

Con contundencia se afirma por la **STSJ de Baleares de 6 de julio de 2001**, I.L. J 1969, siguiendo reiterada jurisprudencia del TS, que la condición más beneficiosa es de carácter contractual y no la persistencia en el tiempo la que crea dicha condición. La resolución desestima el recurso de una trabajadora que vio suprimida la actividad de las máquinas de lavandería del hotel, función que fue externalizada y que entra dentro del *ius variandi* empresarial, sin que el mantenimiento del tiempo de una función dé lugar a la referida aplicación del principio.

## I. Fuentes del Derecho

Insiste en dicho criterio la STS de 24 de julio de 2001, I.L. J 2020, que reconoce la imposibilidad de supresión unilateral por el empresario del derecho a una reducción de la jornada de Convenio que se había venido reconociendo entre las partes y de la que luego no puede retractarse al ser el contrato ley entre partes, debiendo ser observados los pactos suscritos. La práctica reiterada y su continuidad en el tiempo, suelen ser manifestaciones de la eficacia y vinculación que el pacto tiene respecto a los sujetos del contrato y no de la condición más beneficiosa.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA



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

**Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores en 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, benévolos 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 ins-

tituciones eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.

g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y otros centros

similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las

CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades

mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolos o de buena

vecindad. b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades

excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2001 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1770 a J 2626).

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

#### A) Presupuestos sustantivos

Dos pronunciamientos coincidentes en los hechos (prestación de servicios de limpieza) y en la calificación (relación laboral) inician este comentario. En ambos casos los tribunales declararon en instancia la naturaleza civil de la relación, tendencia corregida con posterioridad en fase de recurso.

#### c) Actividad dependiente

– STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2001 (recurso 685/2001), I.L. J 1866

1. La demandante desarrollaba tareas de limpieza para una Comunidad de Propietarios encargándose de la limpieza de la escalera. Para el desarrollo de esta actividad, no utilizaba ningún tipo de uniforme o bata, sino su propia ropa, ella misma adquiría los productos que utilizaba en la limpieza, no estaba sujeta a control sobre el horario ni recibía instrucciones respecto a cómo llevar a cabo el trabajo. Como contraprestación por la limpieza recibía novecientas cincuenta pesetas mensuales de cada vecino. Como consecuencia de una caída sufrida mientras limpiaba la escalera, la demandante recibió asistencia médica. Desde entonces no volvió a prestar sus servicios para la Comunidad de vecinos que procedió a solicitar presupuesto del servicio de limpieza en dos entidades mercantiles especializadas. La trabajadora interpone demanda por despido frente a la Comunidad, demanda que se resuelve por el Juzgado de lo Social declarando la naturaleza civil de la relación contractual entre las partes y, por tanto, la incompetencia del orden social de la jurisdicción. Contra esta sentencia se plantea recurso de suplicación.

2. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso declarando la existencia de relación laboral entre la Comunidad de Propietarios y la recurrente. Para sostener esta conclusión, la sentencia pone de relieve que la interesada había llevado a cabo personal y directamente la limpieza de las escaleras de la Comunidad durante 28 años de forma ininterrumpida. Tan largo período de prestación de servicios justifica esa ausencia de instrucciones en orden a la forma que debía desarrollar sus funciones. Apreciada la nota de dependencia, concurre también la ajenidad, puesto que no cabe duda de que el fruto de su trabajo quedaba en beneficio de la Comunidad, que como contraprestación retribuía a la demandante a razón de 950 pts. mensuales por vecino. Concurren pues las notas definidoras de la relación laboral que determina la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda por despido.

## II. Trabajador

3. La calificación de la relación existente entre la persona o personas encargadas de la prestación de servicios de limpieza y la Comunidad de Propietarios para la que se prestan dichos servicios presenta en la práctica una gran casuística que obliga a aportar soluciones adecuadas a cada supuesto concreto. No obstante, la doctrina judicial viene diferenciando entre la existencia de un arrendamiento de servicios y un contrato de trabajo considerando que existe arrendamiento civil cuando la Comunidad concierta el contrato con una persona física o jurídica que, contando con los medios personales y materiales necesarios, y asumiendo los riesgos correspondientes, se compromete a prestar no el trabajo en sí, sino el servicio propiamente dicho, el cual organizará y controlará como parte consustancial de la actividad que le es propia. Por el contrario, se entiende que hay relación laboral cuando la vinculación se establece con una persona física para que sea ella la que se comprometa a llevar a cabo las labores de limpieza. A esta diferenciación acude la sentencia comentada para concluir la naturaleza laboral de la relación controvertida sin que dicha conclusión se altere por la falta de horario o de instrucciones precisas sobre el desarrollo de la prestación laboral.

– STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001 (recurso 2095/2001), I.L. J 2620

1. La demandante desarrollaba labores de limpieza para una sociedad gastronómica percibiendo como contraprestación cuarenta y cinco mil pesetas mensuales durante el último año. Su petición de formalizar la relación y celebrar el correspondiente contrato de trabajo fue rechazada por la sociedad gastronómica que comunicó a la demandante la finalización de su relación. Ante esta respuesta, la interesada interpone demanda por despido. El Juzgado de lo Social que conoce del asunto acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la sociedad demandada y declara que el vínculo por el que se prestaban servicios de limpieza no era de carácter laboral dado que no consta que tales servicios se realizaran en el ámbito de organización y dirección de la demandada. Ante este pronunciamiento, la interesada interpone recurso de suplicación.

2. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima el recurso presentado por la interesada, rechaza la incompetencia de jurisdicción y ordena reponer el proceso al momento de dictarse sentencia por el Juzgado de origen. El fundamento de esta decisión judicial reside en la apreciación de que el vínculo contractual entre la demandante y la sociedad demandada presenta un carácter laboral. Para ello, la sentencia advierte que la interesada desarrollaba labores de limpieza de modo personal, voluntario y a cambio de una retribución. Concurren pues los elementos que determinan el carácter laboral de la relación contractual y que permiten afirmar que el contrato existente entre la asociación gastronómica y la recurrente tenía por objeto la prestación de labores de limpieza y no la asunción del servicio de limpieza de dicho local.

3. La calificación de la relación contractual existente entre una Comunidad de Propietarios o el titular de un local o un edificio y la persona o personas que desarrollan las tareas de limpieza en portales, escaleras o locales ha generado ya numerosos pronunciamientos judiciales a través de los cuales se han ido delimitando una serie de criterios o elementos, específicos y propios de este tipo de actividad, cuya concurrencia resulta relevante para apreciar la existencia de relación laboral. Así, el hecho de que el titular del local o edifi-

cio a limpiar aporte los útiles o instrumentos de limpieza es un elemento que juega a favor del carácter laboral de la relación contractual. Por su parte, la circunstancia de que quien se ha comprometido a prestar los servicios de limpieza deba prestarlos personalmente sin posibilidad de ser sustituido por terceras personas o pueda hacerlo sólo de modo excepcional y previo consentimiento del titular del local o edificio, apoya también la calificación de la relación de prestación de servicios de limpieza como laboral. Circunstancias como las señaladas permiten a la doctrina judicial diferenciar entre aquellos supuestos en los que el objeto del contrato es la realización de labores de limpieza y aquellos otros en los que su finalidad es la asunción del servicio de limpieza. En este último caso, la persona contratada debe atender el servicio de limpieza de forma análoga a como lo hacen las empresas de limpieza (esto es, poniendo la persona contratada los productos con los que se limpia, suministrando personal propio, y asumiendo el riesgo de atender el servicio cuando la persona inicialmente designada no puede hacerlo). Cuando las circunstancias concurrentes permiten apreciar que las labores de limpieza se desarrollan a cambio de una retribución, de forma personal y voluntaria por la persona contratada, la relación debe calificarse como laboral. En esta línea se inscribe la sentencia comentada que declara la existencia de contrato de trabajo.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

Entre estos supuestos, dos pronunciamientos se ocupan de materias que suelen estar presente en la jurisdicción social con bastante frecuencia. Por una parte, la prestación de servicios denominada del “voluntariado” y que, en ocasiones, esconden verdaderas relaciones laborales. Por otro lado, el trabajo para familiares, que, como ocurre en el supuesto comentado en segundo lugar, puede ser utilizado para prestar servicios remunerados y compatibilizar los mismos con prestaciones sociales, en este caso de desempleo.

#### D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad

– STSJ de Aragón de 27 de junio de 2001 (recurso 648/2001), I.L. J 1788

1. La Fundación Diagrama Intervención Psicosocial fue concertada por la Diputación General de Aragón para la dirección y llevanza del centro de menores de reforma San Jorge. Dicha Fundación ofreció su participación en la actividad de la misma exclusivamente como voluntario algo que el demandante aceptó por un período indeterminado. La Fundación entregó al actor documentación relativa a las normas del centro y al perfil del educador y nunca manifestó su intención de contratar al demandante con posterioridad. Este último participó en la actividad del centro San Jorge como voluntario, auxiliando a los educadores y realizando las tareas correspondientes sin que durante la prestación de sus servicios asumiera en momento alguno la responsabilidad de los menores internados ni actuación a iniciativa propia o en solitario. Al menos uno de los voluntarios que inició su prestación al tiempo del actor fue, tras unos quince días de volunta-

## II. Trabajador

riado, contratado como educador. En otras ocasiones el contrato se llevaba a cabo con personal que carecía de vinculación previa como voluntario. La Fundación decide prescindir de los servicios del actor. Un día antes éste se había lesionado en un dedo mientras jugaba con los menores internos.

2. En la instancia la demanda fue desestimada por incompetencia de jurisdicción, sin entrar en el fondo del asunto. Entrando a valorar el asunto, el TSJ de Aragón considera que en el relato fáctico de la sentencia existen datos suficientes “sobre la realización de un programa educativo de la Fundación en el centro San Jorge, al que voluntariamente se incorporó el actor, quedando su relación con la repetida Fundación excluida del ámbito de la relación laboral e incluida en el de la Ley del Voluntariado”. Se trata, de acuerdo con la Ley y en opinión de la sentencia que se comenta, de una “relación de voluntariado, regida por normas de solidaridad y gratuidad, ajena, por lo tanto, a la relación laboral, esencialmente remunerada, tal como la describe el art. 1 LET e incluida entre las que genéricamente excluye de su ámbito la letra g) del número 2 de dicho precepto”.

3. Corrige esta sentencia la insólita consideración de la incompetencia de jurisdicción llevada a cabo en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Zaragoza para entrar a determinar la naturaleza laboral o no de una determinada prestación de servicios. La Ley del Voluntariado surge, efectivamente, inserta en una serie de principios generales: solidaridad con los sectores excluidos por la sociedad; prevención, anticipándose a los problemas emergentes; integración, creando nuevas expectativas socioeconómicas para los marginados; desarrollo social e implicación de la comunidad frente a la destrucción del tejido asociativo, o la sensibilización y denuncia social. Son principios de los que se desprende que se trata de una actividad ciertamente benévola, sin ánimo lucrativo, desinteresada, ampliamente marcada por perfiles solidarios y, por tanto, de colaboración. Sin embargo, sorprende que en la actividad llevada a cabo en el centro de menores en el que se desarrolla la prestación de servicios objeto de consideración, una actividad, la de los educadores, sea calificada como laboral y remunerada con una cantidad de 181.365 pts. mensuales y, otra, la del auxiliar del educador, sea considerada como ajena al ámbito laboral. Más bien parece una nueva vía de elusión de la aplicación de la legislación laboral, para actividades que, si bien forman parte de la meritoria labor de integración social que llevan a cabo determinadas instituciones públicas o privadas, no necesariamente quedan al margen de los rasgos sustantivos de toda prestación laboral.

### E) Trabajos familiares

– STSJ de Valencia de 5 de abril de 2001 (recurso 19/2001), I.L. J 1827

1. En esta ocasión, la sentencia resuelve un recurso de suplicación planteado por una trabajadora que fue despedida por su empleadora, despido que, en segunda instancia, fue declarado improcedente. Ante la declaración de improcedencia de la extinción unilateral, la empresa opta por el pago de la indemnización, por lo que, ante el pertinente escrito de ejecución, se dictó Auto de ejecución de sentencia ordenando a la empresa el pago de determinada cantidad en concepto de indemnización, incluyendo los salarios de tramitación. La empleadora recurre dicho Auto, negándose a reconocer la existencia de

obligación de pago de salarios de tramitación, por entender que la que fue su trabajadora estuvo prestando una actividad retribuida para otro empleador desde el momento en que se la despidió, dándose la especialidad de que el supuesto empleador es el marido de la trabajadora despedida. Se convoca la preceptiva comparecencia, con el resultado de emisión de un nuevo Auto ordenando la continuación de la ejecución por una cantidad inferior. Frente a esta resolución se plantea el correspondiente recurso.

2. En sus tres fundamentos de derecho la sentencia trata de dar respuesta a los tres motivos de suplicación alegados por la recurrente. En primer lugar, y en base al apartado a) del art. 191 LPL, se solicita la nulidad de actuaciones. Este primer motivo es desestimado, apoyándose, de forma sumamente ilustrativa, en la doctrina del TC y del TCT, que viene a exigir como requisitos mínimos para proceder a tal nulidad, la citación concreta por el recurrente de la norma procesal que estime violada, que se muestre que la infracción de la norma procesal ha sido causa de indefensión de dicha parte, y que conste protesta formal frente a tal infracción, salvo que se demuestre que fue imposible su realización (SSTC 48/1990, 158/1989 y STCT de 30 de mayo de 1978, respectivamente). El segundo motivo, apoyado en el apartado b) de la misma norma procesal, solicita la revisión de los hechos probados. De nuevo es desestimado por el tribunal, al considerar, siguiendo la jurisprudencia del TS en esta materia, que la recurrente no cumple los requisitos de identificación del error de hecho, ni lo hace patente, ni propone redacción alternativa alguna (SSTS de 16 de marzo y de 5 de mayo de 1987, citadas por sentencia). Finalmente, y frente al tercer motivo de suplicación que, en base al apartado c) del art. 191 LPL, plantea la infracción sustancial del art. 1.3.e) del ET entre otras normas, la sentencia se extiende notablemente, exponiendo el estado actual de la jurisprudencia sobre la presunción *iuris tantum* contenida en el precepto del Estatuto, y entendiendo para el caso concreto que, en la medida en que no se observa el rasgo de dependencia entre la recurrente y su marido, ni el rasgo de ajenidad, no existe prueba suficiente que desvirtúe la presunción, por lo que cabe estimar el motivo y el recurso, revocando la resolución recurrida, y ordenando la continuación de la ejecución en los términos del primer Auto.

3. Me centraré en el último de los motivos alegados por la recurrente. Como muy bien señala la sentencia comentada, el trabajo familiar asalariado es posible, pero dadas las peculiaridades del vínculo familiar, es necesaria la prueba contundente de la existencia de los presupuestos de la relación laboral. Así, la presunción *iuris tantum* contenida en el art. 1.3.e) ET, que excluye el trabajo familiar del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, encuentra su apoyo en que datos como la convivencia (entendida en sentido amplio, es decir, convivencia no sólo física, sino también económica o alimenticia), o el grado de parentesco (en este caso interpretado de forma restrictiva, excluyendo la convivencia marital, o la que exceda los grados admitidos por la ley), hacen que los presupuestos de dependencia y ajenidad queden diluidos. Es por ello que se exige prueba contundente de la existencia de una subordinación de la supuesta trabajadora, o de su inclusión en el ámbito organizativo, rector y disciplinario de su supuesto empleador, o de la existencia de ajenidad, por ejemplo, a través de indicios como el acogimiento al régimen matrimonial de separación de bienes, para establecer la existencia de prestación de servicios en el sentido laboral.

### 4. ZONAS GRISES

La dificultad de calificar la relación de los transportistas, las relaciones en las Administraciones públicas, algunas actividades consideradas como autónomas, la calificación de los servicios prestados en profesiones liberales y la prestación de servicios sin permiso de trabajo son objeto de comentario en este apartado. En el primer supuesto, con la respuesta ya conocida del TC sobre la constitucionalidad del art. 1.3.g) LET; en el segundo, con la compleja calificación de los servicios prestados por profesores contratados por diferentes instituciones públicas considerada en estos dos pronunciamientos en un caso como laboral y en otro no; en el tercer supuesto, valorando la relación de un informador gráfico de prensa para concluir el Tribunal que no es competencia de la jurisdicción social este tipo de prestación de servicios; en el cuarto, para rechazar la calificación como laboral de la relación existente entre un abogado y una sociedad municipal; y, por último, para valorar si el trabajo efectuado por un súbdito marroquí sin permiso de trabajo puede ser considerada como laboral o no, rechazándose esta calificación en el supuesto que se comenta en atención a los elementos de hecho que en el mismo se aprecian.

#### A) Transportistas

– SSTC 179/2001, de 17 de septiembre y 187/2001, de 19 de septiembre (recursos de amparo 5498/1997 y 3992/1997), I.L. J 2133 y 2134

1. Los supuestos de hecho de ambas sentencias son similares: se plantea un recurso de amparo contra diversas resoluciones del orden social recaídas en un proceso seguido por el actor frente a la decisión empresarial de prescindir de sus servicios como transportista al considerar que el vínculo jurídico que les unía no constituía una relación de naturaleza laboral, sino mercantil. De este modo, se alega la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad sin discriminación y el de tutela judicial efectiva. En el marco del segundo de los recursos el Ministerio Fiscal entiende que no existe vulneración alguna de derechos fundamentales.

2. El Tribunal Constitucional señala que la cuestión objeto de ambos procesos no es otra que la posible inconstitucionalidad del artículo 1.3.g) ET. En este sentido, recuerda la doctrina ya consolidada recogida en la STC 227/1998, de 26 de noviembre, así como en otras posteriores (SSTC 5/1999, de 8 de febrero; 9/1999, de 8 de febrero; 17/1999, de 22 de febrero; 47/1999, de 22 de marzo; 59/1999, de 12 de abril; 92/1999, de 26 de mayo; 102/1999, de 31 de mayo; 123/1999, de 28 de junio; 155/1999, de 14 de septiembre; 156/1999, de 14 de septiembre; 158/1999, de 14 de septiembre; 172/1999, de 27 de septiembre; 182/1999, de 11 de octubre; 217/1999, de 29 de noviembre; 220/1999, de 29 de noviembre; 227/1999, de 13 de diciembre y 28/2000, de 31 de enero). En virtud de aquélla, la exclusión del ámbito de las relaciones laborales de las prestaciones de transporte descritas en el citado precepto responde a un criterio objetivo cual es la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas. Además, se aprecia que las consecuencias jurídicas derivadas de esta delimitación de los espacios laboral y mercantil no son desproporcionadas, en tanto no puede estimarse constitucionalmente desmedido que el

transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un régimen distinto del laboral, precisamente por considerarse un supuesto objetivamente diferente a las relaciones dependientes y por cuenta ajena. A la vista de que los juzgadores no han aplicado un precepto inconstitucional, procede la desestimación del recurso planteado.

3. Lo manifestado por el Tribunal Constitucional en estas dos sentencias en nada se aparta de lo que este mismo órgano ha venido manteniendo desde la STC 226/1998, de 26 de noviembre, en la que se aprecia la constitucionalidad del artículo 1.3.g), párrafo segundo, ET. Lo cierto es que la doctrina allí contenida no es necesariamente compartible: la exigencia de una autorización administrativa concedida conforme a las respectivas legislaciones autonómicas puede dar lugar a diversas concepciones sobre lo que es un transportista con vehículo propio sometido a una relación laboral, lo cual implica, además de una transgresión del artículo 149.1.7º CE (donde se reconoce la competencia estatal en la regulación básica de la legislación laboral), una palmaria vulneración del principio de igualdad o, si se prefiere, del principio de no discriminación por razón del territorio ex artículo 14 CE.

### **B) Personal contratado en Administraciones Públicas**

El recurso a la contratación administrativa por parte de la Administración Pública continúa generando grandes dosis de inseguridad. Reflejo claro de ello es el alto índice de conflictividad que encierra esta materia, que además no encuentra una resolución unánime en las instancias judiciales. Véanse, si no, estos pronunciamientos referidos a contrataciones administrativas efectuadas por la Administración Pública con una prestación de servicios muy similar y nótese la decisión diferente a la que llegan los tribunales en cada caso.

– STSJ de Madrid de 20 julio de 2001 (recurso 2723/2001), I.L. J 2095.

1. La demandante ha estado prestando servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores, como profesora de inglés en la Escuela Diplomática, al menos desde 1990. La prestación de la actora se enmarcaba dentro de los planes de formación continuada del Ministerio. Se interrumpía todos los años durante los meses de verano, reanudándose después durante el otoño. Después del verano de 2000, habiéndose reanudado las clases en septiembre, la profesora no fue llamada para impartirlas. El Ministerio había contratado con anterioridad con una escuela de idiomas la impartición de clases de inglés para el personal. Ante la falta de llamamiento, la profesora interpuso reclamación previa y después presentó demanda en la instancia que debió acoger favorablemente la pretensión de la demandante, puesto que contra dicha sentencia se presentó recurso de suplicación por el Ministerio de Exteriores. La sentencia dictada en su día por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid es la que aquí se comenta.

## II. Trabajador

2. El Tribunal, apoyándose en los presupuestos fácticos señalados sostiene la incompetencia de jurisdicción social por razón de la materia para conocer de la pretensión planteada con dos argumentos. Primero, entiende que el caso planteado encaja dentro de los supuestos contemplados por la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas en la redacción dada por la Ley 53/1999, pues se trata de un contrato celebrado por la Administración para el desarrollo de actividades de formación del personal de las AAPP. En segundo lugar sostiene la conocida doctrina jurisprudencial según la cual lo que determina la adscripción al área de la contratación administrativa de una relación jurídica con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado sino la existencia de una normativa con rango de ley (en este caso la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) que la autorice. De modo que la Sala anula la sentencia de instancia al estimar la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda formulada.

3. Las sentencias de los tribunales de lo social que versan sobre la contratación de personal por la Administración al amparo de la normativa de derecho administrativo son numerosas y de contenido variado. Desde estas páginas se han reseñado algunos pronunciamientos sobre el particular y hasta el momento no puede decirse que haya uniformidad doctrinal y jurisprudencial para establecer de un modo claro la frontera entre la contratación administrativa y la laboral a cargo de una administración pública. El supuesto analizado en la presente sentencia es un buen ejemplo de lo antedicho, pues se trata indudablemente de una prestación de servicios a cargo de una persona física que se repite de modo continuado por un dilatado período de tiempo. Ello demuestra el provechoso uso por parte de la administración contratante de la mayor flexibilidad que, en el reclutamiento y en general, en la gestión del personal permite la contratación administrativa. Se obtienen así ventajas que no proporcionan las fórmulas laborales de contratación, tanto más cuanto que la finalización de este tipo de relación administrativa se produce sin mayores consecuencias, indemnizatorias ni de otro tipo, para la Administración contratante. El diseño que la Ley efectuaba de los diferentes tipos de contratos administrativos no era un modelo de claridad. En la Ley no se definía lo que debía entenderse por trabajos específicos y concretos, no habituales, si bien es verdad que la jurisprudencia sí había delimitado un poco más cuál debe ser la parcela a ocupar por este tipo de contratos administrativos. De cualquier modo, la reciente reforma que la Ley 53/1999 acometió en la Ley de Contratos de 1995, actualmente contenida en el RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha optado por suprimir, al menos nominalmente, este tipo de contratos para incluirlos en la categoría general de los contratos de consultoría, asistencia y servicios. Ocurre que así gozan de un régimen más flexible que aquel que tenían previsto los antiguos contratos para trabajos específicos, no habituales. De este modo es de esperar que la confusión y los conflictos provocados por un uso desmedido de este tipo de contratos administrativos continúe. Sirva de ejemplo el hecho de que se hable ya de “falsos autónomos” en la Administración Pública (Pardell Veá).

– STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2001 (recurso 2565/2001), I.L. J 2255

1. En este caso el demandante es un profesor de música que ha sido contratado por el Conservatorio de la Comunidad de Madrid mediante contratos administrativos de colaboración temporal para impartir clases de Oboe durante los cursos 1999/2000. En este

Conservatorio imparten clases en iguales condiciones profesores contratados laborales y profesores contratados administrativos como es el actual demandante. El Conservatorio permanece cerrado durante los meses de julio y agosto, en el mes de octubre se suelen realizar las contrataciones para el reinicio de las clases pero, para el curso 2000/2001, el profesor demandante no fue contratado por lo cual interpuso, primero reclamación previa y luego demanda por despido. La sentencia de instancia acogió favorablemente la pretensión del demandante y contra ella se recurre en suplicación ante el TSJ de Madrid.

2. Para la Sala, el único modo de determinar la verdadera naturaleza de la relación cuestionada, es el de valorar si las tareas que en su día se concertaron se encuentran amparadas por la Ley a la que se remite el Conservatorio contratante, esto es, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Para este Tribunal, la actividad en su día contratada al amparo de la normativa administrativa, no encuentra acogimiento en la misma. Las actividades que los contratantes convinieron, al ser de naturaleza eminentemente pedagógica y educativa, no pueden incardinarse en las precisiones normativas que en la Ley de Contratos de las AAPP se refieren a actividades cuyo objeto fuera técnico, económico, industrial comercial o cualquier otro de naturaleza análoga. Por ello, la Sala de este TSJ de Madrid, rechaza los motivos del recurso, reafirma la competencia por razón de la materia del orden jurisdiccional social y ratifica en todos sus extremos la sentencia de instancia.

3. Tal como se observa en el relato de los hechos probados, en el Conservatorio, al haber tanto profesores contratados laboralmente como profesores contratados administrativamente, resultan todos por igual sometidos a las instrucciones del Director del Centro, participando en el Claustro de profesores, en seminarios, en exámenes y tutorías y sometidos a la realización de la misma programación y al mismo seguimiento y evaluación establecidas por el Conservatorio. En dichas condiciones no es posible encontrar un elemento que razonablemente explique el diferente régimen jurídico al que se somete la contratación de algunos profesores, como en este caso la del profesor de Oboe. La línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo considera que la indebida utilización normativa resulta fraudulenta a la luz del art. 15.3 ET, todo ello unido al principio de irrenunciabilidad de derechos. En este supuesto se percibe claramente que no estamos ante una persona física que realiza una prestación de servicios por cuenta propia, antes bien, es fácil identificar las notas características de la ajenidad en el modo en que se presenta la realización de sus servicios para el Centro. No estamos ante un trabajo específico, ante un objeto delimitado de la actividad humana, sino ante una actividad en sí misma continuada y que constituye el objeto principal independientemente de su resultado.

– STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001 (recurso 1866/2001), I.L. J 2618

1. Son hechos probados que la actora vino prestando sus servicios como profesora para el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco desde septiembre de 1991. Hasta agosto de 1994 el vínculo se estableció a través de sucesivos

## II. Trabajador

contratos temporales a tiempo parcial, siendo así que al cese del último la trabajadora interpuso demanda por despido que dio lugar a la Sentencia de 23 de diciembre de 1994 en la que se declaró su improcedencia. Desde octubre de 1994 hasta septiembre de 2000 la actora fue nombrada funcionaria interina para ocupar la misma plaza vacante de profesora de física y química de un determinado centro durante períodos de tiempo encadenados sin solución de continuidad. El 6 de septiembre de 2000 el mencionado Departamento del Gobierno Vasco comunicó a la actora que debía cesar en su puesto al haber sido cubierta la plaza reglamentariamente. A raíz de ello, la actora interpuso reclamación previa y posterior demanda solicitando que se declarara que la relación jurídica que le unía con el Gobierno Vasco era de naturaleza laboral y de carácter interino, pretensión que fue desestimada por el juzgador de instancia, quien, bien al contrario, apreció que el vínculo existente entre las partes era funcional, resultando por tanto incompetente para su conocimiento la jurisdicción social.

2. El TSJ rechaza la revisión del relato fáctico, así como el motivo por el que se solicita la nulidad de actuaciones basado en una hipotética indefensión que estribaría en la falta de fundamentación jurídica de la sentencia; en este sentido se recuerda una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la ausencia de motivación exige “la carencia de todo proceso argumentativo que permita deducir las razones en Derecho del órgano judicial” (STC 226/2000, 2 de octubre). En cambio, sí se aprecia parcialmente el tercer y último de los motivos que denuncia la infracción, entre otros, de los artículos 1.1 y 8.1 ET, entendiendo que la relación que unió a la actora con el Gobierno Vasco era de carácter laboral. En opinión del Tribunal, una demanda en la que se pide el reconocimiento de la existencia de una relación laboral ha de ser enjuiciada por el orden jurisdiccional social, de tal manera que en el presente caso procede la anulación de las actuaciones procesales, con retroacción de las mismas al momento de dictarse la sentencia, a fin de que el juez de instancia emita un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión objeto de debate.

3. Esta sentencia no merece una valoración positiva. De una parte, la exposición de los motivos alegados por la actora resulta confusa y, de otra, la argumentación jurídica y el fallo mismo es más que dudoso. En verdad, no se comprende bien que se imponga al juzgador de instancia la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión sin haber aclarado antes si la jurisdicción social es competente o no para su conocimiento. Más bien parece que lo pertinente hubiera sido que el tribunal superior se hubiera pronunciado acerca de la declaración de incompetencia impugnada y, en caso de discrepar, decretar la retroacción de las actuaciones para que el juez a quo resolviera el fondo del asunto.

### C) Autónomos

– STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001 (recurso 2128/2001), I.L. J 2261

1. El demandante, inscrito como miembro de la asociación nacional de informadores gráficos de prensa, ha venido prestando servicios para Televisión Española, SA como reportero gráfico de Soria y provincia desde 1987 en virtud de un contrato verbal de arrendamiento de servicios. Desde 1980 figura inscrito como trabajador autónomo en el RETA y

dado de alta con licencia fiscal en la actividad de fotógrafo, siendo modificada la actividad desde 1987 por la de “producción de películas”. En 1994, el demandante comunica a TVE, SA que a partir de esta fecha incluirá en su facturación el IVA (tipo 16 por ciento). El actor, además de los servicios que presta a TVE, SA, colabora habitualmente para otros medios como la Agencia EFE, el informativo ABC así como para diversos medios deportivos. El demandante factura diversas sedes de TVE, SA (Madrid, Valladolid o Barcelona) y con importes variables (incluyendo kilometraje, portes y otros). En alguna ocasión, el actor ha actuado ayudado por otro colaborador y compañero, habiendo publicado fotografías por ambos en medios ajenos a TVE, SA. Diariamente el actor se ponía en contacto telefónicamente entre las 9,30 y las 10,00 horas con el centro territorial de TVE, SA informándole de las noticias de mayor interés informativo, seleccionando TVE, SA las que deberían ser cubiertas por el reportero, enviando éste su trabajo a través de una terminal de fibra óptica y antes de la implantación de este sistema por taxi, mensajero, siendo los gastos ocasionados abonados por la empresa. El demandante no tenía horario pero estaba obligado a remitir el reportaje fotográfico con anterioridad a la emisión de los informativos del centro territorial. La empresa dotó al demandante de materia en régimen de cesión de uso para la realización exclusivamente de trabajos de TVE, SA. En un determinado momento la empresa envía un escrito al actor en el que le significa la necesidad de formalizar un contrato civil de arrendamiento de servicios para la entrega de crónicas, reportajes, entrevistas, etc., previo encargo de TVE, SA. El actor responde a la empresa reclamando el carácter laboral de su relación, comunicándole la empresa a posteriori que dejará de prestar servicios para la misma.

2. La declaración de incompetencia de jurisdicción producida en instancia es combatida en este recurso de suplicación. El TSJ de Madrid confirma, sin embargo, dicha declaración considerado que ya es reiterada la jurisprudencia que viene declarando que “los colaboradores de los diversos medios de comunicación no están incursos en el contrato de trabajo, dado que el colaborador realiza su trabajo sin sujeción a la empresa y a la dirección de la misma, o sea, como dice la doctrina jurisprudencial, sin quedar dentro del círculo rector y disciplinario de la empresa”. En el caso objeto de consideración el actor “ofertaba sus servicios a TVE, SA, actuando con plena autonomía, sin directrices y fuera del ámbito de la organización empresarial, sin horario fijo y sin estar sujeto a la disciplina laboral de la demandada”. El envío por fibra óptica de los reportajes grabados “no supone indudablemente una nota de dependencia, sino únicamente la tecnología de TVE para el envío del producto, para su recepción instantánea, conservando la calidad requerida, para su posterior emisión”. Si a ello se añade que la “demandada se reservaba el derecho a admitir o no la colaboración, ejerciendo el colaborador su trabajo para otras empresas, entidades o particulares, ayudándose en ocasiones de terceras personas para el desarrollo de su actividad (...) resulta evidente que el vínculo contractual mantenido entre las partes no puede en modo alguno ser calificado de laboral”.

3. Aplica esta sentencia una jurisprudencia consolidada sobre los reporteros gráficos. Con carácter general, constituye ésta una actividad profesional realizada con autonomía plena y asumiendo el riesgo de la misma. Pero, en ocasiones, esta actividad se realiza con per-

## II. Trabajador

files que se alejan de esta consideración tradicional y se aproxima más a la relación laboral. En este caso la sentencia ha optado por una decisión conformista y conservadora con la jurisprudencia ya elaboradora, mas podían haber sido valorados algunos aspectos que hubieran hecho modificar, a buen seguro, la decisión de este tribunal por otra bien distinta. Y es que aunque aparentemente el reportero gráfico de este supuesto realiza su trabajo con plena autonomía es éste un rasgo propio de su profesión. Es él quien tiene que efectuar los reportajes gráficos imprimiendo su personalidad profesional en los mismos. Pero es TVE, SA, por lo que se desprende de la relación fáctica de este supuesto, la que selecciona las noticias a cubrir, la que determina un horario de inicio de la actividad (entre 9,30 y 10,00 horas) y la finalización de la misma (la emisión de los informativos para los que trabaja), la que posee la propiedad del material utilizado en la actividad profesional, la que, en definitiva, marca el desarrollo de la prestación de servicios salvo, lógicamente, la forma de elaborar el reportaje que es el valor añadido que corresponde al trabajador en esta actividad concreta. Probablemente la solución más acorde con los precedentes jurisprudenciales sea la adoptada por el TSJ de Madrid pero la conclusión más próxima, a mi juicio, con la realidad fáctica hubiera sido la contraria.

### D) Profesiones liberales

– STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001 (recurso 4085/2001), I.L. J 2590

1. Las partes –sociedad municipal y abogado– suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales, expresamente excluido por los firmantes de la legislación laboral y de la administrativa, acogido por tanto a las cláusulas contractuales y al CC. Se pactó una retribución periódica de 400.000 ptas. mediante facturas mensuales, sin inclusión de pagas extraordinarias, y sujetas a retención por IRPF e incremento de IVA; y se prestó una jornada fija, en las oficinas de la sociedad contratante, con régimen horario regular. Se pactó, asimismo, la posible finalización del vínculo por decisión unilateral, sin percepción de indemnización alguna y la sumisión a los Juzgados y Tribunales ordinarios del lugar de celebración.

2. La sentencia confirma la de instancia, aceptando la excepción de incompetencia, y rechazando el carácter laboral de la relación concertada. En la fundamentación de la misma se razona que a la vista de las cláusulas aceptadas por las partes “(...) no puede ser determinante (...) cual pretende la parte recurrente, el hecho de que la prestación de servicios hubiese de desarrollarse tres días a la semana, en horario de 9 a 14 horas, en las oficinas de la sociedad, ya que no consta que los referidos tres días estuviesen predeterminados por la empleadora, ni tampoco que los trabajos encomendados se realizasen exclusivamente en sus locales (...) lo que unido al hecho de que no consta estuviese sujeto al poder directivo de la misma, con el posible disfrute de vacaciones, licencias u otros permisos (...) [lo que obliga a concluir que no concurrían en el caso de autos] (...) las notas de ajenidad y dependencia (...) por lo que habrá de estar a la cualificación de la relación convenida entre las partes, unas de las cuales es abogado y por ello perfecta conocedora de lo que se pactaba, al no ser descartable su cualificación como “igual” para la prestación de servicios profesionales, en los que la presencia en los locales de la empresa podía encontrar justificación en la propia naturaleza de los servicios contratados, en cuanto tendentes a la adecuada resolución de las controversias suscitadas en las oficinas de la demandada (...)”

3. Caso este que acredita, una vez más, la auténtica incertidumbre que preside la decisión judicial de la laboralidad o extralaboralidad de las relaciones concertadas entre profesionales y sus empleadores. Parece muy claro que, por simples datos de irrelevante significado jurídico, se llega a una conclusión negativa, de la misma manera que pudo llegarse a la contraria. No es convincente, en absoluto, la negación de la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia, incluso cuando se manifiestan poderosamente sus más claros síntomas de exteriorización, cual la retribución, fija, la jornada y hasta el horario. Aunque, a su vez, la concurrencia de estos signos no es nunca decisoria para calificar el vínculo, el desmerecimiento de los mismos bajo la alegación de que eran adecuados para conseguir el fin empresarial supone una petición de principio. Como también es poco compartible condicionar la calificación jurídica de una relación a la titulación o profesión que ostenta el prestador de los servicios, pues ello equivale a consagrar que cualquier contrato suscrito por un jurista ha de ser siempre aquello que coincide con su denominación, anteponiendo de ese modo el *nomen iuris* a la realidad de las prestaciones intercambiadas entre los contratantes.

### 1) Otros

– STSJ de Madrid de 16 de octubre de 2001 (recurso 763/2001), I.L. J 2578

1. El actor –de nacionalidad marroquí y sin permiso de trabajo– prestó servicios para una empresa hostelera, con la categoría de encargado general, sujeta teóricamente al Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, pero desarrollada sin percepción de retribución económica y a cambio de la residencia y manutención gratuitas en el establecimiento hotelero del actor y de su familia. Realizada reclamación de cantidad frente a la empleadora, el Juzgado la estimó parcialmente, pero tal sentencia fue revocada en el trámite de suplicación por inexistencia de relación laboral.

2. La Sala hace suyos los razonamientos incluidos en el Informe del Ministerio Fiscal, en el cual, tras observar que en el derecho vigente, los requisitos para la operatividad de la presunción de laboralidad acogida en el art. 8.1 ET, han llegado a coincidir plenamente con los requisitos de laboralidad requeridos por el art. 1.1 ET, lo que la hace inaplicable por sí misma. De otro lado, las características concurrentes en la prestación de trabajo, sin retribución económica durante más de tres años, la falta de horario, la ausencia de acreditación de cometidos concretos, desdibujados por la dedicación a atenciones propias, hacen que falte en la presunta relación los requisitos indispensables de ajenidad, dependencia y onerosidad.

3. El resultado de la prueba practicada –inatacada en el recurso de suplicación, y de imposible valoración crítica en este comentario– dificulta definitivamente la divergencia técnica respecto de la resolución final, favorable a la incompetencia jurisdiccional por razón de la materia. Pues, efectivamente, no hay relación laboral posible, cualquiera que sea el derecho en el que pretenda apoyarse, sin la concurrencia de los denominados “presupuestos sustantivos” (DE LA VILLA GIL). En todo caso, llaman la atención tres aspectos

## II. Trabajador

en la argumentación de la Sala. En primer lugar, la afirmación realista, aunque la consecuencia sea socialmente regresiva, acerca de la total inoperancia de la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET en su actual versión, lo que no es achacable a la Sala, ni siquiera a los tribunales de justicia, sino al mismo legislador. En segundo lugar, la no valoración del alojamiento y manutención como posible retribución en especie, lo que cuando menos hubiera impedido calificar la relación establecida como una relación no onerosa. Y, en tercer lugar, el silencio que se guarda en la fundamentación de la sentencia sobre los efectos de una actividad llevada a cabo sin permiso de trabajo, por lo que no acaba por saberse hasta qué punto esa situación irregular pudo influir en la valoración global de la prueba por el juzgador *a quo*.

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

#### A) Trabajador por cuenta ajena

En los dos pronunciamientos se plantea la legalidad de la obtención de una prestación por desempleo provocada tras la prestación de servicios para un familiar. En ambos casos y tras la constatación de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes se opta por la concesión de la prestación cuestionada.

#### a) Familiares

– STSJ de Canarias (Las Palmas), de 31 de mayo de 2001 (recurso 1107/1999), I.L. J 2438

1. El INEM plantea recurso de suplicación, entendiendo que en el presente caso no existe relación laboral que dé lugar a prestación por desempleo. La sentencia recurrida presenta como hechos probados que la demandante prestó servicios para su empleador formalizados en dos contratos eventuales sucesivos, al término de los cuales solicitó prestación por desempleo. Asimismo la sentencia señala que la demandante era cónyuge de su empleador, si bien el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. Ante los datos expuestos, a los que se une la existencia de alta en el RGSS, y de percepción de salarios, la sentencia recurrida concluye la existencia de relación laboral, y reconoce el derecho de la demandante a la prestación por desempleo.

2. El Tribunal Superior de Justicia tiene que dar respuesta al único motivo de suplicación planteado por el INEM, en base al apartado c) del art. 191 LPL, al entender que se ha infringido el art. 205 LGSS, en relación con el art. 1.3.e) ET, y cuestionar la existencia de relación laboral. Así, el ponente parte de la posibilidad de que los cónyuges pueden celebrar entre ellos un contrato de trabajo tal y como dispone el art. 1323 CC. Para que tal contrato se dé, no basta la creación de una apariencia, es necesario que concurren los presupuestos básicos de la relación laboral, es decir, ajenidad, dependencia y retribución. Por lo tanto es necesario que exista una persona física o jurídica que reciba los servicios del trabajador y haga suyos, de forma directa, los frutos de los mismos, además, que el trabajador esté sometido a su poder organizativo y de dirección, y que exista una retribución que el trabajador haga propia, separándola del patrimonio del empleador. En el caso

concreto, la duda se plantea en torno a la existencia de una verdadera retribución, y se toma como dato determinante que el régimen económico del matrimonio que une a trabajador y empleador, sea el de separación de bienes. En base al mismo se confirma la concurrencia de ajenidad, por lo tanto existe relación laboral, y se dan los requisitos necesarios para reconocer el derecho cuestionado.

3. Es de interés destacar que el Tribunal llama la atención a la entidad recurrente al entender que no ha planteado el recurso de forma detallada, dejando al juicio del órgano judicial la sola cuestión de si existe o no relación laboral en el supuesto concreto, y sólo ante los hechos probados en instancia. De haber incidido en la falta de prueba suficiente que destruyera la presunción contenida en el art. 1.3.e) ET, o en la prueba misma de existencia de fraude de ley, tan frecuente en el contexto de prestaciones de servicios entre sujetos con vínculo de parentesco, la resolución hubiera podido ser diferente. En mi opinión, el tribunal ha optado por considerar suficiente para la destrucción de la presunción contenida en el precepto del estatuto, un indicio que en otras ocasiones no ha bastado, el de la existencia de régimen económico matrimonial de separación de bienes, a mi juicio relevante en estos supuestos. Dejar abierto el tema del uso fraudulento de la contratación laboral en estos casos, es cuestionable, pues es doctrina asentada que el fraude de ley nunca se presume, siempre ha de ser probado de forma contundente, y en este caso ni siquiera se ha incidido en su posible existencia.

– STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2001 (recurso 3528/2001), I.L. J 2268

1. El recurso a resolver se plantea frente a una sentencia, que en instancia, desestima la demanda formulada contra una resolución del INEM. Dicha resolución revocaba otra anterior, por la que se concedía una prestación por desempleo, al apreciar la existencia de fraude de ley. Constan como hechos probados que la recurrente, tras cotizar en otros puestos de trabajo hasta 161 días, fue contratada mediante contrato laboral eventual por un mes por una sociedad de la que era administradora su hermana. A la finalización de dicho contrato, la recurrente solicitó prestación por desempleo.

2. El fundamento de derecho segundo, viene a resolver la cuestión central del supuesto. Uno de los motivos en que la recurrente apoya su demanda se refiere a la vulneración de un principio general del derecho según el cual el fraude de ley no puede ser presumido nunca, sino que se exige prueba contundente de los hechos que lo configuran, por lo que estima que en su caso no hubo tal fraude. El ponente de la sentencia, anuncia que en estos supuestos no es posible hablar de una teoría general que responda a todas las situaciones, por lo que es necesario el examen de cada caso concreto. Al juez corresponde, a la vista de los hechos e indicios presentados, concluir si se ha producido tal fraude. Además se señala, que sólo será posible anular lo así concluido en la instancia cuando la deducción obtenida resulte ilógica o absurda. Procede a continuación a examinar los hechos y datos de que dispuso la sentencia de instancia y entiende que el único de interés era el referido a la relación de parentesco entre la actora y la administradora de la empresa, sobre la que además no consta que tuviera participación económica en la enti-

## II. Trabajador

dad. Así, se concluye que el hecho de que exista un vínculo familiar no es relevante en el contexto de las sociedades anónimas, por lo que, a pesar de que la prestación de servicios durara justo el tiempo suficiente para completar el período de carencia necesario para acceder al subsidio de desempleo, no concurren datos suficientes para considerar la existencia de fraude, por lo que se estima el recurso y se revoca la resolución administrativa objeto de conflicto.

3. Efectivamente, el fraude de ley nunca se presume. El hecho de que la administradora de la sociedad que contrata, y la persona contratada estén unidas por vínculos familiares, no debe dar lugar a la presunción automática de la existencia de un fraude en la contratación. En este caso en concreto, y a mi entender, es un dato fundamental la no constancia de que la administradora de la sociedad tuviera participación económica en la misma. Y resulta relevante, en el momento en que esa no participación haga evidente la dependencia de esta administradora respecto a los socios propietarios de la sociedad, por lo tanto el hecho de que cualquiera de sus decisiones va a quedar subordinada a la voluntad de los verdaderos dueños de la empresa. Otra cosa sería, que la administradora fuera también partícipe, y con una participación determinante de la voluntad de la sociedad. En ese caso la duda se plantearía sobre la concurrencia o no de la exclusión prevista en el art. 1.3.e) ET, elemento que no ha de ser objeto de este análisis.

### **B) Inclusiones por asimilación**

Los tres supuestos se centran en la valoración de los consejeros o administradores en relación con la Seguridad Social si bien desde dos perspectivas distintas. En los dos primeros supuestos y con sentencias de idéntica fecha, para indicar que sí corresponde la prestación por desempleo a quien compatibiliza dicha condición con el trabajo por cuenta ajena cuando se demuestra que el nombramiento de administrador es meramente formal. En el segundo supuesto, para confirmar el alta de oficio llevado a cabo por la TGSS en el RETA de los administradores de una sociedad.

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

– STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2001 (recurso 3496/1998), I.L. J 2211

1. Una vez más, en el presente caso se presentan en posiciones enfrentadas el INEM y un socio trabajador, siendo el objeto de contienda la posible existencia de un derecho a prestación por desempleo. El INEM presenta un recurso de suplicación frente a la sentencia en instancia que reconocía el derecho del actor a la prestación por desempleo, alegando que aunque el actor estuviese afiliado al RGSS y hubiese cotizado por la contingencia de desempleo, lo que realmente resulta determinante es que era accionista de la empresa en un 25 por ciento de su capital y ejercía como administrador de la misma. La cuestión que se debate se centra pues, en determinar la existencia de relación laboral paralela a la relación societaria, partiendo del hecho probado en la sentencia de instancia de que, aunque el actor aparece como administrador en las escrituras, su nombramiento fue meramente formal, no ejercitando las funciones que como tal le correspondían.

2. El Tribunal resuelve la cuestión planteada, recurriendo a la asentada jurisprudencia del TS en esta materia. Así, parte de la afirmación que reconoce como válida la posible convivencia de la condición de socio y de trabajador por cuenta ajena en un mismo sujeto frente a una misma entidad jurídica. A continuación procede a analizar la posible exclusión en el caso de los presupuestos de ajenidad y dependencia. Señala en primer lugar, que la pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad no es obstáculo al reconocimiento de una relación laboral común desarrollada simultáneamente con dicha sociedad (SSTS de 15 de noviembre de 1990 y de 18 de marzo de 1998). A continuación indica que cuando la condición de socio es minoritaria y, por sí sola, no le permite imponer su voluntad ni tomar decisiones capaces de vincular a la sociedad, debe considerarse que se está ante un trabajador por cuenta ajena (STS de 29 de enero de 1997). Con estos argumentos la sentencia desestima el recurso y confirma la resolución recurrida.

– STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2001 (recurso 1939/2001), I.L. J 2260

1. En la resolución de instancia recurrida en suplicación constan como hechos probados que el hoy recurrente, interpuso demanda contra la TGSS en reclamación de alta en el RETA, demanda que fue desestimada. Previamente, la misma TGSS había notificado al recurrente, resolución por la que se le comunica su alta en el RETA, y se le solicita el pago de cuotas impagadas hasta ese momento. El recurrente figuraba durante el período objeto de conflicto, como administrador único y accionista del 35 por ciento del capital social de la entidad “Café Olé, SL”, y además ejercía amplios poderes de relevancia para dicha mercantil.

2. El tribunal centra los fundamentos de derecho en resolver los motivos planteados por el recurrente en base al art. 191.c) LPL. En primer lugar, considera vulnerado el art. 2 del Decreto 2530/1970, y entiende que no se halla comprendido en el concepto de trabajador autónomo en sentido real, al no haberse iniciado la actividad de la empresa en la fecha en que se produjo el alta de oficio. También alega vulneración de cierta jurisprudencia del TS (SSTS de 4, 17 y 24 de marzo de 1997), sosteniendo que su relación con la empresa de la que era administrador no era de carácter laboral, ni por cuenta ajena, ni por cuenta propia. Respecto a la primera de las cuestiones, el ponente tiene en cuenta los datos referentes a la condición de administrador único del recurrente, y propietario del 35 por ciento del capital social de la entidad, así como a la realización por su parte, en uso de amplios poderes, de todos los actos preparatorios del inicio de actividad de la misma. En base a todo ello, se confirma lo dispuesto por la sentencia de instancia. En cuanto al segundo de los motivos planteados, se vuelve a tomar en consideración los mismos datos fácticos, añadiendo el hecho de que la esposa del recurrente es la titular del resto del capital social. Por todo ello se concluye que era administrador único con control efectivo y por lo tanto encuadrable en el RETA.

3. Una vez más hay que acudir a lo señalado por la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS en su última redacción, introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, para conocer del tumultuoso encuadramiento del socio administrador. Así, se considerará encuadrable en el RETA, aquel socio que también sea administrador de la

## II. Trabajador

sociedad, pero no un administrador cualquiera, sino aquel que realice funciones de dirección y gestión, un administrador activo. Además se requiere que ostente el control efectivo de la sociedad. En el caso concreto que se plantea, queda probado que el recurrente ejercía con amplios poderes funciones de dirección y gestión de la entidad mercantil, con lo que se cumpliría el primero de los requisitos. Además, parece que el control efectivo concurre, en la medida en que el capital social de la sociedad se encuentra repartido entre él mismo, y su esposa, si bien el régimen matrimonial que comparten es el de separación de bienes. Por todo ello, muestro mi acuerdo con la decisión adoptada por el Tribunal.

4. Varias cuestiones a tratar en este comentario. En primer lugar, las alegaciones planteadas por el INEM indicando que los datos referidos a que el actor estuviera dado de alta en el RGSS, cotizando por todas las contingencias, etc., no son determinantes para declarar la existencia de una relación laboral, es en mi opinión una fórmula generalizada en este tipo de recursos, que habría de ser razonada, pues si bien no son datos determinantes, sí son indicios que deben ser tenidos en cuenta, al igual que debe ser tenida en cuenta la inexistencia del expediente correspondiente planteando la baja de oficio del RGSS de este socio trabajador. Se trata de indicios que acompañados de los criterios asentados firmemente ya por la jurisprudencia (participación minoritaria en el capital social, y participación no determinante en la administración de la sociedad), llevan a determinar la existencia de relación laboral en casos como el presente. No obstante, resulta de interés observar en cada caso no sólo la participación numérica del socio en el capital, sino la influencia de su participación, pues puede darse el caso de una participación inferior al 50 por ciento fijado por la jurisprudencia, que ejerza un fuerte control *de facto* sobre una sociedad en que el resto del capital se halla realmente disperso.

– STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001 (recurso 2839/2001), I.L. J 2267

1. El demandante y su esposa constituyeron una sociedad cuyo objeto era el asesoramiento financiero, contable, fiscal y jurídico de las personas físicas o empresas, la prestación de servicios a las empresas, la compra, venta y explotación, incluso en forma de arriendo, excluido el financiero, de toda clase de bienes inmuebles. El capital social es de un millón de pesetas, dividido en 1.000 participaciones, de las que el demandante ha suscrito 500 y el resto su esposa. Ambos han sido designados administradores solidarios. La empresa fue dada de alta en IAE el 13 de mayo de 1996. El demandante está inscrito en la Mutualidad de la Abogacía, habiendo causado alta en ella en octubre de 1976, en cuya situación continúa. La TGSS ha acordado el alta de oficio del demandante en el RETA, a consecuencia de su actividad en la referida sociedad. Frente a ello interpone demanda en el Juzgado de lo Social, que fue desestimada y frente a dicha sentencia interpone recurso de suplicación, que también es desestimado por esta sentencia.

2. El TSJ confirma la sentencia de instancia por varios argumentos. En primer lugar se afirma que si bien no consta en los estatutos sociales que el cargo de administrador sea retribuido, ello no es obstáculo para el percibo de una retribución, pues puede serlo a través de la vía de participación de beneficios, lo que se posibilita al concurrir en el demandante las condiciones de administrador solidario, titular del 50 por ciento del capital social, ser su esposa la propietaria del resto, y expresarse en los estatutos que los socios tendrán derecho a los bene-

ficios repartibles en proporción a sus respectivas participaciones sociales. Al concurrir en el demandante las condiciones de administrador y director de la entidad, así como representante y propietario de la mitad, se afirma la concurrencia del control efectivo de la misma (Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS). Asimismo se dice que no es aplicable al demandante la exención de la Disposición Adicional Decimoquinta Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pues si bien es cierto que en ella se dice que quedan exentos del alta en el RETA quienes optaron por incorporarse a la Mutuality de Previsión Social establecida en el correspondiente Colegio Profesional, y es cierto también que el actor está inscrito en la Mutuality de la Abogacía, en la que causó alta en octubre de 1976 y sigue en 4 de enero de 2000, no es menos cierto que tal exención se limita a las actividades jurídicas correspondientes a la profesión de abogado, no operando en aquellos supuestos en que la prestación de servicios comprende otras áreas ajenas a las anteriores, como es el caso del demandante, a la vista del objeto social de la sociedad que constituyó con su esposa.

3. Se deben enfocar dos cuestiones: una la menos importante es la relativa a la estimación de que existe retribución, lo que se presume, pero no se tiene como probado, aunque se tenga derecho a beneficios sociales. Destaca que el demandante tiene el control efectivo de la sociedad, en el sentido de la Disposición Adicional Vigésima primera. 1º LGSS, lo que se debe afirmar, no tanto por sus relaciones directas con la sociedad, cuanto –además– por su vínculo de matrimonio con la otra titular del 50 por ciento del capital social. La otra cuestión se centra en la condición de mutualista de la Mutuality de la Abogacía. Es manifiestamente correcta la postura judicial, en el sentido de que el demandante, no se ha dado de alta en el Colegio de Abogados por su condición de socio de la sociedad de que se trata, sino tan sólo porque es licenciado en Derecho que ejerce como tal. En el resto de las actividades sociales no actúa como jurista, sino como experto en otras materias y actividades. La consecuencia es que la colegiación en el de Abogados es obligatoria a consecuencia del desempeño de una parte de la actividad social, y la inclusión en el RETA es también obligada por el resto de actividades que el demandante desempeña en su condición de administrador y director de la entidad, así como representante y propietario de la mitad del capital social de la misma.

### 1) Otros

– STS de 19 de julio de 2001 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4384/2001), I.L. J 2170

1. La actora reclama pensiones de viudedad y de orfandad derivadas del fallecimiento del causante el 22 de mayo de 1996, quien estuvo en situación de afiliado al RGSS desde el 1 de agosto de 1979 al 19 de septiembre de 1990, con tiempo cotizado igual a 1.829 días, inscrito como demandante de empleo desde 1 de septiembre de 1982 hasta la fecha de su fallecimiento. Durante este tiempo el causante tenía regularizada la demanda de empleo, con interrupciones que se debían, todas ellas, a ocupaciones. El causante además de no estar en alta al fallecer, no acreditaba en los últimos 5 años 500 días de cotización.

## II. Trabajador

2. Al fin de mitigar el rigor de la mera literalidad del requisito del alta o de la situación asimilada al alta, se ha acudido a criterios humanizadores, entre los que se halla que el interesado se encuentre inscrito como demandante de empleo y se mantenga sin interrupciones significativas, mediante la inscripción actualizada en la correspondiente Oficina de Empleo, tras el agotamiento de las prestaciones o del subsidio de desempleo. Se entiende que la situación de paro involuntario no se refiere únicamente al momento del hecho causante de la prestación, sino al período que sigue al agotamiento de las prestaciones por desempleo. Por ello no constituye situación asimilada al alta la voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la seguridad social y la inscripción como demandante de empleo, o las posteriores interrupciones de esta última situación. Pero, incluso en ciertas situaciones, se estima que existe el *animus laborandi*, aun sin tener empleo, cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias, como se dice en la STS de 14 de abril de 2000. En el caso de que concurren períodos de actividad laboral discontinuos, entre los que se intercalan períodos de paro involuntario con tal inscripción, se estima que existe situación asimilada al alta porque se mantiene viva la voluntad del causante de mantenerse vinculado al sistema de la Seguridad Social, siendo la inscripción como demandante de empleo en la Oficina correspondiente, el instrumento justificativo de la involuntariedad del paro. En el caso de interpretar el art. 174 LGSS, se descarta como tiempo en el que se ha de acreditar unos días de cotización, aquella etapa en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación por desempleo involuntario, debiendo excluirse como paréntesis no computable. Así se concluye que se encontraba en situación asimilada al alta y que el causante acredita más de 500 días de cotización en el tiempo en que pudo estar empleado. Se estima el recurso de la viuda y se reconoce el derecho a las pensiones de viudedad y orfandad y auxilio por defunción.

3. En la identificación de las situaciones asimiladas al alta existe una carrera para la atemperación de su rigor, entre la normativa reglamentaria y la jurisprudencia, como se ve en el art. 36.2 RD 84/1996, de 26 de enero, en el que se considera para todas las prestaciones del sistema, como situación asimilada al alta, la derivada del paro involuntario subsiguiente al desempleo total y subsidiado, siempre que “se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo. La jurisprudencia ha exigido, en principio, que tal inscripción como demandante de empleo debe mantenerse sin interrupciones. Pero tal criterio general encuentra algunas excepciones en las que, a pesar del alejamiento temporal del mercado de trabajo, se entiende que sigue vivo el *animus laborandi* del asegurado. Así, se ha afirmado que un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo” no revela “la voluntad de apartarse del mundo laboral”. La valoración de esa brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su “carrera de seguro”, y también la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal. Lo que debe contar, en definitiva, en la apreciación del requisito de alta o situación asimilada, es el cumplimiento de la finalidad del mismo, que es la selección como beneficiarios de las prestaciones contributivas de aquellos asegurados que han mantenido su voluntad de permanencia en el mundo del trabajo a lo largo de las distintas etapas de su vida activa. Por ello se ha llegado a estimar que no es intervalo largo el de dos años sin inscripción en la Oficina de Empleo, si tiene lugar dentro del conjunto de la vida activa del asegurado desde 1973 a 1994. (SSTS 29 de mayo de 1992

22 de marzo de 1993 y 1 de abril de 1993, 12 de marzo de 1998, 9 de noviembre de 1999, 14 de abril de 2000 y 25 de julio de 2000).

### **C) Exclusiones**

#### **c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social**

Administradores y consejeros son considerados fuera del sistema de Seguridad Social, bien para la obligación de cotizar o bien para obtener prestaciones de la misma, por diferentes razones en las tres sentencias, la primera dictada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, por razones distintas.

– **STS de 8 de octubre de 2001** (recurso en unificación de doctrina 2597/2000), I.L.J 2062

1. La sentencia que se comenta se ocupa de analizar un interesante supuesto de un Secretario del Consejo de Administración con participación accionarial aunque inferior al 50 por ciento del capital social, que realizaba asimismo funciones de técnico al servicio de la sociedad. El trabajador tenía conferidos a su favor poderes muy amplios de representación de la sociedad, otorgados mediante escritura pública por el Gerente de la sociedad, hermano del mismo.

2. La sentencia no revoca la de suplicación, que consideró procedente el derecho del trabajador a la prestación por desempleo, al no estimar la existencia de contradicción. La argumentación del TS, a pesar de la STS de 5 de octubre de 1998, recurso u.d. 300/1998, de contraste, se centra en el hecho de que dada la amplitud de poderes otorgados a favor del trabajador por el Gerente, su hermano, ha de equipararse la figura de Apoderado a la de Administrador, implicando este hecho la inexistencia de contradicción.

3. El fallo comentado resuelve de forma poco afortunada tanto en la apreciación de inexistencia de contradicción como en la argumentación de fondo, un supuesto de acceso a la prestación por desempleo de quien tiene una participación social inferior al 50 por ciento y cuyo hermano es Gerente de la sociedad. De los fundamentos de derecho no se puede deducir la legislación vigente aplicable al caso, pero, sea cual fuere, la solución difiere tanto de la posición mayoritaria del TS como de la doctrina en la materia. En primer lugar, porque se equipara a Administrador a quien tan sólo realiza funciones de Secretario del Consejo (los fundamentos de derecho de la sentencia no especifican si se trataba o no de un secretario consejero, con o sin derecho a voto), tan sólo por haber sido otorgados a su favor amplios poderes por el Gerente. Pero, fundamentalmente, porque de la asunción de dichos poderes tan sólo podría derivarse su discutible calificación como alto directivo, lo que nunca impediría por sí sola el acceso al desempleo. La sentencia sirve, sin embargo, para poner de manifiesto la vulnerabilidad y formalismo de la teoría del vínculo, ya que el ejercicio derivado (por poderes) y no originario (delegación de facultades) de las funciones de dirección y gerencia es, en la actualidad, un elemento esencial para calificar la relación jurídica existente tanto desde el punto de vista laboral como de Seguridad Social.

## II. Trabajador

– STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2001 (recurso 1077/2001), I.L. J 2236

1. En esta sentencia se parte de los hechos probados en la de instancia, según la cual, el recurrente es administrador único de la sociedad “Europea de Asesoramiento y Consulting, SL”, y además, titular de la totalidad de las participaciones del capital social. En 1997 el recurrente se dio de alta en el RETA, por la base mínima de cotización, y en 1999 presentó solicitud de baja. Ante esta solicitud, la TGSS emite resolución denegándola. La sentencia de instancia resuelve el recurso planteado por el recurrente declarando la nulidad del alta en el RETA, y obligando a la TGSS a respetar las consecuencias de esta declaración. Frente a esta sentencia se alza la Tesorería en recurso de suplicación.

2. La sentencia resuelve en breve espacio una cuestión sumamente compleja. Ante los dos motivos de suplicación en los que se articula el recurso de la TGSS, desestima ambos y confirma la sentencia recurrida. Como argumento para desestimar el primer motivo del recurso, apoyado en el apartado a) del art. 191 LPL, solicitando la nulidad de actuaciones al considerar necesaria la comparecencia en el proceso como parte actora de la propia Sociedad Limitada, el tribunal alega la confusión con que se plantea el mismo, y señala que los únicos interesados como parte en el proceso son el actor y la propia TGSS. Respecto al segundo motivo de suplicación, basado en el apartado c) del mismo precepto procesal, el Tribunal encuentra que la mera alegación de vulneración de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, según la redacción dada por el art. 34.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, y de la jurisprudencia citada, sin más razonamiento, no merece consideración, por lo que señala que la falta probada de poder de dirección y ejecución del actor en la empresa en la que es administrador único y accionista mayoritario supone su no inclusión en el RETA ni en ningún otro régimen de la Seguridad Social.

3. Esta resolución es una muestra más de la confusión jurisprudencial y legal que ha venido acompañando al tema del encuadramiento en la Seguridad Social de figuras como la de los socios trabajadores de sociedades capitalistas o la de los administradores. En este caso se está en presencia de una persona física en la que confluyen dos características: la de ser socio mayoritario del capital social, y administrador único. El hecho de que sea socio mayoritario parece excluirle del RGSS, respecto a la segunda característica no queda nada claro qué efecto pueda tener sobre su encuadramiento. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, es la última de varias iniciativas legislativas (la inmediatamente anterior es la de la Ley 66/1997), acompañadas del vaivén de las posiciones jurisprudenciales del TS (vid. la Sentencia de 19 de octubre de 1998 o las de 29 y 30 de enero de 1997). De la última versión que introduce de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, se desprende que quienes poseen el control efectivo de la sociedad, como es el caso, pero no realizan funciones de dirección y gerencia como consecuencia del desempeño del cargo de administrador de la sociedad, como parece ser aquí, no se encuentran incluidos en el RETA. Por lo que, si atendemos al confuso razonamiento de la sentencia según el cual el actor se configura como un administrador meramente pasivo, efectivamente quedará excluido no sólo del RGSS, sino también del RETA.

– STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001 (recurso 2534/2001), I.L. J 2534

1. La sentencia analizada aborda un supuesto de socio de una sociedad limitada que ostenta el 20 por ciento del capital y tiene la condición de administrador solidario, no realizando funciones de dirección y gerencia y no siendo retribuido por el cargo. El socio realizaba al mismo tiempo una actividad por cuenta propia como profesional libre, ajena por completo al cargo de administrador. En esta situación, el trabajador solicita a la TGSS su encuadramiento en el RGSS, en situación de asimilado, al amparo de las modificaciones introducidas por la Ley 50/1998. La TGSS deniega este derecho, y en el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Cataluña.

2. Según la sentencia, no cabe el encuadramiento del socio en el RGSS como asimilado, al no desarrollar funciones de dirección y gerencia como administrador y, además, porque el cargo de administrador no era retribuido. Asimismo, considera que no cabe un nuevo encuadramiento en el RETA, por su condición de socio, puesto que ya se encontraba encuadrado en dicho Régimen por tratarse de un profesional liberal. En cualquier caso, señala la sentencia, aunque como *obiter dicta*, “*resulta que no puede estar dado de alta en el RETA por una actividad de socio y administrador al no poseer el 50 por ciento del capital social ni haberse probado tampoco su situación de dominio sobre la empresa demandante*”.

3. El interés de la sentencia no reside tanto en el supuesto analizado como en el hecho de que se acerca a tres temas de relieve. En primer lugar, porque considera al socio trabajador como no retribuido sólo porque el cargo de administrador no lo era, pareciendo apartarse así del criterio sentado por la Circular 5-019/99, de 10 de junio, que sirve de apoyo en otros aspectos a la sentencia. En segundo lugar, porque reconoce expresamente que para que un socio, siendo titular del 20 por ciento del capital social, esté encuadrado en el RETA, es necesario que se demuestre su situación de dominio sobre la empresa demandante. Y, en tercer lugar, pone de manifiesto una cuestión que afecta esencialmente a las profesiones liberales, pero también a algún otro colectivo. Así, se señala que no cabe encuadramiento en el RETA porque el socio ya se encuentra dado de alta en dicho Régimen como profesional liberal, asumiendo que no parece haber un doble encuadramiento por trabajos por cuenta propia. Pero cabe esta situación si el profesional se encuentra acogido a alguna de las Mutualidades “históricas”, no habiendo optado por el RETA. Ello se resolvería optando definitivamente por el RETA, lo cual no siempre es posible.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL  
LOURDES LÓPEZ CUMBRE (coordinadora)  
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO  
MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE  
ANA DE LA PUEBLA PINILLA

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR  
BORJA SUÁREZ CORUJO  
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ  
LUIS E. DE LA VILLA DE LA SERNA

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

**1. Consideración preliminar. 2. Empresario.** A) Sociedad civil irregular: alcance de la

responsabilidad solidaria. **3. Grupo de empresas.** A) Elementos que determinan la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo. **4. Empresas de Trabajo Temporal.**

A) Aplicación del régimen salarial fijado en Convenios colectivos extraestatutarios.

B) Aplicación de complemento previsto en pacto de empresa a trabajadores procedentes

de ETT. **5. Cesión ilegal de trabajadores.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) La condición de fijo no puede adquirirse extinguida la relación laboral.

**6. Sucesión de empresas.** A) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual. B) Subrogación empresarial en supuestos de sociedades laborales.

C) Responsabilidad solidaria del adquirente de una empresa en venta judicial.

D) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1770 a J 2626) 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 relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. EMPRESARIO

### A) Sociedad civil irregular: alcance de la responsabilidad solidaria

La irregular constitución de una sociedad civil o mercantil, ya sea por ausencia de inscripción o por desconocimiento de terceros, abre paso a la calificación de ésta como sociedad irregular y, consecuentemente, procede declarar la responsabilidad solidaria de los socios. Pero el tráfico jurídico genera un buen número de relaciones cruzadas entre los socios y la sociedad irregular. En concreto, la **STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2622, resuelve la reclamación por despido improcedente realizada por un trabajador contratado por un empresario individual, extendiendo la responsabilidad de éste a la sociedad civil de la que forma parte, y solidariamente al resto de los socios de la misma. El primer paso se justifica en las declaraciones del propio empresario, recogidas en un de acta de Inspección en la que el mismo reconoce la titularidad de la sociedad civil sobre el negocio en el que el trabajador presta sus servicios, de manera que:

“(…) conocidas las estipulaciones de la constitución de la Sociedad, dan a éstas el carácter de empresa al tener un asalariado que trabajando para el Sr. B. lo hace, por extensión para la Sociedad”.

El segundo paso, la declaración de la responsabilidad solidaria de los socios se funda en el previo reconocimiento de la irregularidad de la sociedad civil en la que poseen participaciones. En esta ocasión, la declaración de irregularidad de la sociedad se basa en la *affectio societatis* entre los miembros de la comunidad y en el probado hecho de que uno de los socios posee el 98 por ciento de las participaciones, y especialmente, en la jurisprudencia que considera irregulares las sociedades constituidas sin los requisitos legales; y ello, a pesar de que en el supuesto objeto de litigio queda probado que la sociedad civil se constituyó formalmente y consta su registro, sin embargo, queda también suficientemente acreditado que los citados elementos:

“(…) no tiene los efectos de conocimiento de terceros con lo cual se debe declarar la responsabilidad solidaria de los socios conforme se establece en los artículos 117 y 120 del Código de Comercio”.

Desde la perspectiva contraria, la **STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2001**, I.L. J 2527, extiende la solidaria responsabilidad de la sociedad, por los salarios impagados a un trabajador que prestaba servicios para la misma, a la persona física que ejercía como gerente de la sociedad. La sentencia parte del reconocimiento de la probada situación irregular en la que sociedad precitada actúa en el tráfico jurídico, motivada en la ausencia de inscripción registral. A consecuencia de esta situación, ante la inexistencia de personalidad jurídica societaria, resulta legalmente inadecuado reconocer la personalidad individual y diferenciada de los socios, de forma que en ausencia de la primera la situación se resuelve con su consideración como comunidad de bienes:

### III. Empresario

“a la que el núm. 2 del artículo 1 éste del Estatuto de los Trabajadores expresamente reconoce y otorga la condición de empresario, en tanto que el centro de responsabilidad (...) siempre ha de estar referido (...) a entes dotados de personalidad como lo son los socios o personas individuales integrantes de dicha comunidad”.

Pero ello únicamente sirve para extender la responsabilidad a los socios participantes en la sociedad irregular, mientras que en el caso que nos ocupa se reclama adiconar la responsabilidad individual de la persona física que actuaba como gerente de la sociedad. La sentencia presume su condición de empresario, circunstancia que deduce del probado hecho de que éste suscribió, como representante de una empresa jurídicamente inexistente, el contrato de trabajo del que trae causa el crédito retributivo objeto de litigio. Además resuelve conferir al supuesto empresario la carga de la prueba que podría haber hecho decaer la precitada presunción, ante cuya inactividad procesal procede estimar el recurso interpuesto pues,

“(...) si el codemandado Sr. P.R. suscribió el contrato laboral del que dimana la existencia del crédito retributivo objeto de reclamación (y cuya legitimidad judicialmente se reconoce) como Gerente y ‘representante’ de una empresa jurídicamente inexistente, vulnera la Magistrada la correcta aplicación del *onus probandi* (FJ 1º) al desplazar sobre quien reclama la ‘carga’ de acreditar la condición empresarial del codemandado absuelto, cuando es lo cierto que aquella jurídica situación imponía al incomparecido en juicio la necesidad de probar que, no obstante su posición contractual, no actuaba como empresario frente a terceros”.

### 3. GRUPO DE EMPRESAS

#### A) Elementos que determinan la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo

Los recurrentes pronunciamientos jurisprudenciales que tienen por objeto sistematizar los elementos cuya presencia permiten condenar solidariamente a las distintas sociedades o empresas que constituyen un grupo de empresas han ocupado estas páginas en numerosas ocasiones. El Tribunal Supremo niega la posibilidad de aplicar de manera automática la responsabilidad prevista en el artículo 43 ET, que regula la cesión ilegal de trabajadores, a los supuestos de circulación de trabajadores entre las empresas de un grupo, cuando tal circunstancia obedece a razones técnicas y organizativas, y siempre que se establezcan las garantías precisas para los trabajadores. Conforme a esta doctrina jurisprudencial, cada una de las empresas que forman el grupo limita su responsabilidad a las obligaciones contraídas con sus propios trabajadores, como personas jurídicas autónomas que son. La consiguiente aplicación del artículo 43 ET requiere la presencia de algún otro elemento adicional, de un plus que ponga de manifiesto una intencionalidad abusiva o fraudulenta, que ha sido residenciado en la constatación de alguno de los siguientes elementos:

(1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (...). 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empre-

sas del grupo (...). 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (...). 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (...). STS de 26 de septiembre de 2001, u.d., I.L. J 2175.

Pero como en otras ocasiones ya hemos comentado, la aplicación de tan reiterada y explícita línea jurisprudencial se complica en la fase probatoria de la presencia, alternativa o acumulativa, de los elementos delimitadores más arriba reseñados, convirtiendo en extremadamente delgada la línea que divide en esta materia los comportamientos empresariales lícitos de las conductas fraudulentas. En este sentido, el precitado pronunciamiento jurisdiccional considera insuficiente para reconocer el ánimo defraudatorio exigido, la identidad de domicilios entre las empresas afectadas, la ocupación gratuita de inmuebles propiedad de una sociedad, la concesión entre estas sociedades de créditos sin exigir garantías de ningún tipo, conocida la situación de quiebra en que se encontraba la sociedad que lo recibe, o la carencia de personal de alguna de las sociedades componentes del grupo. Por el contrario, en otras ocasiones el propio Tribunal reconoce la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo:

“(...) al comprobar cómo se trasladan cantidades de numerario de unas a otras, sin operaciones en las que dicho dinero fuera precio. Además, en el supuesto enjuiciado, se traspasan propiedades de bienes inmuebles, compartidos en su uso bajo la anterior titularidad dominical de una de ellas, a lo que se une la utilización indeterminada y simultánea de los servicios del mismo trabajador por varias de las empresas, aparentemente autónomas, aunque regidas por las mismas personas, incluso por alguna de las personas jurídicas, respecto de las cuales se pretende aparentar la misma autonomía funcional”. STS de 9 de julio de 2001, u.d., I.L. J 2500.

#### 4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

##### A) Aplicación de régimen salarial fijado en Convenios colectivos extraestatutarios

El artículo 11 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal iguala las retribuciones de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, a las totales fijadas para el puesto de trabajo a desarrollar por éstos en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria. Este principio de paridad retributiva debe considerarse como un derecho mínimo pues se aplicará sin perjuicio de que el convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal establezca unas retribuciones superiores. El problema que se plantea está relacionado con la interpretación del término “convenio colectivo”, y en concreto si bajo esta denominación pueden encuadrarse todos los productos de la negociación colectiva independientemente de su reconocimiento por el Título III del ET, o si por el contrario, la referencia legal debe tenerse por realizada únicamente con relación a los llamados convenios colectivos estatutarios regulados en el precitado texto normativo. A favor de la primera interpretación obran un buen número de argumentos, entre los que merece la pena

### III. Empresario

destacar el espíritu de la reforma introducida por Ley 29/1999, que como es conocido pretendía expresamente igualar las retribuciones de los trabajadores de la ETT y los trabajadores de la empresa usuaria, sin que la naturaleza del instrumento negocial mediante el cual han sido fijadas las retribuciones de la empresa usuaria sea relevante a estos efectos. En apoyo de esta tesis, el convenio colectivo del sector expresamente señala que dentro del concepto de “convenio colectivo aplicable” deben entenderse considerados “los convenios colectivos de carácter estatutario o extraestatutario, así como pactos o acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa usuaria”, previsión que parece debe cerrar toda discusión al respecto. Así lo ha entendido la **STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2001**, I.L. J 2271, que reconoce el derecho de un trabajador contratado por una ETT a percibir las retribuciones fijadas en el pacto de empresa aplicable a la empresa usuaria para la que presta servicios, percepciones diferentes y superiores a las previstas en el convenio colectivo del sector. La sentencia estima que aunque el desarrollo del precepto legal:

“(…) no se corresponde milimétricamente con lo enunciado en la Exposición de Motivos de la citada Ley 29/1999, sí que se corresponde mejor con la finalidad allí prevista la interpretación propugnada por la recurrente, por cuanto que, si no la igualdad salarial absoluta, cuando menos se mantiene el principio de identidad de régimen salarial si se acude a tal interpretación extensiva de la expresión en casos como el presente y así se alcanza aquella finalidad”.

#### **B) Aplicación de complemento previsto en pacto de empresa a trabajadores procedentes de ETT**

La procedencia de un colectivo de trabajadores, anteriormente contratados por una ETT para desarrollar su prestación de servicios en la empresa usuaria que ahora los contrata para formar parte de su plantilla, sirve para establecer un régimen salarial diferente entre éstos y el resto de los trabajadores de la empresa. La diferencia salarial consiste en la no aplicación a este colectivo de trabajadores de un determinado concepto retributivo conocido como “plus de convergencia”, cuya exclusiva finalidad reside en la reducción de las diferencias de remuneración entre trabajadores de la misma categoría y grupo profesional tras la fusión de dos entidades. Por ello, el presupuesto que determina la existencia del concepto retributivo es la pertenencia al censo laboral de cualquiera de las entidades implicadas en el momento de la fusión de éstas, en el supuesto contrario no existe situación que homogeneizar, no ha de extrañar por tanto que a estos efectos los trabajadores de la ETT reciban el mismo tratamiento que los trabajadores de nuevo ingreso. Es evidente que en el supuesto objeto de litigio, no es de aplicación la norma reguladora del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, porque los trabajadores demandantes lo son ya de la empresa usuaria, y las relaciones laborales objeto de revisión judicial son las que éstos mantienen con aquélla, no la que anteriormente les vinculaba con la ETT ahora extinguida. Haciendo uso de la regulación prevista en el ET, la **STS de 31 de octubre de 2001**, I.L. J 2376, estima lícita la diferencia de trato de que son objeto los trabajadores de la ETT argumentando que en el supuesto relatado:

“(…) no nos encontramos en el caso ante un supuesto de doble escala salarial en el que la nueva fecha de ingreso en la empresa determina por sí sola una diferencia retributiva. En

el plus de convergencia en litigio la causa de la percepción del complemento es el hecho de incorporarse a una empresa fusionada con una retribución inferior a la de otros trabajadores de la misma empresa que desempeñan la misma categoría profesional. Este hecho antecedente tiene que ver desde luego con la fecha de ingreso en la empresa, ya que la presencia en la misma en el momento de la fusión es condición necesaria para que se produzca. Pero tiene que ver además con factores de la vida profesional, como la antigüedad o permanencia en la empresa, o la adquisición en la misma a título personal de un nivel retributivo determinado, admitidos por la jurisprudencia de esta Sala (...)"

## 5. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

### A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

La proximidad entre los supuestos de cesión ilegal de trabajadores regulada en el artículo 43 ET y la lícita contratación de una prestación de servicios entre dos empresas prevista en el artículo 42 ET, especialmente cuando las características del servicio objeto de arrendamiento imponen que su realización tenga lugar en el espacio geográfico que ocupa la empresa principal o arrendataria, circunstancia que no se suele producir cuando la prestación de servicios se produce en la sede de la empresa contratista. A consecuencia de ello, esta materia resulta una fuente constante de litigios en los que en ocasiones resulta complicado reconocer, en cada supuesto concreto, las situaciones que se corresponden con una simple interposición acordada para la cesión de trabajadores y aquéllas producto de lícitos procesos de descentralización productiva. Para resolver los supuestos sometidos a juicio, la jurisprudencia hace uso de una serie de criterios orientativos que deben ser considerados complementarios, entre los que pueden citarse:

“la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios o la realidad empresarial del contratista” STS de 14 de septiembre de 2001, u.d., I.L. J 2179.

Sobre la trascendencia de este último criterio en la delimitación del supuesto de hecho, reflexiona la sentencia precitada, rechazando que la cesión de trabajadores sólo pueda producirse en el ámbito de empresas ficticias interpuestas, esto es, la cesión ilegal de trabajadores puede producirse tanto cuando la empresa que facilita personal a la empresa principal posee una actividad y una organización propia, como cuando la empresa suministradora de mano de obra carece de tales extremos, sin perjuicio de que en este último supuesto los indicios apuntan con mayor claridad a la cesión de trabajadores. Lo relevante a los efectos de aplicación del artículo 43 ET es si la organización de esta empresa ha sido puesta en juego en la prestación del servicio objeto de arrendamiento, o si por el contrario, esta prestación se agota con la mera puesta a disposición de la empresa principal de los trabajadores que deben ejecutarlo. En este sentido la sentencia asevera que, la actuación empresarial:

### III. Empresario

“(…) en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal”.

#### **B) La condición de fijo no puede adquirirse extinguida la relación laboral**

Conforme establece el artículo 43.3 ET, los trabajadores sometidos a tráfico prohibido, trabajadores contratados para ser cedidos temporalmente a otra empresa fuera del ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal, tendrán derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la empresa cesionaria, opción que será ejercida por el propio trabajador. La previsión normativa, que pretende servir de garantía a los trabajadores y contemporáneamente como elemento disuasorio de la generalización de conductas empresariales desviadas, pierde eficacia cuando para su aplicación se exige la vigencia de la relación laboral. Habitualmente el trabajador sometido a tráfico prohibido consiente la irregularidad de la relación en tanto ésta se mantiene vigente, la tutela de los tribunales es requerida cuando la relación de trabajo entra en crisis, o directamente se produce la extinción de la misma. Si extinguida la relación laboral la garantía establecida en el artículo 43.3 ET deviene inaplicable, las posibilidades de aplicación de la misma se reduce de manera sustancial. En estos términos se pronuncia la sentencia de la que daremos cuenta a continuación, recaída sobre un supuesto en el que queda plenamente acreditada la cesión ilegal de una trabajadora, contratada sucesivamente por un ayuntamiento para realizar su prestación laboral en un empresa de titularidad municipal:

“El artículo 43.3 del ET establece que los trabajadores sometidos a tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. No obstante, tal derecho en el caso de autos, como se razona en la sentencia recurrida, es de imposible cumplimiento al haber terminado la relación laboral entre las partes en virtud de sentencia de la Sala de 21 de junio de 2000, en la que se declaró la improcedencia del despido de la recurrente y se condenó a las demandadas (...), solidariamente a optar entre la readmisión o la indemnización, habiendo optado las mismas por la indemnización.” STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2001, I.L. J 1934.

## 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

#### **A) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual**

La regulación contenida en el artículo 44 ET pretende establecer una serie de garantías con el objeto de que el cambio de titularidad de la empresa, o de un centro de trabajo de ésta, o de una unidad productiva autónoma de la misma, no suponga la modificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, y especialmente no produzca efectos sobre la continuidad de la relación laboral de éstos. Por ello, como garantía para los trabajadores debe considerarse la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, con respecto a los trabajadores afectados por la transmisión. Problema distinto es el que se plantea cuando la

sucesión empresarial se produce en el marco de acuerdos contractuales que tienen por objeto la liberalización del transporte aéreo en cumplimiento de la Directiva 96/67/CEE. En estos supuestos, según consolidada línea jurisprudencial, no será aplicable la normativa laboral, en su lugar deberá aplicarse el artículo 1205 del Código Civil por tratarse de una subrogación de origen contractual:

“(…) para cuya validez se exige, (…), el requisito del consentimiento del trabajador cedido (…). Ello quiere decir que la cesión de contratos que está en el origen de la subrogación contractual, y la propia subrogación empresarial resultante, son en principio lícitas, si bien no operan automáticamente sino que requieren el consentimiento de los trabajadores afectados” STS de 23 de octubre de 2001, u.d., I.L. J 2345.

A partir de lo cual, a los trabajadores afectados les es reconocido un derecho individual de opción que les permite pasar a formar parte de la nueva empresa, o por el contrario, continuar desempeñando su prestación laboral en la empresa originaria. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 17 de septiembre de 2001, u.d., I.L. J 2180.

### **B) Subrogación empresarial en supuestos de sociedades laborales**

En otras ocasiones hemos hecho referencia en estas mismas páginas a la inadecuación de aplicar las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando finalizada la actividad laboral de una determinada empresa, un colectivo de los trabajadores de ésta decide relanzar la actividad empresarial extinguida. En contra de la apreciación de la subrogación empresarial prevista en el mismo, obra, no sólo el hecho de que los contratos de trabajo hayan sido extinguidos con anterioridad, sino la ausencia de transmisión de una unidad productiva en funcionamiento o con posibilidades de reanudarlo. La aplicación automática del artículo 44 ET contribuiría a dificultar gravemente la extensión de fenómenos asociativos como el descrito, que en la mayor parte de los casos tienen origen en situaciones de crisis de empresas. La STS de 11 de julio de 2001, u.d., I.L. J 1915, reitera esta doctrina señalando que:

“(…) en estos casos –en los que se trata más de una reconstrucción que de una transmisión de la empresa– no se está en el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis anterior empresa (…)”

### **C) Responsabilidad solidaria del adquirente de una empresa en venta judicial**

La posibilidad de reconocer la transmisión de la empresa, y a consecuencia de ello aplicar las previsiones del artículo 44 ET, es independiente del modo en que se produzca el cambio de titularidad al frente de la actividad empresarial. Por ello, el hecho de que la adquisición de la empresa se produzca en pública subasta judicial no empece para que

### III. Empresario

en los supuestos en que se cumplan los requisitos previstos legal y jurisprudencialmente, deban aplicarse las consecuentes medidas encaminadas a conservar los derechos de los trabajadores afectados por la transmisión. Así es reiterado por la **STS de 24 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2348, en un supuesto en el que adquirida la propiedad mediante el precitado cauce,

“(…) la empresa había continuado, tras un irrelevante período de inactividad, explotándose por el nuevo titular con los mismos elementos esenciales del anterior titular, e, incluso con los antiguos trabajadores, a los que había contratado *ex novo*”.

#### D) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo

Numerosos son los pronunciamientos judiciales realizados en torno a la aplicación del mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 24 del convenio colectivo del sector de la limpieza de edificios y locales. Conforme al mismo, los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones que traigan causa de las relaciones laborales vigentes, independientemente de la naturaleza de la modalidad contractual por la que se rijan, y siempre que acrediten una antigüedad mínima superior a cuatro meses. Éste es el caso de la **STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2262.

En similares términos se pronuncia la **STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2001**, I.L. J 2572, con relación al convenio de contratas ferroviarias que en su artículo 9 contiene una similar ordenación de las condiciones y límites en las que debe operar la subrogación empresarial, extendiendo la consideración del idéntico plazo de antigüedad previsto en la norma comunitaria a las condiciones de trabajo en las que hasta esa fecha venía desarrollándose la prestación laboral de los trabajadores afectados por la subrogación, de manera que las modificaciones contractuales introducidas durante este período no tendrán efectos tras la subrogación, y ello porque según la sentencia la previsión convencional:

“(…) tiene como finalidad la de impedir que trabajadores que no son necesarios para la realización de los servicios derivados de la contrata sean destinados por la empresa saliente durante un breve período a la misma con el fin de que, en caso de no renovarse la contrata, se subrogue en su relación laboral la empresa entrante, sin que realmente hubieran desempeñado sus funciones en el centro objeto de dicha contrata, supuesto este al que ha de asimilarse el de *litis*, en el que, cuando ya está a punto de finalizar la contrata, la empresa saliente modifica las condiciones contractuales, ampliando la prestación de servicios de los actores a jornada completa (...)”

Con relación al artículo 24 del convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, pero ahora en su apartado 6, la **STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2001**, I.L. J 2588, analiza los efectos de la subrogación en un supuesto en que el cliente traslada sus oficinas a otra sede, adjudicando el servicio de limpieza de éstas a otra empresa. La controversia se suscita en torno a la determinación de la empresa obligada a asumir a

los trabajadores que realizaban el servicio de limpieza del cliente que ha cambiado de ubicación, y en concreto si resultaba obligada a la subrogación la nueva contratista de limpieza de la inicial dependencia, o la nueva contratista de la dependencia a la que el cliente se ha trasladado. En otras palabras, se trata de esclarecer si el elemento que determina la vinculación de los trabajadores es la actividad de prestación del servicio para un concreto cliente, independientemente del lugar físico en que éste tenga su sede, o por el contrario, las dependencias o locales donde se realiza tal prestación, independientemente de la identidad del cliente que ocupe tales espacios. El convenio colectivo se decanta por la primera de las posibilidades, y en atención a su eficacia normativa, la sentencia reconoce la aplicabilidad de lo en éste preceptuado:

“(…) sin que a ello sea obstáculo que la contrata se haya formalizado de una manera indirecta, con la intermediación de la propiedad del local. Este elemento no puede ser decisivo para dejar sin efecto la garantía de estabilidad del empleo que persigue el convenio, toda vez que no cabe duda de que se ha producido el traslado de la oficina del cliente, se ha extinguido por este motivo la inicial contrata, y existe una nueva contrata para prestar el servicio de limpieza en la nueva sede. Son éstos los datos relevantes, sin que pueda aceptarse que la finalidad de la norma se frustre por el hecho de que el cliente no concierte directamente el servicio de limpieza de que se va a beneficiar, dejándolo en manos de la propietaria del local.”

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

**IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación.**

**3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado.

b) Contrato de interinidad. c) Otros supuestos de contratación temporal.

B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.

b) Conversión en contratos indefinidos. c) Tratamiento de la extinción contractual.

**4. Contratos formativos. 5. Contratos a tiempo parcial y asimilados. 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**

Interesa destacar en el presente análisis tres resoluciones. En primer término, la **STC 190/2001, de 1 de octubre**, I.L. J 2378, sobre el especial régimen laboral del personal contratado por un Ente Público en puestos de libre designación, sin necesidad de pasar prueba selectiva alguna. En segundo término, la interesante **STSJ de Valencia de 16 de mayo de 2001**, I.L. J 1849, que, apartándose expresamente de la jurisprudencia española en materia de regulación convencional de la antigüedad de los trabajadores temporales, aplica directamente el Derecho Comunitario y la jurisprudencia del TJCE declarando nula la cláusula negocial controvertida. Y finalmente, la **STSJ de Valencia de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1839, sobre la configuración del contrato fijo discontinuo como un contrato de duración incierta.

**2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN****A) Período de prueba**

Varias sentencias destacan en esta materia en el período analizado. De una parte, resulta de interés la **STSJ del País Vasco de 14 de septiembre de 2001**, I.L. J 2272, que en rela-

ción con una socia-trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado, reconoce la validez del período de prueba de seis meses pactado en su contrato de sociedad de acuerdo no con la legislación laboral, sino con la legislación específica de estas cooperativas:

“Regulación propia consistente en facultar a esas cooperativas a que, si así lo disponen en sus estatutos, puedan sujetar la admisión como socio a un período de prueba que, por regla general, no exceda de seis meses, pudiendo alcanzar hasta dieciocho meses en determinadas circunstancias y con arreglo a ciertas condiciones (...), ni la Ley de Cooperativas de Euzkadi ni los estatutos de la demandada estaban obligados a respetar los mandatos contenidos en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores.”

Por otro lado, también debe destacarse la **STS de 5 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2061, que reitera la conocida doctrina sobre la necesidad de que el período de prueba sea expresamente pactado por escrito dentro de los límites que por lo que a su duración se refiere imponga el convenio colectivo:

“El artículo 14 establece, como requisito mínimo del trabajador, el requisito de que ‘se concierte por escrito’ porque el período de prueba recogido en los Convenios Colectivos no tiene virtualidad directa, y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente, ya que se ha configurado siempre como un pacto típico del inicio del contrato, dependiente de la voluntad de la empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo, o puede resultar prohibido como consecuencia de trabajos anteriores.”

En relación, en tercer lugar, con la forma de rescindir el contrato durante el período de prueba la **STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2001**, I.L. J 1942, viene también a confirmar la doctrina judicial anterior concluyendo que “el desistimiento vigente el período de prueba no requiere de forma especial ni de preaviso, salvo pacto en contrario, sea en el contrato de trabajo o en la norma colectiva aplicable”.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1867, declara la imposibilidad de pactar con el personal estatutario de la Seguridad Social un segundo período de prueba cuando el trabajador había desempeñado con anterioridad las mismas funciones, dado que la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los servicios de salud, al igual que el propio art. 14 del ET, declara exento del período de prueba a quien ya hubiera superado un nombramiento anterior temporal para realizar idénticas funciones (art. 7.2):

“el legislador lo que dispone es que siempre que con anterioridad se haya contratado al trabajador para desempeñar las mismas funciones en el mismo Servicio de Salud, quedará automáticamente exento del período de prueba, sin fijar excepción alguna”.

En el mismo sentido, finalmente, la **STSJ de Canarias de 19 de junio de 2001**, I.L. J 2443, considera que no cabe admitir el pacto de prueba en un supuesto en que queda acreditado que a través de la realización de diversos cursos formativos la trabajadora ha

## IV. Modalidades de Contratación

quedado vinculada a la empresa desempeñando las mismas funciones que se le asignan en el contrato, “partiendo, así pues, de una relación laboral iniciada al tiempo de formalizarse por escrito, la incorporación en el contrato de una cláusula estipulando un período de prueba es nula y por consecuencia no cabe amparar en ella la extinción de la relación laboral”.

### 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

#### A) Supuestos

##### a) Contrato para obra o servicio determinado

En relación con esta modalidad contractual las resoluciones a comentar vienen a tratar en general la cuestión conocida de la adecuación de la causa especificada al concepto jurídico de obra o servicio. En particular, por otra parte, debe destacarse una interesante sentencia que valora la posibilidad de concretar por convenio la extinción de este contrato cuando se pacta por una contratista y se produce una reducción del volumen de empleo que ésta cubre.

En primer lugar, por lo que al tema de la adecuación causal se refiere, podemos reseñar cuatro sentencias. La **STSJ del País Vasco de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 2273, que declara la indeterminación de expresiones como “reparaciones, construcción, etc.”, o “trabajos en distintas fábricas de madera de otras provincias” para acreditar válidamente la concurrencia de una obra o servicio determinado:

“Estas labores son, evidentemente, de una indeterminación que puede suponer la realización de cualquier tipo de trabajo (varias obras) en cualquier lugar (en distintos centros de trabajo) y por un tiempo indeterminado (a la terminación parcial, que no es lo mismo que duración incierta).”

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2001**, I.L. J 2091, declara la inadecuación de esta modalidad de contratación para dar cobertura a diversos contratos en los que se incluían diferentes fórmulas de concreción de la obra o servicio a realizar. De un lado, destaca el Tribunal que con la expresión como objeto y duración del contrato de “hasta 40 días después de la celebración del Congreso del PSOE”, “no se describe ningún servicio identificable, susceptible de inicio y conclusión, que justifique la limitación temporal del contrato, y lo único que se fija es una fecha de terminación del contrato, que aparece relativamente indeterminada, pero en definitiva la concreción final queda en manos de la entidad demandada que será lógicamente quien fije la fecha de celebración del Congreso”.

Por otro lado, en relación con los contratos por obra en los que la duración se supeditaba “alternativamente a la gestión de determinadas personas como miembros de la Comisión Ejecutiva Federal del PSOE o a la celebración del próximo Congreso”, se pronuncia la sentencia puntualizando que:

“tales contratos tampoco tienen por objeto la prestación de trabajo en una obra o servicio con autonomía y sustantividad, susceptibles de inicio y conclusión, sino la realización de tareas permanentes en la empresa como son las propias de la categoría, en relación con la Comisión Ejecutiva, y siempre existirán cualesquiera que sean las personas concretas que ocupan los puestos de dicho órgano (...) En la relación laboral común no cabe pactar la extinción del contrato de trabajo por la pérdida de confianza, circunstancia que todo lo más justificaría un cambio de puesto con relevación del cargo de confianza, dentro de las facultades de movilidad funcional de la empresa”.

A la misma conclusión llega la **STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2001**, I.L. J 2269, en relación con la contratación por obra de un trabajador que ocupa el puesto de taquillero en un teatro, “dado que no cabe entender que cada obra teatral de las representadas es una obra o servicio específico”, sino que se trata de la actividad normal de la empresa.

La **STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2001**, I.L. J 2259, por otra parte, declara la adecuación de esta modalidad contractual para la cobertura de diferentes proyectos de investigación que “reúnen en principio las notas de concreción y determinación” aunque la empresa demandada esté dedicada a la promoción y desarrollo de actividades de investigación.

En segundo lugar, sobre la posibilidad de concretar la causa de extinción del contrato concertado por obra o servicio determinado, se ha de comentar la **STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2001**, I.L. J 2254. Se plantea en la misma si cabe la posibilidad de admitir como causa de resolución del contrato por obra la reducción del volumen de trabajo objeto de la contrata que justifica la celebración del mismo, tal y como recoge el convenio colectivo aplicable. Concretamente, los términos del conflicto se centran en determinar si se produce o no vulneración del principio de jerarquía normativa, dado que el convenio regula una materia como la extinción contractual indisponible para la negociación colectiva. Para el Tribunal:

“En realidad el precepto convencional se limita a especificar una posibilidad de actuación de la causa de extinción de finalización de la obra o servicio, cuando sin haber finalizado en su totalidad la contrata empresarial, se ha reducido su volumen resultando innecesario el número de trabajadores contratados pudiendo reducirse este número proporcionalmente a la disminución de del volumen de la obra o servicio (...) En el caso aquí examinado esta posibilidad de reducción del volumen de la contrata se halla expresamente pactada, por lo que la extinción de los contratos correspondientes a la disminución del volumen del servicio no constituye una extinción *ante tempus* de los contratos sino una extinción por finalización del servicio (...)”

## IV. Modalidades de Contratación

### b) Contrato de interinidad

En relación con esta modalidad contractual, debe repararse, en primer lugar, en la **STS de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1882, que interpreta, en un contrato de interinidad por sustitución celebrado por una Administración, una cláusula contractual que preveía que, para el caso de que el contrato se extinguiera por no haberse producido la incorporación del titular en los plazos reglamentariamente previstos, cabía la posibilidad que el trabajador optara por la formalización de un contrato laboral para el desempeño de la plaza vacante. El Tribunal interpreta que el sentido de esta cláusula, en caso de no reincorporación del titular, no es el de introducir una novación automática del contrato de interinidad por sustitución en un contrato de interinidad por vacante, sino que, a juicio del Tribunal, la mencionada cláusula, sólo concedería una preferencia para celebrar otro contrato de interinidad durante el proceso de cobertura de vacante, preferencia que se condiciona a que la Administración decidiese cubrir esa plaza.

Cabe destacar, en segundo término, diversos pronunciamientos que enjuician la procedencia de la extinción del contrato de interinidad ante supuestos “atípicos” de cobertura de la vacante. De este modo, se considera procedente el cese del interino por cobertura de la plaza mediante el sistema de movilidad interna (**STSJ del País Vasco de 24 de julio de 2001**, I.L. J 2019). También cabe la extinción del contrato de interinidad cuando la cobertura de la vacante se produce, no por el titular de la plaza, sino por excedentes en situación de reingreso con carácter provisional (**STSJ de La Rioja de 3 de julio de 2001**, I.L. J 1974); o, incluso, cuando la plaza interinada no resulta cubierta por concurso convocado para su provisión (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de mayo de 2001**, I.L. J 2437).

Sin embargo, en supuestos de interinidad por sustitución, no cabe el cese del interino cuando el titular de la plaza está en una situación de suspensión del contrato ex art. 48 ET, esto es, cuando declarada la incapacidad permanente, el órgano de calificación entienda que previsiblemente puede producirse una mejoría que permitiría la reincorporación del trabajador sustituido, cabe la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo durante dos años, y, en consecuencia, se entiende que la causa de interinidad no ha desaparecido (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 19 de junio de 2001**, I.L. J 2441 y **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2001**, I.L. J 2592).

Desde otra perspectiva, no es novedosa la doctrina que declara la competencia de la jurisdicción social para conocer prejudicialmente sobre la regularidad del proceso de amortización de una plaza desempeñada por un médico interino, que ha sido cesado como consecuencia de esa amortización (**SSTS de 17 de septiembre y de 7 de noviembre de 2001**, I.L. J 2183 y 2396). Tampoco es nueva la interpretación de la **STS de 11 de noviembre de 2001**, I.L. J 2327, que reitera el criterio de que la amortización de una plaza es causa de extinción del contrato del médico interino “sin que perviva su derecho a ocupar, también interinamente, la plaza de nueva creación en el equipo de atención primaria”.

### c) Otros supuestos de contratación temporal

Debe citarse en este apartado la **STS de 13 de junio de 2001**, u.d., I.L. núm. 10 LN-19, que resuelve una cuestión interpretativa relativa al alcance de la expresión “lanzamiento de nueva actividad” del derogado art. 15.1.d) del ET. Concretamente, se cuestiona si ésta ha de interpretarse subjetiva u objetivamente, es decir, si se refiere a nueva actividad por ser nuevo el empresario en la misma, o bien, por ser una nueva organización productiva que aparece en el mercado. Resuelve el TS que es esta segunda interpretación la que se debe seguir, puntualizando que “las razones a favor de la misma son tanto de interpretación gramatical como de interpretación finalista”. Tanto del enunciado del derogado precepto como la razón de ser del contrato llevan a concluir que la finalidad de este contrato temporal era “la existencia de incógnitas o incertidumbres específicas bien sobre la organización del trabajo, bien sobre la respuesta del mercado que es consustancial en las actividades empresariales inéditas”.

## B) Reglas generales

### a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

En relación con las diversas cuestiones que se plantean en torno a esta materia hay que resaltar diferentes resoluciones que abordan, en primer lugar, el tema de la antigüedad de los trabajadores temporales y de su derecho a percibir las cantidades relacionadas con la acreditación de resultados; en segundo lugar, la ayuda de estudios para los trabajadores interinos al servicio del INSALUD; y, en tercer lugar, resulta muy interesante una sentencia que, aplicando directamente el Derecho Comunitario, al margen de la conocida doctrina jurisprudencial, resuelve la cuestión de la adecuación de una cláusula convencional por la que se condiciona el cómputo de la antigüedad a la adquisición de la condición de trabajadores fijos sin solución de continuidad.

En relación con el reconocimiento del complemento de antigüedad, la **STSJ de Valencia de 4 de mayo de 2001**, I.L. J 1843, aplica la conocida doctrina del respeto al convenio colectivo que lo otorga exclusivamente a los trabajadores vinculados a la administración por una relación permanente. La **STSJ de Aragón de 13 de julio de 2001**, I.L. J 1787, por otro lado, alcanza la conclusión de que debe reconocerse el complemento que analizamos a una trabajadora indefinida, que no fija, de la Diputación, considerando que el carácter indefinido de la relación de trabajo con la administración “en los términos que viene siendo delimitada dicha figura desde las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 21 de 1998” es perfectamente asimilable al carácter de fijeza en el empleo. En este sentido, argumenta el Tribunal que:

“En la misma línea favorecedora se encuentra la reciente reforma por RDL 5/2001, de 2 de marzo, del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.”

#### IV. Modalidades de Contratación

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía de 2 de julio de 2001**, I.L. J 2127, reconoce a los trabajadores temporales de una Entidad Pública el derecho a la percepción de la llamada “paga de resultados” porque el excluirllos de la misma supone ciertamente un trato discriminatorio, dado que:

“la paga de resultados se establece como derecho económico del personal funcionario y laboral, cuya eficacia se subordina a la obtención de unos determinados logros, los cuales no se limitan a una faceta concreta sino a los resultados totales previstos en un Plan estratégico del organismo demandado, en cuya consecución participan, mientras no se alegue o demuestre lo contrario, todos los trabajadores, tanto los fijos como los eventuales, mas aun cuando no existe constancia alguna de que la labor desarrollada por unos y por otros sea diferente, razón por la cual carece de toda justificación [la diferencia de trato] (...)”

Por último, reseñar algún pronunciamiento, como el de la **STSJ de Extremadura de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1801, que estima que el trabajador interino tiene derecho al salario pactado, ya que no existe convenio colectivo aplicable, pero no a igual retribución que la de quien sustituye o la de quien vaya a obtener la plaza de que se trata.

Por lo que a los trabajadores interinos del INSALUD se refiere, tres sentencias vienen a confirmar su derecho a las ayudas para estudio, la **STSJ de Cantabria de 19 de septiembre de 2001**, I.L. J 2146 y las **SSTS de 3 y 9 de julio 2001**, u.d., I.L. J 1901 y 1890, señalando éstas, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reiterada, que el personal interino:

“(...) lógicamente ostenta asimismo el derecho a la ayuda solicitada, puesto que desarrolla idéntica actividad que el personal nombrado en propiedad de su misma categoría”.

Finalmente, debe hacerse alusión en relación con la cuestión del cómputo de los servicios prestados para el cálculo de la antigüedad a la interesante **STSJ de Valencia de 16 de mayo de 2001**, I.L. J 1849, que, apartándose expresamente de la doctrina jurisprudencial en la materia, aplica directamente el Derecho Comunitario para resolver la cuestión citada respecto de lo previsto en el art. 33 del Convenio colectivo para el personal laboral del MTAS, según el cual sólo se computarán los servicios prestados con carácter eventual cuando se adquiriera la condición de fijo sin solución de continuidad. Concretamente, la sentencia referida cita la STJCE de 15 de enero de 1998, dictada en decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamburg –Alemania– que declara que se oponen el art. 48 del Tratado y al Reglamento 1612/68, sobre libre circulación, a una cláusula de un convenio colectivo aplicable a la Administración Pública de un Estado miembro que prevé, para los empleados de dicha Administración Pública, un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado por dicho Convenio, sin tener en cuenta los períodos de empleo, de un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración Pública de otro Estado miembro. Para el TSJ de Valencia:

“La circunstancia de que los trabajadores demandantes, ahora recurridos, no sean ciudadanos de otro Estado miembro, sino españoles, no debe impedir la aplicación de los mismos principios, por la propia naturaleza del Derecho Comunitario (efecto directo y pri-

macía) que trasciende el marco de lo puramente internacional, público o privado, convirtiendo la cláusula del Convenio Colectivo de referencia en nula de pleno derecho.”

### b) Conversión en contratos indefinidos

La STSJ de Extremadura de 12 de septiembre de 2001, I.L. J 2154, declara, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, que ha de considerarse por tiempo indefinido el contrato por obra o servicio pactado para la realización de “servicios nuevos”, dado que en esta expresión no aparece:

“ninguna característica de los mismos que pretenda identificarlos, con lo que no se sabe cuál sea su objeto, identificación que (...) es fundamental o esencial en estos casos, pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase (...)”.

Asimismo, la STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2001, I.L. J 2212, considera indefinida la relación laboral de un trabajador contratado temporalmente por término cierto, dado que, cumplido éste y sin mediar denuncia ni prórroga de su temporalidad, el trabajador continuó prestando servicios para la empresa.

### c) Tratamiento de la extinción contractual

Son numerosos los pronunciamientos que corresponde a este apartado en el período analizado. De entre las sentencias que deben comentarse, destaca la **STC 109/2001, de 1 de octubre**, I.L. J 2378, que resuelve el recurso de amparo presentado por una trabajadora de RTVE considerando que con la resolución de su contrato se ha producido una vulneración de los principios de igualdad y de libertad ideológica. Concretamente, la demandante, que ocupaba en el Ente Público un puesto de libre designación, plantea al TC, de un lado, si vulnera el principio de igualdad el hecho de que el régimen laboral como personal de libre designación difiera en materia extintiva del régimen del personal laboral fijo, pudiendo ver aquel personal su contrato extinguido por decisión del Director General. Pues bien, la respuesta del TC es clara en el sentido de considerar que no se trata de situaciones iguales, dado que el personal de libre designación accede a su puesto sin realizar prueba selectiva alguna “lo que, por otro lado, es coherente con la base de confianza sobre la que se sustenta tal especial relación”; y, sin embargo, el personal laboral fijo debe superar las correspondientes pruebas de admisión:

“Este beneficio del que goza el personal directivo en la génesis de su relación y del que carecen el resto de trabajadores que prestan servicios laborales en RTVE, constituye un hecho distintivo, nacido de la función desempeñada y de la normativa que la regula, que impide concluir que se está ante situaciones iguales que deban ser tratadas igualmente. Pretender la igualdad en el régimen extintivo y, sobre todo, la indefinición del contrato inicialmente temporal, sería aprovechar lo singular de la situación para, a partir de ese momento, devengar a continuación los mismos derechos que los restantes trabajadores.”

#### IV. Modalidades de Contratación

Por otro lado, se plantea al Alto Tribunal si la extinción del contrato de la demandante puede vulnerar el derecho a su libertad ideológica, dado que se produce tras el cambio de partido en Gobierno y constando la ideología política contraria de la trabajadora en cuestión. En relación con esta segunda cuestión, el TC, tras recordar su doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba ante la vulneración de los derechos fundamentales, viene a considerar que:

“En el presente caso los datos aludidos como indicios no pueden considerarse como tales ni conducir a la empresa a la demostración de un hecho negativo, al haber quedado demostrado en todo el proceso que, desde el inicio de la relación laboral, la extinción anticipada del contrato de la recurrente quedaba condicionada al cese o desistimiento del Director General de RTVE y que tal condición se incluyó en su contrato de trabajo por la especial confianza de la relación. (...) La razón del cese es, así pues y en el presente caso, el mero ejercicio de la facultad rescisoria del Director General del Ente, tal y como se hallaba previsto en el contrato.”

En relación con los demás pronunciamientos en materia de extinción del contrato, hay que distinguir, de un lado, los referidos a la concurrencia de fraude de ley en la contratación; de otro, los relativos a la liquidación derivada de la resolución contractual; y, finalmente, una sentencia relativa a la extinción de la relación laboral del personal de alta dirección. Así, en primer lugar, la **STSJ de Extremadura de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1797, declara que no existe fraude de ley por el hecho de que se sucedan dos contratos de duración temporal:

“Es perfectamente válido que el día siguiente se iniciara otra contratación de idéntica naturaleza, máxime cuando el fraude de ley no se presume, y esta Sala ha destacado que no existe irregularidad alguna en el hecho de que el trabajador renuncie a una contratación temporal y suscriba a continuación otra, de la misma naturaleza, que a su juicio puede tener más vocación de permanencia.”

Considerando que sí concurre fraude de ley, destacan dos resoluciones, la **STSJ de Extremadura de 8 de octubre de 2001**, I.L. J 2481, en un supuesto de contratación verbal para la realización de obra o servicio determinado, que no existe, puesto que se trata de la actividad normal de la empresa.

De otro lado, debe hacerse hincapié en la **STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001**, I.L. J 2530, que declara, por una parte, que concurre fraude de ley en un supuesto de contratación eventual sin acreditación de la causa; y, por otra, de forma bastante concluyente considera que no cabe admitir que el hecho de la inasistencia del trabajador al trabajo desde la comunicación de la resolución contractual, anterior a la fecha efectiva del despido, pueda considerarse abandono:

“en todo caso podría haber dado lugar a la adopción de medidas de tipo disciplinario, si se diera la circunstancia de que no hubo consentimiento tácito o expreso de la propia empresa”.

En materia de liquidación económica derivada de la extinción contractual, la **STS de 18 de septiembre de 2001**, u.d., I.L. J 1985, reitera la jurisprudencia relativa al cómputo del tiempo de prestación de servicios llevado a cabo sin solución de continuidad para el cálculo de la indemnización por despido improcedente; y, la **STS de 26 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2560, por otra parte, determina que no obsta para considerar que el finiquito tiene valor liberatorio el hecho de que el contrato se pacte en fraude de ley:

“Téngase en cuenta que aún declarada la ilegalidad de un acto jurídico puede ponerse fin a la situación por él creada, por acuerdo entre las partes [...]. Para que este efecto se produzca, es necesario que el acuerdo entre las partes sea idóneo a tal fin [...]. El declarante declara ‘libremente haber rescindido por fin contrato, la relación laboral que tenía con esta empresa’. Esta manifestación de voluntad de rescindir el contrato, no ofrece duda en cuanto a su interpretación, dada la claridad de los términos en que aparece formulada.”

En fin, respecto de la extinción del contrato del personal de alta dirección, la **STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2001**, I.L. J 1856, puntualiza que el plazo de preaviso para la extinción del contrato de tres meses que establece el RD 1382/1985 “debe entenderse de aplicación, tan sólo a los contratos indefinidos o, en cualquier caso, de duración superior a tres meses”. Por ello, en el supuesto planteado, dado que el contrato se pacta con una duración de tres meses, no sería exigible el preaviso citado.

#### 4. CONTRATOS FORMATIVOS

En el período analizado, la única sentencia que cabe reseñar es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1869, que declara desnaturalizado el contrato para la formación en un supuesto de incumplimiento total de las obligaciones empresariales de formación teórica, al realizar el trabajador íntegramente su jornada en el centro de trabajo. Por consiguiente, el contrato se considera el contrato de carácter común u ordinario.

#### 5. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y ASIMILADOS

En primer lugar, sobre la naturaleza del contrato fijo discontinuo, cabe destacar el interesante y novedoso supuesto de la **STSJ de Valencia de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1839, que examina el caso de un trabajador que solicita la extinción del contrato por la vía del art. 41.3 ET, al entender que la prolongación durante tres meses más constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. El Tribunal niega las expectativas del trabajador relativas a la duración determinada del contrato, considerando que lo que caracteriza justamente al trabajo fijo discontinuo es que la prestación de servicios no se prolonga necesariamente hasta una fecha predeterminada, por lo que la prórroga no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

#### IV. Modalidades de Contratación

En segundo lugar, cabe reseñar un grupo de pronunciamientos relativos a la conversión de contratos temporales en contratos fijos discontinuos. En primer término, puede verse la **STS de 1 de octubre de 2001**, I.L. J 2049, en el que el tribunal estima que, pese a las interrupciones la larga serie de contratos eventuales de una limpiadora, ha quedado demostrada una necesidad de trabajo periódica para la empresa y una estrategia de contratación eventual abusiva. En segundo término, la **STSJ de Madrid de 6 de julio de 2001**, I.L. J 2077, incide en la delimitación entre contratos fijos discontinuos y contratos de obra o servicio. En el caso en concreto, el contrato con una encuestadora se considera de obra o servicio, al no concurrir el carácter cíclico requerido para el contrato fijo discontinuo. Tampoco se aprecia este carácter cíclico en el contrato por cursos escolares de asistente infantil de diversas trabajadoras con una empresa contratista, por lo que la **STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2621, declara su contrato temporal ajustado a derecho, aunque el trabajo desempeñado no es:

“en términos de literalidad, una obra o servicio que pueda ser considerado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad empresarial, o que responda a circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, su duración sí resulta incierta porque depende de que los servicios contratados por la ikastola sean o no prorrogados”.

En cambio, en la **STS de 1 de octubre de 2001**, I.L. J 2047, sí se aprecia este carácter cíclico en la contratación de limpiadoras por un Ayuntamiento para cubrir el servicio de limpieza en los centros escolares públicos. De este modo, la utilización sucesiva de la modalidad del contrato de obra o servicio determinado se considera indebida entendiéndose que, en realidad, se trata de un contrato a tiempo parcial de campaña incierta.

Algunas indicaciones se realizan, en un tercer grupo de sentencias, sobre el funcionamiento del contrato fijo discontinuo. Así, en relación con las indemnizaciones por despido, se precisa que éstas se calculan no sobre la antigüedad total, sino en función del número de días trabajados durante la relación laboral del trabajador fijo discontinuo (**STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1920). Una tesis similar se sigue para el cálculo de los salarios de tramitación, en los que aún sin haberse producido el despido, el trabajador no habría prestado servicios, y por tanto, no habría percibido retribución (**STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1921).

Finalmente, cabe hacer referencia a un grupo de pronunciamientos referidos a cuestiones de preferencia en relación con contratos de fijos discontinuos. En primer término, la **STSJ de Baleares de 16 de julio de 2001**, I.L. J 1970, examina un supuesto en el que la empresa no había incluido al trabajador fijo discontinuo, en las novaciones de contratos en fijos de actividad continuada con jornada irregular. El Tribunal estima que la empresa no respeta las consecuencias derivadas de la mayor antigüedad reconocida judicialmente al trabajador.

“la empresa no puede por ello invocar en contra de la presente demanda que el escalafón de trabajadores estaba cerrado desde días antes de la firmeza de la sentencia, pues ello

equivale a escudarse tras el propio incumplimiento –la negativa injustificada a reconocer un derecho preexistente– para causar un perjuicio a intereses ajenos”.

En segundo término, cabe reseñar la **STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 2001**, I.L. J 2482, que, aplicando lo dispuesto en el convenio colectivo, establece que los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos, serán realizados, dentro de su categoría profesional, por riguroso orden de antigüedad en la empresa. Y, también, como es sabido, el cese anterior a la finalización de la campaña se considera despido improcedente, con el efecto de que el trabajador tiene derecho a los salarios dejados de percibir desde su despido hasta la terminación de la campaña (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de julio de 2001**, I.L. J 1806).

## 6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### A) Contratos laborales y contratos administrativos

Tres resoluciones se ocupan de dilucidar el carácter administrativo o laboral de la contratación para las Administraciones públicas. Todas ellas parten de la conocida doctrina de que no existen diferencias intrínsecas en la naturaleza de la prestación de servicios conforme a uno u otro régimen, sino que lo que determina la adscripción al área de la contratación administrativa es la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice. Siguiendo esta argumentación, en la **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2001**, I.L. J 2095, la relación de profesora de Idiomas en la Escuela Diplomática, se considera de carácter administrativo, como contrato para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones públicas, al encontrarse amparada por la Ley 13/1995, concretamente en el art. 197.2.b) tras la modificación operada por la Ley 53/1999.

También en relación con la contratación para tareas docentes, se llega, en cambio a distinta conclusión en relación con un profesor de música, al que la **STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2001**, I.L. J 2255, considera como contratado laboral, porque la regulación no acoge esta modalidad de contractual:

“al ser ésta de naturaleza eminentemente pedagógica y educativa y, en ningún caso, incardinables en las previsiones normativas cuyo objeto fuera (...) técnico económico, industrial comercial o cualquier otro de naturaleza análoga (...)”.

Abundando de nuevo en la tesis de que no existen diferencias en la prestación de servicios conforme al régimen laboral o al régimen administrativo, en la **STSJ de La Rioja de 25 de octubre de 2001**, I.L. J 2626, se estima que la Administración ha contratado al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, que permite los contratos de consultoría y asistencia.

## IV. Modalidades de Contratación

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2001**, I.L. J 2258, examina la solicitud de compatibilidad de un trabajador de TVE con el ejercicio libre de la abogacía. El tribunal, aún reconociendo la existencia de pronunciamientos del orden contencioso-administrativo en un sentido distinto, declara la competencia de la jurisdicción laboral para entender de esta cuestión. Posteriormente, se pronuncia sobre el motivo aducido por el ente público para denegar la solicitud de compatibilidad de ambos trabajos, estimando que la percepción del complemento de responsabilidad por el trabajo desempeñado para el ente público TVE, no resulta argumento suficiente, al entender que éste no es homologable al específico de los funcionarios.

### B) Contratación laboral

#### a) Requisitos de acceso

Prácticamente con unanimidad, en la mayoría de sentencias se reconoce la incompetencia del orden social para conocer de procesos de selección en el ámbito de las Administraciones públicas siempre que se trate de personal de nuevo ingreso (**STS de 19 de noviembre de 2001**, I.L. J 2414 y **STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2001**, I.L. J 1926). Ello se afirma también en relación con la provisión de vacantes del personal estatutario en la **STSJ de Extremadura de 17 de octubre de 2001**, I.L. J 2485 y en la **STS de 15 de octubre de 2001**, I.L. J 2354. En esta última, yendo más lejos, se declara la incompetencia del orden social en lo referente a la provisión de vacantes de este tipo de personal “tanto si afecta a la selección del personal de nuevo ingreso, como si se refiere a concursos de promoción interna”.

En contraposición con las anteriores tesis, cabe situar a la **STSJ de Andalucía, Granada, de 11 de junio de 2001**, I.L. J 2119. En la misma, el Tribunal revoca la sentencia de instancia que había declarado la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de una pretensión sobre la puntuación en una convocatoria de ampliación extraordinaria de una bolsa de trabajo. El Tribunal justifica la competencia del orden social en que:

“no se trata de rebatir un acto de la administración pública en materia laboral, sino la baremación llevada a cabo en la resolución de una convocatoria para complementación de la Bolsa de Trabajo, por una Mesa de Contratación, cuyo origen, facultades y régimen de funcionamiento, (...), deriva de un convenio colectivo”.

Finalmente, cabe reseñar dos pronunciamientos del Tribunal Supremo que tienen cierto interés, pese a que no se entra en el fondo del recurso por falta de la contradicción necesaria. En primer término, la **STS de 26 de octubre de 2001**, I.L. J 2174, declara la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de la creación y dotación de plazas en un Hospital de la Seguridad Social, como elemento previo para examinar el derecho a la inclusión en la plantilla del Hospital solicitado por el personal estatutario. En segundo término, la **STS de 15 de noviembre de 2001**, I.L. J 2409, confirma la competencia de la jurisdicción laboral en una promoción interna temporal, que no se conceptúa como un sistema de provisión de vacantes en sentido estricto:

“sino una forma de autorización, bajo determinadas condiciones –entre ellas, la titulación–, del desempeño provisional de aquéllas por personal estatutario perteneciente a otro grupo profesional de nivel igual o inferior”.

### **b) Irregularidades en la contratación laboral**

En el período enjuiciado, reseñar únicamente la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1857, que descarta la aplicación de la tesis del fraude de ley y la consideración como indefinido ante irregularidades en la contratación del personal estatutario, pues apoyándose en doctrina anterior, se señala que “cualquiera que fueran las irregularidades o desajustes que pudiera presentar el nombramiento no modificaría la naturaleza estatutaria en laboral”.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

## V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

### Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Salario.** A) Definición y composición de la estructura salarial.

a) *Stock options*: su materialización sólo es posible en el momento en que se cumpla el término.

Las cantidades obtenidas tienen naturaleza salarial. Unificación de Doctrina. b) La cesta de Navidad y los regalos de Reyes no son salarios. Son obsequios en consideración a las fiestas tradicionales y no son jurídicamente exigibles. c) Complemento de programas. Incompatibilidad con complemento de nocturnidad. Unificación de doctrina. d) Complemento de disponibilidad:

elasticidad del concepto de habitualidad; inexistencia de la permanente localización si se acredita la disponibilidad; incompatibilidad con la percepción de las horas extras; obligación empresarial de establecer los límites de la situación de disponible. e) Plus de distancia o transporte. f) Plus de peligrosidad. g) Retribución anual en año bisiesto y exceso de jornada de trabajo. h) Interpretación contractual: un complemento de sueldo no puede ser de igual cuantía que éste. i) Plus de actividad: procede su percepción por la prolongación de la jornada semanal, no cuando no se produce tal exceso. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación.

a) Diferencia de retribución entre dos trabajadores de la misma empresa. b) Diferencias salariales. El trabajador interino tiene derecho al salario pactado, ya que no existe convenio colectivo aplicable, pero no a igual retribución que la de quien sustituye o la de quien vaya a obtener la plaza de que se trata. c) Paga de resultados. La exclusión del trabajador. d) Retribución del complemento compensable en función de la antigüedad. 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: responsabilidad subsidiaria y acuerdos privados eficaces para interrumpir la prescripción frente al deudor principal. c) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA por el ejercicio de acciones ejecutivas o por reconocimiento del crédito en procedimiento concursal. d) Excepción de prescripción alegada por el FOGASA en el proceso seguido contra la empresa que no comparece al acto del juicio: efectos. e) Responsabilidad: títulos demandados por la norma e indemnizaciones acordadas en acto de conciliación. f) Responsabilidad por insolvencia empresarial y sucesión de empresas:

alegación extemporánea. g) Responsabilidad. Instrucción previa de expediente para comprobar su procedencia: alcance. h) Responsabilidad: no procede en los supuestos de consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas **2. Jornada de trabajo.** A) Calendario. a) Nulidad por entrañar modificación sustancial de condiciones de trabajo. b) Incidencia de los acuerdos de empresa como instrumento para elaborar el calendario vacacional. B) Cómputo de jornada. a) Activación de guardias localizadas en empresa pública de emergencia sanitaria. b) Concurrencia de convenio general de ámbito nacional y convenio colectivo provincial. c) Incidencia del tiempo del bocadillo en el Convenio Colectivo General de la Industria Química. C) Horarios. a) Modificaciones horas entrada y salida. b) Modificación mediado acuerdo no escrito del comité. D) Instituto Social de la Marina. a) Jornada de Médicos de Sanidad Marítima y Asesores Técnicos Laborales Marítimos. E) INSALUD. a) Jornada máxima semanal. F) Reducción. a) Por lactancia de hija menor. **3. Clasificación profesional. 4. Movilidad funcional.** A) Competencia de la jurisdicción social sobre el ejercicio por la Administración de facultades directivas de movilidad funcional. B) Libertad sindical y movilidad funcional. C) Retribuciones por trabajo de superior categoría. **5. Movilidad geográfica.** A) Traslado personal INSALUD. Necesidad de notificación de las causas. B) Reintegro de lo abonado por traslado no producido. C) Reintegro de lo abonado por traslado no producido. **6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial personal estatutario de carácter eventual. Persona contratada como refuerzo para el EAP. Inexistencia de desviación de poder o abuso de poder organizativo. B) Conflicto colectivo, impugnación calendario laboral. Necesidad de cumplimiento exigencias formales del artículo 41 ET. C) Plazo para reclamar la indemnización correspondiente a una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. D) Modificación de condiciones de trabajo con el acuerdo de la mayoría de los miembros del comité de empresa y la Asamblea de Trabajadores. **7. Excedencias.** A) Excedencia especial: Vigilante de seguridad. Privación de licencia de Armas. B) Excedencia forzosa: Su duración no computa a efectos de indemnización por despido. C) Excedencia con pacto entre las partes que imposibilita realizar actividades que impliquen competencia. D) Personal del INSALUD: Retorno a la situación de excedencia. E) Acción declarativa en materia de excedencia. F) Denegación empresarial de la solicitud de excedencia: Inexistencia de despido. **8. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Invalidez permanente: Suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo.

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2001 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1770 a J 2626).

#### 1. SALARIO

##### A) Definición y composición de la estructura salarial

**a) Stock options: su materialización sólo es posible en el momento en que se cumpla el término. Las cantidades obtenidas tienen naturaleza salarial. Unificación de Doctrina**

Mediante la opción sobre acciones se suscribe un contrato por el que el beneficiario adquiere de forma gratuita o por un precio (prima o precio de la opción), la posibilidad de comprar o no, en un momento concreto o durante un plazo determinado, un número de acciones a un precio fijado en el momento de celebrar el contrato. La práctica más común es que la empresa ponga a disposición de los empleados beneficiarios la opción sobre acciones de forma gratuita o sin prima. Suelen tener como condiciones el cumplimiento de ciertos objetivos o la permanencia en la empresa por un determinado período de tiempo, lo que las constituye, en cualquier caso, como una fórmula de incentivo a largo plazo. El propósito que guía estos planes es una total implicación del trabajador en la empresa para obtener su entrega a la misma con esas expectativas de conseguir elevados ingresos. Sobre esta materia la cuestión hasta la fecha más discutida ha sido su posible consideración como salario con los efectos que conlleva. En esta crónica se tiene la oportunidad de exponer el criterio que, recientemente, se ha asumido en unificación de doctrina: **SSTS de 24 octubre de 2001**, Sala Cuarta, u.d., I.L. J 2347 y 2349.

Se plantea la problemática que se deriva de las denominadas *stock options* y su naturaleza salarial o no y las consecuencias que produce en cuanto al ejercicio de la opción de acciones el despido improcedente del trabajador antes de llegado el plazo de ejercicio del derecho. La estructura de la sentencia se puede dividir en dos partes. La primera se dedica al estudio concreto de si se mantiene o no la expectativa de cobro de estas acciones, a pesar de la salida del trabajador de la empresa por despido improcedente. La segunda aborda la naturaleza salarial de las *stock options*.

En el análisis de la primera cuestión la conclusión inmediata que se alcanza es que como obligación sujeta a plazo, su materialización sólo será posible en el momento en que se cumpla el término, pues será el titular del derecho el que en ese momento decida si lo ejercita o no. A continuación, se equipara la situación de despido improcedente al resto de las contingencias expresamente recogidas en el contrato de opción. Para estas concretas circunstancias en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o a sus herederos ejercitar el derecho cuando haya vencido el término, no en el momento en que

acaee la contingencia contemplada. La razón ha de hallarse en el hecho de que la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, y, menos aún, con causa reconocidamente no ajustada a derecho, pues de esa forma infringiría el artículo 1256 Código Civil. Esto mismo se desprende de la literalidad de la cláusula pactada, en la que el trabajador reconoce no tener derecho alguno de opción si antes de la fecha de ejercicio causa baja en la empresa. Desde la perspectiva del optante, el requisito subjetivo de permanencia en la empresa ha de vincularse con su voluntad de hacerlo y en modo alguno cabe entender que al asumir la referida cláusula se está admitiendo por el trabajador que no tendrá derecho si la empresa prescinde improcedentemente de sus servicios.

Sobre la naturaleza salarial de las *stock options*, la novedad del concepto no dificulta su consideración como salario una vez ejercitada la opción, tras la consecución del plazo previsto para ello. No se ignora la actual falta de previsión normativa de este concepto retributivo, que su naturaleza es compleja, que confluyen en el mismo un conjunto de factores difíciles de alinear con el concepto tradicional de salario. Con todo, se aprecian las notas o características más importantes del salario. La vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción, configura el concepto legal de salario al ser una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada. Definida la naturaleza salarial, el encaje de estas partidas retributivas contenidas en los planes de opción sobre acciones, una vez ejercitadas y obtenido el beneficio por el trabajador, tiene lugar en el artículo 26.3 ET, en el que se dice que “mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten”. Son las circunstancias personales de los trabajadores de la empresa, su vinculación con ella en el tiempo y la perspectiva de mejora de los resultados empresariales con ello las que determinan en el presente supuesto que se establezcan esos devengos, que cabe calificar como complementos salariales. Descendiendo un poco más el análisis, cuando lo que ingresa en su patrimonio por esta causa son acciones de la empresa, su posibilidad de venta en bolsa de forma inmediata convierte al devengo también en salario metálico y no en especie, concepto este que se vincula más bien con la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa, como vivienda, electricidad, calefacción, seguros de todo tipo, automóviles, teléfono, agua, formación personal, gastos de docencia de familiares, escolarización, etc.

Las dudas acerca de esta problemática emergen de nuevo con la posición discrepante de tres magistrados del Supremo, que exponen su desacuerdo respecto a las dos cuestiones básicas resueltas más arriba. A su juicio, nos encontramos ante beneficios o ventajas económicas que se conceden sólo en concepto de incentivo o compensación recíproca a la

## V. Dinámica de la Relación Laboral

permanencia en la empresa y no en contraprestación del trabajo realizado. La desconexión o falta de vinculación entre el beneficio controvertido y el trabajo prestado por el beneficiario se desprende de las siguientes consideraciones. Del lado del beneficio o ventaja económica, basta el mero transcurso del período de carencia para que la opción de compra pueda ejercitarse en plenitud, aunque la relación de trabajo haya estado suspendida, o incluso aunque la misma se haya extinguido por jubilación, incapacidad o fallecimiento del trabajador. Del lado del trabajo prestado, para el caso y para el tiempo en que la relación laboral ha estado plenamente viva, ninguno de los factores que determinan o influyen en la retribución del trabajo —el tiempo de actividad, el resultado de la misma, el rendimiento o relación entre actividad y resultado— son tenidos en cuenta en los planes sociales de compra de acciones de esta empresa como criterio de atribución del derecho de opción de compra de acciones o de modulación de su contenido. En suma, si como sucede en los planes de *stock options* de esta empresa, la percepción del beneficio o ventaja económica de la opción de compra de acciones depende en exclusiva de la cotización futura en bolsa de los valores del grupo, la conexión con el trabajo prestado por el trabajador participante se difumina y desvirtúa hasta hacerse irreconocible. Entran en juego entonces los resultados de muchas empresas (todas las del grupo) y no de una sola, y también otros muchos factores imprevisibles y aleatorios, de carácter económico, político y social. El peso de todos estos factores extraños al trabajo y a los resultados de una empresa concreta es tanto mayor cuanto que entre estos últimos y el indicador de cotización bursátil determinante del beneficio se establece una distancia temporal mínima de tres años.

No siendo una percepción salarial, según criterio del Voto Particular, los beneficios derivados del ejercicio de la opción de compra de acciones en litigio no deben computar para las indemnizaciones que tienen como base el salario, entre ellas, las indemnizaciones de despido improcedente. Puesto que la voluntad de las partes en el convenio de opción de compra de acciones enjuiciado ha excluido de manera implícita pero inequívoca la conservación del mismo cuando se ha extinguido el contrato de trabajo por despido improcedente, este derecho en curso de adquisición no permanece, extinguiéndose con el propio contrato de trabajo.

### **b) La cesta de Navidad y los regalos de Reyes no son salarios. Son obsequios en consideración a las fiestas tradicionales y no son jurídicamente exigibles**

La función de la cesta de Navidad y los regalos de Reyes no es retribuir el trabajo, sino que son obsequios en consideración a las fiestas tradicionales. El extinto Tribunal Central de Trabajo reiteró en varias ocasiones que estos regalos no son salario, porque no se integran en la contraprestación que se da en el sinalagma funcional que caracteriza al contrato de trabajo, de recíproca interdependencia de las obligaciones de cada una de las partes. Mas aún, al trabajador que cesa en la empresa antes de Navidad no se le abona la parte proporcional del valor de la cesta de Navidad. Si no son salario, el efecto inmediato es la inexigibilidad jurídica de estos regalos frente al empresario. Expuesta su inatacable naturaleza jurídica, una posible vía de reclamación podría ser su consideración en el caso concreto como condición más beneficiosa. La **STSJ de Valencia de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1855, analiza esta posibilidad, llegando a una conclusión negativa, pues la conce-

sión de la cesta no estaba recogida en ningún convenio, por lo que, no traspasa el límite de la mera liberalidad por parte de la empresa, ya que ésta no ha introducido una mejora o beneficio que se haya incorporado al vínculo contractual existente.

**c) Complemento de programas. Incompatibilidad con complemento de nocturnidad. Unificación de doctrina**

Se plantea asunto sobre la compatibilidad o no del plus de programas con el plus de nocturnidad en el caso de un redactor cuyo horario de trabajo comprende varias horas de trabajo nocturnas. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la STS de 10 abril de 2001 y con igual criterio se dice ahora que son incompatibles, pues dado que la empresa abonó el complemento de programas y éste, aceptado por el trabajador, incluye complemento por horarios especiales, como el complemento de nocturnidad es un complemento por horario especial, debe entenderse que el abono pactado del complemento de programas incluye el plus de nocturnidad y por ello la empresa puede absorberlo dentro de éste (STS de 11 de julio de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1918).

**d) Complemento de disponibilidad: elasticidad del concepto de habitualidad; inexigibilidad de la permanente localización si se acredita la disponibilidad; incompatibilidad con la percepción de las horas extras; obligación empresarial de establecer los límites de la situación de disponible**

La cuestión que plantea este recurso de casación para unificación de doctrina se refiere al alcance del plus de disponibilidad del personal al servicio de Televisión Española, SA. Este complemento retributivo está regulado en el X Convenio Colectivo de Radio Televisión Española, Radio Nacional de España y Televisión Española (1994) en los siguientes términos: “Complemento de disponibilidad para el servicio: se aplicará al trabajador adscrito a un puesto de trabajo que, realizando la cuantía normal de horas semanales de actividad, por las especiales características de aquéllos, requieran disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horarios de trabajo”.

La STS de 24 de julio de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1875, establece que el concepto de habitualidad que utiliza el artículo 64.2.f) del citado Convenio Colectivo es un concepto elástico, que requiere para su aplicación práctica de una operación ulterior de concreción o precisión. En hipótesis esta operación puede ser realizada o bien mediante disposición del propio convenio colectivo que regula el complemento o de otro posterior, lo que no ha ocurrido en el caso; o bien mediante acuerdo interpretativo de la comisión paritaria del convenio, lo que tampoco parece haber sucedido; o bien mediante resolución jurisdiccional adoptada en vía contenciosa. En defecto de normas o interpretaciones colectivas oficiales la resolución jurisdiccional recurrida es la que se debe valorar. La decisión jurisdiccional recurrida ha considerado como habitual la disponibilidad del trabajador cuando las alteraciones del horario de trabajo afectan al menos a cuatro de los doce meses del año. Esta apreciación se estima correcta, sin perjuicio de que las partes dotadas de competencias de negociación colectiva puedan establecer dicho umbral en un

## V. Dinámica de la Relación Laboral

punto próximo pero distinto, posibilidad que hay que reconocer porque se trata de un concepto dotado de cierta elasticidad.

Este plus de disponibilidad es un complemento salarial de puesto de trabajo, que se ha de abonar por el simple hecho de estar disponible, es decir, por estar a disposición de la empresa para poder ser llamados a prestarse en cualquier momento o sufrir una modificación de su jornada laboral. La característica del puesto de trabajo es la disponibilidad habitual o la localización. Esta disyunción produce efectos desde el momento en que no es admisible la exigencia de la permanente localización si se acredita la disponibilidad. A la misma conclusión se llega con la lectura del artículo 64.2.f) Convenio Colectivo TVE que exige la concurrencia de disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horarios de trabajo y no hace referencia a la permanente localización como exigencia adicional (STSJ de Cantabria de 12 de septiembre de 2001, I.L. J 2145).

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 (STS de 26 de septiembre de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 2177).

Constituye doctrina unificada que para tener derecho al complemento de disponibilidad se exige que el puesto de trabajo haya sido calificado de forma expresa como puesto con disponibilidad o que de forma tácita se deduzca la aplicación de ese régimen en atención a la dedicación efectiva (STS de 16 julio de 1999). Dicho esto, se añade que corresponde a la empresa, como titular del poder de dirección, establecer los límites de la situación de disponible. De donde se deduce que, si el trabajador ha estado en situación efectiva de disponibilidad durante determinados meses, entonces, en un determinado momento la empresa ha calificado como disponible el puesto de trabajo y, si no consta que se haya limitado la vigencia de esta calificación al período en que se ha aplicado, ni que se haya retirado la exigencia de disponibilidad, el trabajador continúa estando disponible, aunque esa situación no se haya traducido en una irregularidad efectiva en la distribución del tiempo de trabajo (STS de 3 de octubre de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 2305).

### e) Plus de distancia o transporte

A la solicitud de devengo del plus de distancia o transporte para el caso de los representantes de los trabajadores cuando no se efectúe desplazamiento al centro de trabajo, pero sí al propio sindicato o a los organismos públicos, la respuesta es negativa según doctrina unificada por Sentencia de 20 de mayo de 1992. Cuando el representante de los trabajadores se desplace hasta el centro de trabajo, bien para trabajar o bien para ejercer sus funciones representativas, devenga la compensación establecida en atención a la distancia a salvar, cuando no tenga necesidad de efectuar dicho desplazamiento falta la causa del devengo (STS de 9 de octubre de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 2066).

El plus de distancia se configura como concepto extrasalarial que se abona al trabajador en compensación de los gastos, perjuicios y tiempo invertido que le ocasiona el viaje hasta el centro de trabajo, es decir, no es una ganancia económica que corresponda al trabajador por los servicios prestados al empresario. De ahí que carezca de fundamento la pretensión de que el tiempo invertido en los desplazamientos al centro de trabajo se retribuya como si se tratara de una prolongación de jornada y por tanto como horas extraordinarias (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 de septiembre de 2001, I.L. J 2106).

#### **f) Plus de peligrosidad**

A la reclamación del plus de peligrosidad por parte de trabajador que presta sus servicios para una empresa de limpieza destinado a una Comisaría de Policía del País Vasco, la respuesta es desestimatoria por dos razones. La primera, porque su puesto no se halla calificado como tal, ni puede calificarse, puesto que, siguiendo el criterio jurisprudencial sobre esta materia, la peligrosidad depende de las características de las concretas funciones que integran el puesto, pero no de riesgos generales o inespecíficos al que están sometidos la generalidad de los trabajadores que prestan servicios en dependencias donde centra sus apetencias la delincuencia terrorista. La segunda, porque los trabajadores del centro donde presta sus servicios el demandante no tienen reconocido el plus de peligrosidad. Además, la Disposición Adicional Primera del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración del Estado, haciendo uso de la facultad prevista por el artículo 82.4 ET, suprimió el complemento de peligrosidad y lo integró en el salario base (STSJ del País Vasco de 24 julio de 2001, I.L. J 2021).

#### **g) Retribución anual en año bisiesto y exceso de jornada de trabajo**

A efectos de liquidación mensual, la retribución anual ha de dividirse por los días efectivos del año —366 por ser bisiesto— y cada mes ha de multiplicarse el cociente por el número de días. Si a consecuencia de ser el año bisiesto o por cualquier otra circunstancia, se efectúa una jornada superior a la pactada, el exceso deberá ser retribuido como horas extraordinarias, de modo que, en cualquier caso, por este sistema de cálculo se satisface el salario de todos y cada uno de los días trabajados (STS de 5 de noviembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2392).

#### **h) Interpretación contractual: un complemento de sueldo no puede ser de igual cuantía que éste**

La lectura de la cláusula tercera del contrato, en concreto, la cuantía del complemento de puesto de trabajo, genera dudas interpretativas, al expresarse del siguiente modo: “se establece un complemento de puesto de trabajo, correspondiente al desempeño de sus funciones como director del periódico universitario de 350.000 pesetas, las cuales se devengarán en las doce mensualidades ordinarias”. La STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001, I.L. J 2567, resuelve esta cuestión estableciendo:

## V. Dinámica de la Relación Laboral

“La recurrente interpreta que las 350.000 pesetas eran el cómputo anual del complemento, ya que si el salario total percibido en 1999, fue de 6.395.906 pesetas, como consta en el certificado de sentencias del IRPF del año 1999, con una jornada de cuarenta horas, es absurdo que el salario total del actor para 2000 después de la reducción de jornada fuera de 3.650.000 más 4.200.000 ptas., es decir, un total de 7.850.000 ptas. anuales con una jornada reducida a 20 horas. Sencillamente absurdo, irreal y temerario por parte del actor quien se aprovecha de una redacción no muy afortunada de la cláusula controvertida. A tal lógica argumentación debe añadirse que un complemento de sueldo es una cantidad que se adiciona al mismo, para mejorarlo, pero no constituye otro sueldo, al no poder ser lógicamente de igual cuantía.”

### **i) Plus de actividad: procede su percepción por la prolongación de la jornada semanal, no cuando no se produce tal exceso**

El plus de actividad tiene por objeto compensar a los trabajadores del no disfrute de uno de los dos días libres semanales que prescribe el Convenio Colectivo del sector de hostelería de Baleares, es decir, la realización de una prolongación de la jornada laboral semanal de 40 a 48 horas. Si bien es cierto que tal pacto es ilegal por contravenir preceptos legales y convencionales de derecho mínimo necesario, la negativa de los trabajadores a realizar la prolongación de la jornada y de disfrutar sus dos días libres semanales, lleva implícita la supresión del plus de actividad. Esto es así porque la ilegalidad del pacto no puede limitarse a una sola de las contraprestaciones sino a todo su contenido, sin que el hecho de que la empresa lo siguiera abonando unos meses suponga su consolidación como un derecho adquirido o condición más beneficiosa (STSJ de Baleares de 9 de octubre de 2001, I.L. J 2493).

### **j) Plus de productividad: corresponde a la categoría de operador de equipo mecanizado y no a la de auxiliar administrativo. Unificación de doctrina**

Se aborda la solicitud de reconocimiento a una auxiliar administrativa del Servicio Canario de Salud del derecho al percibo del plus de productividad correspondiente, no a su categoría, sino a la de operador de equipo mecanizado con fundamento en que la trabajadora para realizar la mayor parte de las tareas propias de su categoría de auxiliar administrativo precisa la utilización del ordenador. La STS de 17 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2509, resuelve esta cuestión en el sentido de no considerar procedente el abono del citado complemento con la siguiente argumentación: “Por la propia denominación de los puestos de trabajo es indudable que no pueden equipararse las funciones de un operador de equipo mecanizado con las que realiza el auxiliar administrativo aunque éste utilice un ordenador, circunstancia que se da en todo trabajador que realice tareas de carácter administrativo, dada la informatización generalizada actualmente en la mayor parte de los servicios de las Administraciones Públicas, razón por la que entonces todos los que utilizan ordenador se crearían con derecho a cobrar este plus. Téngase en cuenta, además, que entre las funciones que el antes transcrito art. 12.3.2.d) del Estatuto de Personal No Sanitario atribuye a los auxiliares administrativos se encuentran las de preparación y tratamiento de los datos para la informática, de tal manera que la utilización y manejo del ordenador es algo que resulta preceptivo para los auxiliares

administrativos. Finalmente, cabe señalar —como también se pone de manifiesto en la sentencia de instancia, FJ 4º— que la utilización del ordenador no supone una mayor dificultad o penosidad en el trabajo, ni un mayor volumen del mismo, sino que, por el contrario, facilita y agiliza las tareas”.

## **B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación**

### **a) Diferencia de retribución entre dos trabajadores de la misma empresa**

Por el *Oberlandesgericht Wien* austríaco se plantean varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de las Comunidades Europeas sobre la interpretación del artículo 119 TCE y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, cuestiones estas suscitadas en el marco de un litigio sobre la diferencia de retribución entre dos trabajadores de la misma empresa. La respuesta dada por el **Tribunal Europeo en Sentencia de 26 de junio de 2001**, I.L. J 2291, se puede enunciar en cuatro premisas básicas:

1. Un complemento mensual de salario al que los trabajadores interesados tienen derecho en virtud de su contrato individual de trabajo y que el empresario paga en razón de su empleo constituye una retribución comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 y de la Directiva 75/117; la igualdad de retribución debe garantizarse no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores, sino también a la vista de cada elemento de la retribución considerado aisladamente;

2. El hecho de que la trabajadora que pretende ser víctima de una discriminación por razón de sexo y el trabajador de referencia estén clasificados en la misma categoría profesional prevista por el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí solo para concluir que los dos trabajadores afectados realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye un mismo valor en el sentido de los artículos 119 del Tratado y 1 de la Directiva 75/117, puesto que esta circunstancia sólo constituye un indicio entre otros de que se cumple este criterio;

3. Una diferencia de retribución puede estar justificada, por circunstancias que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados no tiene en cuenta, siempre que constituyan razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo y conformes al principio de proporcionalidad;

4. Por lo que respecta al trabajo pagado por unidad de tiempo, una diferencia de retribución asignada a dos trabajadores de sexo opuesto, en el momento de su contratación para un mismo puesto de trabajo o un trabajo de igual valor no puede justificarse por razones que sólo son conocidas tras la entrada en funciones de los trabajadores afectados y que sólo pueden ser apreciadas durante la ejecución del contrato de trabajo, como una diferencia en la capacidad de trabajo personal de los interesados o en la calidad de las prestaciones de un determinado trabajador con respecto a las de su compañero de trabajo.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

- b) Diferencias salariales. El trabajador interino tiene derecho al salario pactado, ya que no existe convenio colectivo aplicable, pero no a igual retribución que la de quien sustituye o la de quien vaya a obtener la plaza de que se trata**

No es ajustado a derecho que en un contrato de interinidad el interino deba percibir igual retribución que el trabajador a quien sustituye o, en caso de vacante, la misma que vaya a percibir el trabajador que obtenga la plaza de que se trata, pues las retribuciones del puesto ocupado están fijadas para funcionarios y el interino no tiene esta condición, sin que ello suponga quebranto de los principios de igualdad y no discriminación. Todo ello con fundamento en resoluciones del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993 y 18 de febrero de 1994 (STSJ de Extremadura de 20 de julio 2001, I.L. J 1801).

- c) Paga de resultados. La exclusión del trabajador eventual, implica trato discriminatorio**

La exclusión convencional del disfrute de la paga de resultados que afecta sólo a los trabajadores temporales, reconociéndose al personal funcional y laboral, constituye una actuación discriminatoria. La eficacia de esta paga se subordina a la obtención de unos determinados logros, que no se limitan a una faceta concreta sino a los resultados totales previstos en un plan estratégico del organismo demandado, en cuya consecución participan todos los trabajadores, fijos y eventuales. Además, no consta que haya diferencias en la labor desarrollada por unos y otros. Por todo ello, carece de justificación que, obtenidas las metas de producción y absentismo propuestas, se premie a unos y se margine a otros por la sola circunstancia de su vínculo temporal (STSJ de Andalucía, Granada, de 2 julio de 2001, I.L. J 2127).

- d) Retribución del complemento compensable en función de la antigüedad**

La percepción del complemento compensable en función de la antigüedad del trabajador en la empresa no constituye discriminación alguna entre los propios trabajadores que tienen distinta antigüedad en la categoría, ni por supuesto en relación con los de nuevo ingreso, que al tener sólo la antigüedad en la categoría normativamente exigida del nivel de entrada, no les corresponde más que el mínimo previsto. El citado complemento tiene su origen en un conjunto de circunstancias, especialmente la de permanencia en la categoría de cero a tres años, de tres a seis, o de seis a diez (SAN de 4 de abril de 2001, I.L. J 2111).

### C) Fondo de Garantía Salarial

- a) Días a quo e interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo**

En STS de 21 de noviembre de 2001, u.d., I.L. J 2556, se reitera el criterio contenido en STS de 3 de julio de 2001, I.L. J 1682, en la 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 supues-

to 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. 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 *dis 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 por la totalidad de la indemnización.

**b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: responsabilidad subsidiaria y acuerdos privados eficaces para interrumpir la prescripción frente al deudor principal**

El acuerdo privado, eficaz para interrumpir la prescripción frente al empresario, no perjudica al FOGASA cuando su responsabilidad es la subsidiaria de los artículos 33.1 y 33.2 ET, porque en estos casos, en tanto que su situación es parecida a la de un fiador, habrá de aplicarse el art. 1975 del Código Civil, y no el régimen jurídico sobre la interrupción de la prescripción que establece el art. 1973 del mismo cuerpo legal, doctrina que contiene la STS de 24 de abril de 2001, I.L. J 790.

El TSJ de Andalucía, Granada, en Sentencia de 11 de septiembre de 2001, I.L. J 2137, reitera el mismo criterio, y señala que si bien perjudicará al fiador la interrupción en caso de reclamación judicial, no le afectará, por el contrario, cuando se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o acuerdos privados de las partes.

**c) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA por el ejercicio de acciones ejecutivas o por reconocimiento del crédito en procedimiento concursal**

En STS de 11 de julio de 2001, I.L. J 1917, se aplica la previsión contenida en el párrafo segundo del art. 33.7 ET, en el que se señala que el reconocimiento del crédito en pro-

## V. Dinámica de la Relación Laboral

cedimiento concursal interrumpe el plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA, para concluir que la tramitación del procedimiento concursal suspende el cómputo de la prescripción de las acciones, y que se debe entender que la suspensión ha de prolongar sus efectos desde la iniciación hasta la conclusión del expediente de suspensión de pagos, pues se trata de una interrupción judicial originada por la solicitud del suspenso, y que debe seguir produciendo sus efectos hasta que por decisión judicial se ponga fin al trámite.

Señala el TS que si bien el art. 33.7, párrafo segundo, ET se refiere a la prescripción del derecho a solicitar cantidades del FOGASA y a las causas de su interrupción, si se produce el efecto suspensivo sobre el deudor subsidiario también debe reflejarse sobre el deudor principal que tiene reconocida la existencia de la obligación en el propio expediente de suspensión de pagos.

El TSJ de Asturias, en Sentencia de 27 de julio de 2001, I.L. J 1796, aplica el mismo art. 33.7, párrafo segundo, ET, refiriéndose a la interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA por el ejercicio de acciones ejecutivas. En este concreto supuesto, se promueve incidente de no readmisión por despido nulo y por auto se declara extinguida la relación laboral; posteriormente, cuando se insta la ejecución, se dicta auto que declara la insolvencia de la empresa. Solicitado ante el FOGASA el abono de la indemnización y de los salarios de tramitación, se deniega al haber transcurrido más de un año desde la fecha en que se declaró extinguida la relación laboral y la fecha en que se insta la ejecución contra la empresa.

Señala el TSJ de Asturias que las actuaciones iniciales son proceso ejecutivo y que, promovido incidente de no readmisión, la prescripción quedó interrumpida. También se señala que las posteriores instancias del trabajador sólo suponen apoyo a sus intereses y conveniencia, pero no ejercicio de acciones que, una vez deducidas, discurren por ministerio de la ley, sin precisar impulso de parte. La acción contra el FOGASA no comienza entonces a prescribir hasta que se dicta el auto por el que se declara la insolvencia de la empresa.

### **d) Excepción de prescripción alegada por el FOGASA en el proceso seguido contra la empresa que no comparece al acto del juicio: efectos**

En el supuesto que resuelve el TSJ de Madrid, en Sentencia de 3 de julio de 2001, I.L. J 2074, se cuestiona si el FOGASA, cuando interviene en el proceso seguido contra la empresa como mera parte formal, puede alegar la prescripción de lo reclamado si no lo hace la empresa demandada y el valor que se le debe atribuir a tal alegación. Dice el TSJ de Madrid que el FOGASA puede efectivamente alegar la excepción de prescripción, pero que esta alegación tiene un mero valor cautelar, en tanto que sólo le favorecería si reitera la excepción en el posterior proceso que, en su caso, pudiera seguirse contra él como responsable subsidiario.

Como consecuencia de lo anterior, si la excepción de prescripción no se alega por el deudor principal, no se puede considerar prescrita la acción ni rechazar la pretensión de la

parte actora, sin perjuicio de que el deudor subsidiario pueda hacerla valer en su día en su exclusivo favor.

**e) Responsabilidad: títulos demandados por la norma e indemnizaciones acordadas en acto de conciliación**

En SSTs de 22 de diciembre de 1998, de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, y de 18 de septiembre de 2000, I.L. J 1851, entre otras, se señala que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial no se atiende sin más, sino que es preciso disponer, a tal efecto, de un título habilitante que la norma exige. Así, para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial; para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, se requiere sentencia o resolución administrativa; y, finalmente, en el caso de los salarios de tramitación, sólo se asumen aquellos que “acuerde la jurisdicción competente”.

Aplicando la mencionada doctrina unificada, el **TSJ de Andalucía, Granada**, en **Sentencia de 11 de septiembre de 2001**, I.L. J 2138, concluye que en materia de indemnizaciones por despido o extinción del contrato, la responsabilidad del FOGASA se limita a las que aparezcan reconocidas en sentencia o resolución administrativa, con lo que quedan excluidas, a diferencia de lo que sucede con los salarios, las que figuran en acto de conciliación entre las partes.

El mismo **TSJ de Andalucía, Granada**, en posterior **Sentencia de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 2140, marca la diferencia que existe entre los despidos colectivos, que requieren siempre de previa resolución administrativa, y los despidos por circunstancias objetivas, donde cabe la conciliación entre las partes o una resolución judicial, de modo que si bien en el primer caso siempre se dan las condiciones que exige el art. 33.2 ET, no sucede lo mismo en el segundo en donde si falta aquella condición no surge la responsabilidad del FOGASA.

**f) Responsabilidad por insolvencia empresarial y sucesión de empresas: alegación extemporánea**

En **STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2001**, I.L. J 2603, se señala que, aunque el Fondo de Garantía Salarial queda exonerado de responsabilidad cuando se comprueba que, respecto de la nueva empresa declarada insolvente, había surgido un nuevo titular, que resulta obligado solidario o subsidiario, en virtud de haberse producido el supuesto del art. 44 ET, si este Organismo no instó diligencia alguna ni nada alegó sobre la sucesión empresarial a efectos de exonerarse de responsabilidad, y consintió la resolución de insolvencia, no puede después ampararse en una presunta sucesión empresarial que deviene extemporánea para incumplir su obligación legal, sin perjuicio de que se subroge, a los efectos oportunos, en cuantas garantías y privilegios corresponderían a los trabajadores.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

### g) Responsabilidad. Instrucción previa de expediente para comprobar su procedencia: alcance

Interpretando el tenor literal del apartado 4º del art. 33 ET, señala el TSJ de Andalucía, Granada, en Sentencia de 5 de septiembre de 2001, I.L. J 2136, que el Fondo asumirá las obligaciones referidas en los apartados anteriores previa instrucción de expediente para comprobación de su procedencia, pero que esta comprobación no puede alcanzar a la realidad de aquellos extremos de hecho que en sentencia firme se declaren como acreditados y hayan servido de fundamento al fallo que en ella se adopta. En apoyo de su conclusión cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1994, en la que se señala que cuando la obligación de pago subsidiario que asume el Fondo proceda del reconocimiento de las indemnizaciones en una previa sentencia, las circunstancias de hecho que consten probadas en ella deben prevalecer sobre las que figuren en el expediente tramitado por dicho Fondo de Garantía.

### h) Responsabilidad: no procede en los supuestos de consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

El TSJ de Andalucía, Granada, en Sentencia de 24 de septiembre de 2001, I.L. J 2141, aplica la previsión contenida en el art. 97.1, letra k) de la LGSS, según la redacción dada por el art. 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, para concluir que los consejeros y los administradores de sociedades mercantiles capitalistas quedan excluidos de la responsabilidad legal o subsidiaria del FOGASA.

## 2. JORNADA DE TRABAJO

### A) Calendario

#### a) Nulidad por entrañar modificación sustancial de condiciones de trabajo

¿Constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo, la elaboración de un calendario anual, en la que la empresa, no respeta idéntica jornada anual inferior para aquellos trabajadores que prestan servicios a tres turnos, aun cuando dicha jornada anual no sea una condición más beneficiosa?

Éste es el tema que analiza la STSJ de Navarra de 30 de julio de 2001, I.L. J 1968, en la que se hace una interpretación amplia, del concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entendiéndolo por tal, aquella que afecte a los aspectos fundamentales de la relación laboral, aun cuando no se encuentren en el listado que marca el art. 41 del ET.

El supuesto fáctico trata de una empresa, que tradicionalmente viene reconociendo una jornada anual inferior, a los trabajadores que prestan servicios a tres turnos, frente a las que los prestan a dos turnos.

En un momento determinado, elabora un calendario anual, en el que manteniendo la misma jornada anual a los trabajadores que se encuentran a tres turnos, se reduce sin embargo su diferencia de jornada, respecto a los que se encuentran a dos turnos, que ven reducida su jornada anual por imperativo del Convenio Colectivo.

El Tribunal entiende, que nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo porque aunque: “no hay una modificación efectiva de horario para los trabajadores que hacen tres turnos, es evidente que el nuevo calendario aprobado por la empresa, no supone una continuación inalterada de las condiciones de trabajo del turno de noche o una mera modificación accidental o nimia, sino que estamos ante una alteración o una transformación de ellas en un aspecto de la relación de trabajo, que hace que ésta se vuelva más onerosa para una parte, el grupo afectado de trabajadores de tres turnos”.

Por ello, y no habiéndose seguido en la elaboración del calendario, las pautas que marca el art. 41 del ET, concluye el Tribunal la nulidad del mismo.

#### **b) Incidencia de los acuerdos de empresa como instrumento para elaborar el calendario vacacional**

El art. 38.2 del ET establece que el período del disfrute del período vacacional se fijará de común acuerdo entre empresario y trabajador conforme lo que establezcan, en su caso, los convenios colectivos sobre planificación anual de vacaciones.

Por ello, un calendario vacacional que desconozca lo que establece el convenio colectivo sobre esta materia, sería en realidad una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debe adaptarse al procedimiento regulado en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, la STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2001, I.L. J 2545, admite la validez de los acuerdos de empresa como instrumento modificativo de lo establecido en un convenio colectivo, cuando la regulación de éste sobre una materia concreta, resulte ineficaz a una concreta empresa, por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. En palabras del Tribunal: “Se permite, pues la sustitución de parte de lo pactado en convenio por una nueva regulación introducida por un acuerdo de empresa, cuando se constata que la regulación sustituida es inadecuada para dar efectividad al propio cometido de la empresa”.

#### **B) Cómputo de jornada**

##### **a) Activación de guardias localizadas en empresa pública de emergencia sanitaria**

El art. 2.1 de la Directiva Comunitaria 93/104, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, define en su art. 2 como tiempo

## V. Dinámica de la Relación Laboral

de trabajo, todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Las empresas públicas de emergencia vienen reguladas específicamente por Convenio colectivo de Empresa, el cual define la guardia localizada como la situación de disponibilidad para el caso de que se produzca la activación por incapacidad temporal de otro trabajador, por traslado interhospitalario aéreo urgente de pacientes críticos, catástrofes y emergencias colectivas y por cualquier otro motivo de carácter excepcional.

La **STS de 31 de octubre de 2001**, I.L. J 2515, entiende que la Directiva Comunitaria citada resulta de aplicación a las empresas públicas de emergencia sanitaria. Por ello, concluye que la activación de una guardia localizada, así como las guardias asistenciales y dispositivas de riesgos previsibles deben computarse como tiempo de trabajo efectivo ordinario “ya que en definitiva así lo es, al encontrarse el trabajador, no en la situación de expectativa de llamada, sino en el puesto laboral asignado para desarrollar la labor que tiene encomendada”.

### **b) Concurrencia de convenio general de ámbito nacional y convenio colectivo provincial**

La reforma de 1994 introdujo un apartado al artículo 84, según el cual, los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los art. 87 y 88 del ET, siempre que se trate de un ámbito superior al de la empresa, podrán alcanzar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior, siempre que la decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir una comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

Estos convenios o acuerdos desafectadores no podrán, en ningún caso, afectar a ciertas materias reguladas en el art. 84 del ET.

Su fundamento, se ha dicho, es conseguir un mayor marco autonómico de relaciones laborales, mermando así la excesiva centralización de la negociación de las relaciones laborales, que se produce con los acuerdos marco de ámbito nacional.

Esta técnica desafectadora permite que un convenio colectivo provincial establezca una jornada anual superior a la regulada en el convenio de sector de ámbito nacional, aun cuando este último fuera anterior en el tiempo.

Así lo entiende la **STS de 17 de octubre de 2001**, I.L. J 2340, en la que se examina la legalidad o no del Convenio Provincial de la Coruña de Pintura, publicado en el Diario Oficial de aquella Comunidad el 7 de junio de 2000, en el cual se regula una jornada anual superior a 16 horas respecto a la establecida en el primer Convenio General del sector de la Construcción de ámbito nacional pactado en 1992. Fundamenta, al respecto, el Alto Tribunal que “(...) no hubo en este caso aplicación indebida del párrafo segundo del art. 84, pues a su amparo, los autores del Convenio colectivo Provincial de la Coruña de

Pintura sí estaban facultados, como acertadamente afirma la sentencia recurrida, para alcanzar acuerdos sobre jornada aunque afectara a lo dispuesto en el Convenio General de la Construcción, puesto que se trata de materia que no está incluida entre las innegociables que tasadamente enumera el precepto en su párrafo tercero”.

### **c) Incidencia del tiempo del bocadillo en el Convenio Colectivo General de la Industria Química**

La jornada efectiva de tiempo de trabajo de las empresas afectadas por el XII Convenio Colectivo General de la Industria Química publicado en el BOE de 11 de junio de 1999, ha de computarse sustrayendo a la jornada anual marcada en el Convenio Colectivo, el número de horas dedicadas al tiempo de bocadillo. Por ello, si la jornada anual del Convenio son 1.776 horas, y los trabajadores realizan 1.816 (incluidas las de tiempo de bocadillo), su jornada efectiva de trabajo es en realidad 1.741 horas (una vez detraídas las 75 horas anuales dedicadas al tiempo de bocadillo). Así lo recoge la **STS de 15 de octubre de 2001**, I.L. J 2331, que interpreta literalmente el art. 40.1 del Convenio Colectivo General, conforme el cual, el tiempo total dedicado en el año a ese descanso intermedio (se refiere al descanso del bocadillo), se deducirá de la duración de su jornada actual, a los efectos de la determinación de la jornada anual efectiva. Parece clara, la desafortunada redacción del convenio colectivo, contradictorio en sus propios términos, al afirmar por un lado la consideración del tiempo de bocadillo como tiempo de trabajo efectivo, y a renglón seguido, excluir este tiempo del cómputo de la jornada anual.

### **C) Horarios**

#### **a) Modificación horas entrada y salida**

No cabe confundir, a la hora de elaborar un calendario laboral, la facultad de elección de jornada, con la facultad de elección de horario, pues son dos términos absolutamente distintos.

Por ello, facultada una empresa para elegir una modalidad de jornada de entre cuatro posibles opciones, si en la operación modifica los horarios de entrada y salida de la empresa, en realidad está procediendo a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que de no seguir las pautas del art. 41 del ET, deviene nula.

Así lo ha entendido la **STS de 17 de julio de 2001**, I.L. J 2169 conforme la cual:

“se facultaba a la parte empresarial demandada, para que, a falta de acuerdo en la comisión negociadora, pudiera elegir una de entre las diversas modalidades de jornada preestablecidas, no se le facultaba para que procediera a tal unificación plena (...) no es dable interpretar a la vista de los hechos declarados probados que se otorgara a la empresa la posibilidad de modificar la flexibilidad horaria que un concreto colectivo venía disfrutan-

## V. Dinámica de la Relación Laboral

do, ni que ésta podía so pretexto de la aplicación de alguna de aquellas modalidades de jornada modificar unilateralmente la referida flexibilidad horaria”.

### b) Modificación mediado acuerdo no escrito del comité

El Acuerdo expreso, aunque no sea escrito, de la mayoría de los miembros del Comité es perfectamente válido para acordar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecte al sistema de fichaje de los trabajadores en una determinada empresa.

Así, lo establece la STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2001, I.L. J 2528, conforme la cual:

“(…) entiende la Sala que nos hallamos ante una pura y simple modificación de las condiciones de trabajo que cuenta con el acuerdo expreso y documentado de la mayoría de los asalariados de la empresa, y con el acuerdo no documentado, aún expreso de la mayoría de sus representantes legales miembros del Comité de Empresa (…)”

### D) Instituto Social de la Marina

#### a) Jornada de Médicos de Sanidad Marítima y Asesores Técnicos Laborales Marítimos

La Sala de lo Social del TS viene pronunciándose de forma reiterada acerca de que la jornada de Médicos de Sanidad y Asesores Técnicos Laborales Marítimos es de 40 horas semanales, y no 37,5, al ser categorías de profesionales que se encuentran fuera del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Seguridad Social, no siéndoles tampoco de aplicación la Resolución sobre jornadas y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado de fecha 10 de mayo de 1995.

Sentencias anteriores sobre idéntica materia son a título de ejemplo, STS de 23 de mayo de 2001, I.L. J 1109, STS de 19 de junio de 2001, I.L. J 1470, STS de 29 de mayo de 2001, I.L. J 1127, STS de 31 de mayo de 2001, I.L. J 1133, STS de 3 de julio de 2001, I.L. J 1687 y STS de 9 de julio de 2001, I.L. J 1712.

La STS de 5 de junio de 2001, I.L. J 1813, fundamenta la jornada de 40 horas semanales de este personal en dos razones básicamente:

1ª. No resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Seguridad Social, por cuanto este Convenio excluye de su ámbito [art. 2.2.d)] a todo aquel personal que percibiera retribuciones anuales superiores a la máxima prevista para la categoría primera del convenio.

Siendo esta última la situación de los reclamantes, los considera el TS como personal fuera de convenio, rigiéndose por ello en sus relaciones laborales por su contrato de trabajo y por lo que, al respecto, se regula en el Estatuto de los Trabajadores.

2ª. Tampoco resulta aplicable a este colectivo la Resolución de 27 de abril de 1995 sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, ya que esta instrucción se limita a fijar la jornada ordinaria que debía realizarse con carácter general, pero no excluyó ni prohibió la existencia de otras jornadas particulares de mayor duración en sintonía con el respeto declarado a la jornada de 40 horas.

## E) INSALUD

### a) Jornada máxima semanal

La Directiva Comunitaria 93/104/CE garantiza en su artículo 5 un descanso mínimo semanal cada siete días de veinticuatro horas.

Es por ello que la **STSJ de Murcia de 15 de octubre de 2001**, I.L. J 2491, reconoce el derecho a un Facultativo Especialista de Área del Insalud a que se fije una jornada máxima semanal (incluidas las horas extraordinarias) de 48 horas, por cada período de 7 días.

Ahora bien, no reconoce el Tribunal el derecho a la compensación económica por el exceso de jornada, al entender que el concepto de horas extraordinarias no se prevé en el sistema retributivo diseñado por el Real Decreto-Ley 3/1987, el cual regula un sistema de conceptos retributivos cerrados que sólo permite retribuir al personal por los conceptos incluidos en la norma.

Apunta el Tribunal que la forma de retribuir el exceso de jornada en el Insalud, no es otra que el complemento de atención continuada, regulado en el art. 2.3.d) del Real Decreto-Ley 3/1987 como aquel “destinado a la remuneración del personal para atender a los usuarios de los servicios de salud de manera continuada incluso fuera de la jornada establecida”.

Doctrina esta congruente con la que ya estableciera anteriormente el TS en Sentencia de 10 de noviembre de 1998, conforme la cual: “el tiempo de exceso sobre la jornada ordinaria del personal estatutario no puede retribuirse como horas extraordinarias, sino a través del complemento de atención continuada”. En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla y León de 19 de febrero de 2001**, I.L. J 334.

## F) Reducción

### a) Por lactancia de hija menor

¿Si una trabajadora solicita la ausencia del puesto de trabajo por lactancia de un hijo menor, y esta hora de ausencia la solicita en la última hora del turno de mañana, nos encontramos ante un supuesto de ausencia por lactancia o de reducción de jornada por cuidado de un menor?

## V. Dinámica de la Relación Laboral

La cuestión tiene trascendencia, por cuanto el art. 37.4 del ET establece el derecho de ausencia del puesto de trabajo en una hora, que podrá dividirse en dos fracciones; por el contrario, el derecho a la reducción de jornada con idéntica finalidad alcanza legalmente sólo hasta media hora.

La **STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2264, desestima la pretensión de una trabajadora que solicitaba el derecho a ausentarse del puesto de trabajo por lactancia de un hijo menor, durante una hora, que solicitaba fuera la última de su turno de mañana.

El Tribunal entiende correcta la tesis de la empresa demandada, que sostenía que ausentarse del puesto de trabajo de 14,00 a 15,00 horas no supone en sí una ausencia, en los términos previstos en el artículo 37.4 del ET, ya que al ser la última hora del turno de trabajo de la empleada, se trata en realidad de una reducción de jornada, para lo cual el ET prevé media hora.

### 3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Cuando la acción de clasificación profesional y la de diferencias económicas se ejercitan conjuntamente mediante el cauce del art. 137 LPL existe una mutua interdependencia entre ambas con una primacía de la de clasificación profesional que “actúa como presupuesto básico, esencial o condición *sine qua non* de la acción reclamando diferencias salariales”. En consecuencia la pretensión por diferencias salariales tiene carácter de accesoria, no alternativa o independiente de la pretensión de clasificación profesional, que “al tener carácter principal, determina que no pueda ser estimada la pretensión accesoria de la misma, es decir la reclamación de diferencias salariales” no siendo estimada la pretensión principal según expresa, entre otras, la **STSJ de Baleares de 29 de noviembre de 2001**, I.L. J 2453 (recurso 258/2001).

La solicitud de un trabajador que presta servicios con una categoría profesional (Guardia Mayor Fluvial en el supuesto enjuiciado) encuadrada en el Grupo Profesional 4 del Convenio Único de la Administración Civil del Estado, de ser encuadrado en el Grupo Profesional 3 no de manera condicional, mientras realice las tareas determinantes del ejercicio de la acción, sino de forma definitiva, conforma una pretensión de clasificación profesional que ha de ser ventilada por el cauce procesal del art. 137 LPL, modalidad que no contempla recurso alguno contra la sentencia dictada en instancia. En consecuencia, la **STS de 29 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2365 (recurso 444/2001), declara la nulidad de actuaciones desde la publicación de la sentencia de instancia motivada por la admisión a trámite del recurso de suplicación contra dicha sentencia, sentencia de instancia cuya firmeza se declara expresamente.

#### 4. MOVILIDAD FUNCIONAL

##### **A) Competencia de la jurisdicción social sobre el ejercicio por la Administración de facultades directivas de movilidad funcional**

El ejercicio regular de las facultades empresariales de asignar funciones a cada empleado generalmente mediante su asignación a un determinado puesto de trabajo enlaza con las normas del artículo 39.1 ET, que, entre otras prescripciones, limitan aquella facultad directiva en el caso de la movilidad funcional “a la exigida por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral”, cuestión de naturaleza laboral y competencia del orden jurisdiccional social según el art. 9.5 LOPJ y 2 TRLPL. La **STJ de Madrid de 24 de octubre de 2001**, I.L. J 2586 (recurso 3818) considera que la reclamación de la Asociación Española de Técnicos en Radiología contra la decisión de la Administración Sanitaria de encomendar funciones de realización de procedimientos radiológicos que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes sobre los pacientes encaja de lleno en este supuesto y, consecuentemente, es competencia del orden jurisdiccional social pese a la presencia de una Administración Pública, estimando el recurso de suplicación contra el auto de instancia dictado en reposición que condujo a la declaración de incompetencia de este orden jurisdiccional.

##### **B) Libertad sindical y movilidad funcional**

Siguiendo línea jurisprudencial consolidada la **STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2001**, I.L. J 2542 (recurso 345/2001) manifiesta que probada por el trabajador la existencia de indicios de que la movilidad funcional se produjo por causa de una actuación empresarial contraria a la libertad sindical, concretamente con inmediatez a su elección como miembro del comité de empresa, corresponde a la empresa la carga de probar que su decisión se basaba en causas reales, serias y suficientes para destruir la apariencia de discriminación. En concreto, la empresa manifiesta que el puesto de carretillero desempeñado por el actor es esencial en la producción y que existiendo uno por turno la realización de la actividad sindical del actor dentro del oportuno crédito horario entorpece la actividad productiva de la empresa, lo que a juicio de este Tribunal justifica la decisión empresarial.

##### **C) Retribuciones por trabajo de superior categoría**

La **STSJ de Aragón de 4 de julio de 2001**, I.L. J 1282 (recurso 888/2000) considera que la suspensión del contrato de trabajo, consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, interrumpe la continuidad del cómputo del período de “seis meses continuados” de trabajo de superior categoría que exige el X Convenio colectivo de RENFE para tener derecho al complemento retributivo correspondiente durante el disfrute de las vacaciones. En esta misma línea de incumplimiento de los requisitos convencionales, la **STSJ de Madrid**

## V. Dinámica de la Relación Laboral

de 3 de julio de 2001, I.L. J 2075 (recurso 1249/2001) niega el reconocimiento de una retribución específica prevista en el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad de Madrid para aquellos trabajadores que realicen funciones de Jefe de Equipo durante un período de un año consecutivo, o de tres años en períodos alternos cuando cesen en esa función, por falta de acreditación del cumplimiento de este requisito temporal.

### 5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

#### A) Traslado personal INSALUD. Necesidad de notificación de las causas

El artículo 87 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) dispone que “Los recursos humanos pertenecientes a los Servicios del Área se considerarán adscritos a dicha unidad de gestión, garantizando la formación y perfeccionamiento continuados del personal sanitario adscrito al Área”, y en su párrafo segundo destaca que, “El personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respecto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud”. En el presente supuesto examinado por la **STSJ de Extremadura de 12 de julio de 2001**, I.L. J 1799, la actora persona con nombramiento de interinidad por plaza vacante recibió comunicación escrita de traslado a otro Centro de Salud refiriendo exclusivamente a “necesidades de servicio”. La Sala de lo Social examina si resulta necesario concretar o no las necesidades de servicio destacando que, “ el concederse a la dirección del servicio la facultad de realizar traslados por necesidades imperiosas de la organización sanitaria, se otorga poder a la misma para valorar y apreciar la concurrencia de las mismas. Pero esta presunción de que la Administración se comporta con arreglo a derecho no la revela de la obligación de dar a conocer a la interesada las concretas necesidades que la llevaron al traslado, pues esta comunicación es lo que permite valorar en su momento si la dirección se comportó correctamente o incurrió en un abuso de poder (...)”. Por tanto en los traslados de personal estatutario se impone indicar las concretas necesidades de servicio que exigen el traslado acordado.

#### B) Reintegro de lo abonado por traslado no producido

La cuestión objeto de la litis deviene como consecuencia de que el trabajador fue trasladado por la empresa (gran superficie y por tanto de aplicación el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes) a otro centro de trabajo, percibiendo a cuenta de la indemnización total 420.000 ptas. si bien no se había efectuado el cambio de domicilio. El trabajador fue despedido e impugnada tal decisión el despido fue calificado de improcedente lo que fue confirmado por la Sala de lo Social. La empresa interesa la devolución de la señalada cantidad. La **STSJ de Murcia de 15 de octubre de 2001**, I.L. J 2490, revoca la sentencia de instancia que desestimó la demanda y con análisis de lo dispuesto en el art. 18. Del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, señala: “no ofrece duda que la indemnización –compensación de gastos–, está enlazada a que éstos se hayan producido efectivamente y, como del relato factico de la sentencia recurrida, no se constata que el trasla-

do se haya producido de forma efectiva, la sala entiende que el recurso debe ser estimado, pues la entrega de la cantidad, pasados más de seis meses sin que se acredite efectivamente producido el traslado ha perdido el sentido con el que fue entregada (...)”.

### **C) Compensación económica por traslado, no aplicación retroactiva del convenio colectivo**

La STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001, I.L. J 2538, examina el supuesto de trabajador de Telefónica quien fue trasladado con su aquiescencia en febrero de 1999 e indemnizado conforme a los parámetros previstos en el Convenio Colectivo de 1997/1998 en junio de 1999. No obstante en diciembre de 1999 fue publicado el nuevo Convenio Colectivo 1999/2000 con unas previsiones indemnizatorias superiores. La Sala revocando la sentencia y recogiendo las así dictadas en el mismo sentido por el TSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2000 y TSJ del País Vasco de 23 de enero de 2001, destaca la vigencia al momento del traslado del convenio colectivo 1997/1998, por tanto la indemnización y forma del traslado debe efectuarse conforme a tal norma, pues ésta no ha perdido su valor normativo como así fue destacado por la Sentencia de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 23 de junio de 1999.

## **6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO**

### **A) Modificación sustancial personal estatutario de carácter eventual. Persona contratada como refuerzo para el EAP. Inexistencia de desviación de poder o abuso de poder organizativo**

En el presente supuesto la actora, médico, había sido contratada un determinado número de horas durante el fin de semana, festivos y vísperas, y por la Administración sanitaria se contrató otra persona, lo que la fue notificado señalándose en la misma que la causa lo era “con el fin de no sobrepasar las 24 horas de atención continuada seguidas”, ello la causaba una pérdida retributiva. La STSJ de Asturias de 28 de septiembre de 2001, I.L. J 2036, revocando la dictada por el Magistrado *a quo*, destaca que el sistema de refuerzos de EAP fue instaurado por Acuerdo de 18 de enero de 1990 con el fin de que los médicos de EAP no fueran gravados con un excesivo número de guardias y por tal se autorizó la contratación de personal los fines de semana y festivos. En el presente conflicto el mismo fin persigue, así no sobrepasar una jornada de 24 horas seguidas de trabajo con lo que nombrando a otra persona comparten las guardias repartiéndoselas en días alternos. Por tanto estamos ante una cuestión organizativa cuyo límite viene dado por la presencia de desviación de poder, abuso de poder organizativo, elementos que destaca la citada sentencia son inexistentes.

### **B) Conflicto colectivo, impugnación calendario laboral. Necesidad de cumplimiento exigencias formales del artículo 41 ET**

La STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2001, I.L. J 2098, reitera la doctrina del Tribunal Supremo (21 de febrero de 1997, 28 de abril de 1997, 14 de mayo de 1997 y 22 de julio de 1999, en el sentido de que el plazo de caducidad contemplado en el art. 59.4 ET ha de extenderse a todos los supuestos en que se impugne la decisión empresa-

## V. Dinámica de la Relación Laboral

rial de modificar sustancialmente las condiciones del contrato de trabajo, incluidos los casos en que la acción ejercitada se instrumenta a través del cauce procesal del conflicto colectivo. No siendo aplicable el plazo de caducidad a las acciones de conflicto sobre modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo no amparables en el artículo 41 ET (SSTS de 10 de abril y 18 de septiembre de 2000).

En el supuesto objeto de la litis se alteró la jornada de horario continuado a horario partido, esto es el calendario laboral, en una plantilla de 10 trabajadores lo que no fue negociado con el delegado de personal, poniéndolo en práctica de modo unilateral. Ello determina que “nos encontremos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo en cuya adopción no se han observado las exigencias formales establecidas en el art. 41 del ET en relación con el Convenio Colectivo (...)”, y por tal revoca la sentencia declarando la nulidad de la sentencia de instancia que declaró caducada la acción.

### **C) Plazo para reclamar la indemnización correspondiente a una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo**

La STSJ de Baleares de 11 de septiembre de 2001, I.L. J 2449, analiza el supuesto de trabajadora que fue trasladada con fecha 29 de abril de 2000 a otro centro y alterada el horario, y al entender un perjuicio, ésta optó por acogerse a la posibilidad de rescindir el contrato de trabajo y percibir un a indemnización de 20 días por año de servicio, lo que llevó a cabo mediante escrito de 4 de mayo con efectos al día siguiente. Por tanto la trabajadora ejercita la acción de reclamación de la indemnización sobre la que, como recoge la sentencia no la resulta de aplicación el plazo de caducidad de 20 días del art. 59.4 del ET sino el de prescripción de un año que rige para la generalidad de las acciones dimanantes del contrato de trabajo conforme el citado art. 59.1 y 2 ET y por tal revoca la sentencia.

La Sala, no obstante, entra a conocer el fondo de la litis, analizando si nos encontramos ante una modificación sustancial de condiciones del contrato, lo que entiende no se ha producido, pues el cambio de la prestación de servicios de una urbanización a otra en el mismo término municipal y con alteración de horario 9 a 17 h (antes de 8 a 16 h), y sin que la circunstancia de que en el nuevo centro no haya servicio de comidas, lo que así existía con anterioridad, no supone la imprescindible conexión causal entre la variación horaria y la producción del perjuicio al trabajador y por tanto no nos encontramos ante una modificación sustancial.

### **D) Modificación de condiciones de trabajo con el acuerdo de la mayoría de los miembros del comité de empresa y la Asamblea de Trabajadores**

La STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2001, I.L. J 2528, examina el supuesto de una modificación respecto a la entrada y salida de la empresa –fichar con ropa de calle por fichar con ropa de trabajo– con las consiguientes alteraciones de jornada. Extremo este que el Comité de Empresa lo propuso a la Asamblea de los Trabajadores, quienes lo aceptaron por una mayoría del 54 por ciento (62 por ciento de los votantes) y para ella lo relevante es que nos encontramos ante una modificación de condiciones de trabajo y que cuenta con el acuerdo expreso y documentado de la mayoría de los asalariados de la

empresa y con el acuerdo no documentado de la mayoría del Comité de Empresa, lo que supone carácter de acuerdo, y por tal no exige ninguno de los formalismos del Título III del ET, sino que adquiere validez una vez alcanzado.

## 7. EXCEDENCIAS

### A) Excedencia especial: Vigilante de seguridad. Privación de licencia de armas

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 10 de julio de 2001, I.L. J 1773, (recurso 1071/2001) analiza el supuesto de un vigilante de seguridad que pasa a situación de reserva especial como consecuencia de la no superación del preceptivo ejercicio de tiro, lo que conlleva la retirada temporal del permiso de armas y la excedencia especial, situación que la Sala reputa ajustada a derecho.

### B) Excedencia forzosa: Su duración no computa a efectos de indemnización por despido

La STS de 26 de septiembre de 2001, I.L. J 2176, analiza la cuestión referente al cómputo a efectos de antigüedad para el cálculo de la indemnización por despido del tiempo en que el trabajador estuvo en situación de excedencia forzosa por desempeño de cargo público, señalando que “Una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa, y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1.a) del Estatuto.”, concluyendo que el módulo del cálculo de la indemnización se realiza sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida.

### C) Excedencia con pacto entre las partes que imposibilita realizar actividades que impliquen competencia

La STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2001, I.L. J 2257 (recurso 2932/2001), analiza un supuesto en el que las partes suscribieron un acuerdo cuyo tenor literal era el siguiente: “la excedencia no podrá ser utilizada para realizar actividades que impliquen competencia, ya sean por cuenta propia o ajena, salvo autorización expresa y escrita para ello; si el excedente infringiese esta norma se entenderá que rescinde voluntariamente el contrato que tenía y perderá todos los derechos”. Habiendo concurrido el trabajador con la actividad de la empresa, ésta rechaza la petición de reincorporación, por haber incumplido el actor sus obligaciones contractuales, entendiéndolo la Sala que no se ha producido un despido sino una extinción del contrato por causa válidamente pactada.

### D) Personal del Insalud: Retorno a la situación de excedencia

La STS de 25 de diciembre de 2001, I.L. J 2355 (recurso u.d. 345/2001), establece que los reingresados provisionalmente al servicio activo tienen la obligación de participar en el primer concurso de vacante que se convocase, solicitando todas las plazas básicas de la categoría, de forma tal que, el incumplimiento de esta última obligación, determina que pierda virtualidad el reingreso efectuado con carácter provisional y, que en consecuencia proceda el retorno a la situación anterior.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

### E) Acción declarativa en materia de excedencia

La STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2001, I.L. J 2605 (recurso 1634/1998), la Sala se cuestiona la viabilidad de un proceso en el que el único extremo litigioso es de tipo declarativo y versa sobre las circunstancias en que en un futuro haya de producirse el reingreso de la trabajadora. Tras analizar la doctrina jurisprudencial acerca del interés legítimo la sentencia concluye que “se ha de estimar la falta de acción, siendo así que es evidente la inexistencia de ‘interés actual’ o ‘utilidad práctica’ ‘inmediata’ en la fijación de las condiciones en las que –en su día– la actora pueda solicitar el reingreso desde su actual –obviamente nos referimos a la fecha de la demanda y de la decisión recurrida– situación de excedencia.”

### F) Denegación empresarial de la solicitud de excedencia: Inexistencia de despido

La STSJ de Baleares de 22 de octubre de 2001, I.L. J 2494 (recurso 454/2001), analiza el supuesto de un trabajador que sin autorización de la empresa inicia un período de excedencia, señalando la Sala que “incluso en aquellos supuestos en que la regulación convencional configura con nitidez la excedencia voluntaria como un derecho subjetivo del trabajador, éste no puede hacerlo efectivo de modo unilateral y pasar a la situación de excedente sin un previo reconocimiento de ese derecho por parte de la empresa o, en su defecto, una declaración positiva de la autoridad judicial obtenida mediante la interposición de la acción oportuna”. Por ello y dado que en el supuesto enjuiciado la empresa denegó expresamente al trabajador la excedencia que había pedido, el hecho de que éste dejara de acudir a su puesto de trabajo, tiene virtualidad para extinguir la relación laboral.

## 8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### A) Invalidez permanente: Suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo

La STS de 17 de julio de 2001, I.L. J 2168 (recurso u.d. 3645/2000), se plantea la determinación del día a partir del cual ha de computarse el plazo de dos años durante el cual queda en suspenso la relación laboral con reserva del puesto de trabajo prevista en el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia distingue entre dos situaciones diferenciadas, en primer lugar una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral, siendo necesario que tal posibilidad se haga constar en la resolución administrativa o judicial inicial que declara la invalidez.

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO  
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ  
DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA  
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ  
MONTSERRAT RUIZ CUESTA



**VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido.** A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos.

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas.

**3. El despido disciplinario.** A) Las causas que lo motivan. B) La forma del despido.

**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.

C) Otras cuestiones conexas. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido: La caducidad de la acción. 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) La responsabilidad del FOGASA. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.**

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Discriminación. B) La ejecución de sentencia.

**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, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 9 a 12 del año 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1770 a J 2626).

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**”. A este último le reconocen valor liberatorio diversas resoluciones judiciales:

– La **STSJ de Madrid de 18 de julio de 2001**, I.L. J 2090 (recurso 1569/2001), analiza un documento en que el trabajador reconoce haber percibido 11.688.294 ptas. brutas, dándose por satisfecho y liquidado de cuantas cantidades pudieran corresponderle por los servicios prestados a la empresa, con renuncia expresa a cualquier reclamación posterior por concepto alguno “lo que otorga pleno valor liberatorio a tal documento, sin que aparezca indicio alguno de los vicios del consentimiento que enumera el art. 1265 del Código Civil, cuya acreditación corresponde a quien los alega”. Además, se califica como extemporánea la reclamación “ya que si se pretende exigir una mayor indemnización a la empresa por la resolución unilateral del contrato, como literalmente asume la representación letrada del trabajador, ello debió plantearse a través del pleito de despido, como es obvio y evidente”.

– La **STS de 11 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2498 (r.c.u.d. 3189/2000), unifica doctrina en torno al alcance liberatorio del finiquito, concretando sobre qué aspectos produce o no tal efecto. Recuerda a tal efecto que “una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por Convenio colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza –entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias económicas derivadas–”. Añade que “el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio, viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial (...) (y) puede ocurrir que pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros”. A tal efecto, en el finiquito analizado por el Tribunal, puesto que no aparece la “remuneración de horas extraordinarias, plus de asistencia y puntualidad, cuya realidad consta en los hechos probados, el efecto liberatorio no alcanza a estos conceptos retributivos”.

– La **STS de 26 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2560 (r.c.u.d. 4625/2000), dictada en unificación de doctrina, reconoce valor liberatorio al finiquito firmado, porque

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

el trabajador declara “libremente haber rescindido por fin de contrato, la relación laboral que tenía con esta empresa”. Manifestación de la voluntad que para el Tribunal no ofrece duda en cuanto a su interpretación.

Por el contrario, le niega valor liberatorio la **STS de 5 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2061 (r.c.u.d. 4438/2001), ya que “la existencia de finiquito no implica conformidad con la extinción de la relación laboral (...) pues implica conformidad a la liquidación efectuada pero no al cese en la prestación de servicios”.

A la extinción del contrato por causas consignadas válidamente en el contrato [art. 49.1.b) ET] se refiere la **STSJ de Extremadura de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1797 (recurso 319/2001), relativa a un supuesto de contratación temporal sucesiva, en que la Sala no aprecia la existencia de fraude de ley. Según ella, “es perfectamente válido que el día siguiente (a la conclusión de la primera relación temporal, percibiendo la oportuna liquidación a plena satisfacción) se iniciara otra contratación de idéntica naturaleza, máxime cuando el fraude de ley no se presume –STS de 18 de julio de 1994– y esta Sala ha destacado que no existe irregularidad alguna en el hecho de que el trabajador renuncie a una contratación temporal y suscriba a continuación otra, de la misma naturaleza, que a su juicio puede tener más vocación de permanencia”.

La **STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 2257 (recurso 2932/2001), analiza una extinción de contrato de trabajador en situación de excedencia voluntaria, y declara su procedencia por existir causa lícita para el despido, “al cumplirse la condición que se había establecido en el pacto de 1997, de no poder realizar el excedente actividades concurrentes con las de la empresa demandada durante la situación de excedencia”. Para la Sala:

“no ha existido el despido por el que se acciona, sino sólo la extinción del contrato de trabajo por causa lícita válidamente contemplada en el mismo, según la condición resolutoria establecida; siendo causa válida la de prohibición de realizar trabajo para empresas de la competencia, como ha reiterado la jurisprudencia, dado que se han acreditado los elementos que dan lugar a la aplicación del pacto, no pudiendo deducirse derechos, concretamente el pretendido de reincorporación tras una situación de excedencia voluntaria, al perderse tal derecho de reincorporación por tratarse de un contrato ya extinguido por voluntad de las partes, al cumplirse la causa resolutoria que habían acordado”.

La **STSJ de Andalucía, Granada, de 2 de julio de 2001**, I.L. J 2126 (recurso 825/2001) declara la inexistencia de despido, fallando en favor de la extinción del contrato por realización de servicio determinado, objeto del contrato.

La **STS de 16 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2338 (recurso 4820/2000), estudia un supuesto de extinción de contrato de una profesora de religión en centro público de enseñanza, y declara la válida extinción de la relación laboral temporal, debida a la falta de propuesta por la autoridad eclesiástica para desempeñar la actividad en el siguiente curso escolar. Y ello es conforme a una ya reiterada doctrina jurisprudencial sobre las razones existentes para considerar como “relación por tiempo determinado” la que

vincula a los profesores de religión y moral católicas con las administraciones educativas. Las razones en que se apoya para considerar relación por tiempo determinado son:

“1) El art. 3º del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979 establece la obligación de impartir estas enseñanzas en distintos niveles educativos (preescolar, educación general básica, bachillerato unificado polivalente, grados de formación profesional), previendo al mismo tiempo la designación de los profesores encargados de las mismas mediante nombramiento por parte de la autoridad educativa para cada año escolar, a propuesta del Ordinario diocesano; 2) este régimen de designación de vigencia anual supone la celebración de un contrato por tiempo determinado, con causa de extinción subsumible en el art. 49.1.c) ET (expiración de término final) y no en el art. 49.1.b) (condición resolutoria); 3) el hecho de que la renovación se lleve a cabo habitualmente de manera automática, salvo propuesta en contra de la autoridad eclesiástica, no afecta a la existencia del término, sino al modo en que se efectúa la renovación del contrato; 4) la base legal de esta causa especial de temporalidad del contrato se encuentra en el art. 3º de la citada norma internacional, incorporada al ordenamiento interno (art. 94 CE y art. 1.5 Código Civil); 5) los fundamentos objetivos de esta limitación de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados respecto de otros trabajadores son la ‘especial confianza que requiere el tipo de trabajo encomendado’ y la disociación existente en estas relaciones de trabajo entre quien ostenta la posición empresarial (la Administración educativa) y quien selecciona a los profesores encargados de las enseñanzas (la autoridad eclesiástica); y 6) por ello, no hay discriminación, pues el tratamiento diferente no está fundado en ningún factor de este carácter conforme al art. 14 CE (STS /IV 17 de mayo de 2000 y las que en ella se citan) y en todo caso la diferencia de trato está justificada, porque hay razones que singularizan el supuesto en atención a la especial confianza que requiere el tipo de trabajo encomendado y al hecho de que éste se preste en el marco organizativo de un tercero (la Administración Pública), que no es el responsable de los contenidos de la enseñanza impartida y que está sometido para contratación de su personal fijo a procesos de selección reglada que no podrían aplicarse en el presente caso.”

La dimisión del trabajador prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] se analiza en la **STSJ de Madrid de 10 de julio de 2001**, I.L. J 2079 (recurso 2082/2001). La Sala confirma la improcedencia del despido, negando la existencia de una supuesta dimisión, al no quedar acreditada la intención de abandonar el puesto de trabajo o de causar baja voluntaria, teniendo en cuenta los actos y circunstancias coetáneos, anteriores y posteriores. Y ello porque “nunca hubo por la actora intención de dimitir o causar baja voluntaria, ni mucho menos de abandonar su puesto de trabajo, como lo acredita el que se personase en la empresa en las diferentes ocasiones”.

La **STSJ de Baleares de 22 de octubre de 2001**, I.L. J 2494 (recurso 454/2001), falla a favor del desistimiento del trabajador. En el supuesto de hecho se produce la denegación expresa de la empresa ante la solicitud de excedencia voluntaria motivada en que para la empresa constituye un “uso abusivo del derecho”. Pese a ello, unilateralmente, el trabajador deja de asistir a su puesto de trabajo a partir de la fecha en que solicitó la excedencia. La Sala Justifica su fallo en que:

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

“la procedencia o no de tal denegación del derecho a la excedencia sólo puede ser resuelto mediante resolución judicial, por lo que al no ejercitarse acción alguna y declararse el trabajador en situación de excedencia inasistiendo al trabajo, procede, como hace la resolución judicial impugnada, desestimar la demanda por despido”.

La **STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2001**, I.L. J 2584 (recurso 3358/2001), confirma la extinción contractual por desistimiento del trabajador que, mediante comunicación por carta, informó a la empresa que se le había privado del acceso al local de negocio en donde venía prestando sus servicios, habiendo entregado las llaves y solicitado un listado de los aparatos que quedaban en la oficina para evitar responsabilidades frente a la empresa. Para la Sala constituyen signos de posible dimisión por parte del trabajador el hecho de que no mantuviese contacto con su empleador hasta la última comunicación con la empresa, que efectuó por e-mail, negándole el acceso a su lugar de trabajo.

“Tales conductas, de no ponerse en contacto el trabajador con la empresa una vez que se le negó el acceso a su centro de trabajo y haber omitido cualquier comunicación con su empleador directo relativa a su intención de no reincorporarse al trabajo, son indicios suficientes de que el trabajador abandona su puesto de trabajo, sin que sea necesario, conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia, que exista una declaración formal del trabajador, puesto que la dimisión no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, sino que basta con que la conducta seguida manifieste de modo indiscutido la opción por la ruptura o extinción de la relación laboral.”

La **STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2001**, I.L. J 2601 (recurso 4502/2001), resuelve en favor del abandono del trabajador de su puesto de trabajo y considera inaplicable el principio pro operario planteado por el actor. Señala la Sala que:

“el principio *in dubio pro operario* no puede referirse a situaciones fácticas, sino a supuestos de aplicación normativa (buscando la interpretación más favorable al trabajador), por lo que, no citando el recurrente norma alguna sobre la que proyectar el principio alegado, argumentando que ‘la sentencia no lo ha respetado ya que la empresa no ha conseguido probar el abandono voluntario del puesto de trabajo’ (esto es, pretende su aplicación en el plano fáctico), el recurso así formalizado no puede prosperar, cuando, por lo demás el juez *a quo* afirma que a partir del 28 de diciembre de 2000 el actor (temporalmente contratado para obra determinada) dejó de acudir definitivamente al trabajo sin dar explicación ni justificación alguna pese al requerimiento al efecto (telegrama) de la empresa, que decidió darlo de baja en la Seguridad Social el 12 de enero de 2001 por cese voluntario”.

### **B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos**

#### **a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica**

Del análisis judicial del despido, se ocupan diversas resoluciones. Analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Entre ellas la **STSJ de Valencia de 11 de abril de**

2001, I.L. J 1832 (recurso 738/2001), desestima la demanda por despido interpuesta, al considerar que no existe relación laboral en una actividad realizada entre socios, al no existir dependencia en el ejercicio de la misma. Motiva la Sala su decisión en que si bien:

“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 (...) la nota diferencial, 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, rasgos que son también comunes al arrendamiento civil de servicios, sino en el ejercicio de la actividad en situación de dependencia; elemento este último que no se equipara con una subordinación absoluta al empresario, pues basta para que sea apreciable que el servicio se preste “dentro del ámbito de organización y dirección de otro”, SSTs de 22 de octubre de 1983, 31 de mayo de 1988, 25 de mayo de 1993 y 14 de febrero de 1994, cuestión que no se acredita en el presente supuesto en el que la actividad se realiza entre socios, sin que aparezcan ni órdenes, ni directrices, ni horario determinado, ni retribución, y finalmente tampoco se acredita por ello, despido verbal y sí extinción de la relación que les unía”.

La STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001, I.L. J 2261 (recurso 2128/2001), estima la excepción de incompetencia del orden social al entender que la relación de un trabajador que ha prestado sus servicios para TVE, como reportero gráfico de Soria y su provincia, en virtud de un contrato verbal de arrendamiento de servicios es civil y no laboral. La relación se caracterizaba porque: a) con anterioridad y desde mayo de 1980 figuraba inscrito en la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y en el Registro Profesional de Periodistas Gráficos, b) figura de alta como trabajador autónomo en el Régimen Especial de la Seguridad Social desde julio de 1980, para el desempeño de la actividad de fotógrafo, c) es titular de licencia fiscal, d) desde 1994 factura el impuesto sobre el valor añadido e) realiza la actividad de ofertar reportajes gráficos de la provincia de Soria, que “TVE” adquiere a cambio del correspondiente precio que se refleja en la facturación emitida al efecto y f) tiene una cartera de clientes, a los que igualmente presta sus servicios. La actividad realizada por el trabajador consistía en contactar diaria y telefónicamente con el Centro Territorial de “Televisión Española” en Castilla y León, e informar de las noticias ocurridas en Soria y provincia. La redacción del Centro Territorial era quien seleccionaba las más importantes y posteriormente el trabajador realizaba el reportaje gráfico correspondiente a las mismas. La información se enviaba por una terminal de fibra óptica, propiedad y sito en el local de la emisora de Radio Nacional de Española en Soria, con cargo al trabajador. Posteriormente éste facturaba a TVE tal importe. Deduce la Sala:

“que los colaboradores de los diversos medios de comunicación no están incursos en el contrato de trabajo, dado que el colaborador realiza su trabajo sin sujeción a la empresa y a la dirección de la misma, o sea, como dice la doctrina jurisprudencial, sin quedar dentro del círculo rector y disciplinario de la empresa; en el supuesto ahora enjuiciado (...) el actor ofertaba sus servicios a ‘TVE’, actuando con plena autonomía, sin directrices y fuera del

## **VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo**

ámbito de la organización empresarial, sin horario fijo y sin estar sujeto a la disciplina laboral de la demandada; siendo de destacar que, al no existir centro de trabajo de ‘Televisión Española’ en Soria, el actor acudía a la emisora de Radio Nacional de España en dicha ciudad únicamente para el envío por fibra óptica de los reportajes grabados, lo que no supone indudablemente una nota de dependencia, sino únicamente la tecnología de ‘TVE’ para el envío del producto, para su recepción instantánea, conservando la calidad requerida, para su posterior emisión; si a ello se añade (...) que la demandada reservaba el derecho a admitir o no la colaboración, ejerciendo el colaborador su trabajo para otras empresas, entidades o particulares, ayudándose en ocasiones de terceras personas para el desarrollo de su actividad, (...) resulta evidente que el vínculo contractual mantenido entre las partes no puede en modo alguno ser calificado de laboral al no reunir los elementos exigidos por los artículos 1º y 8º del Estatuto de los Trabajadores, resultando por el contrario, el vínculo de naturaleza civil, al tratarse de un verdadero arrendamiento de servicios a cuya constatación escrita se negó el actor, promoviendo la actual demanda, sobre la que ya no puede hacerse ningún pronunciamiento, una vez declarada la incompetencia de jurisdicción”.

La **STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 2001**, I.L. J 2210 (recurso 930/2001), analiza un supuesto de trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad entre dos hermanos. Niega la concurrencia de las notas definitorias de una relación laboral, ya que “cuando el trabajador precisa ayudantes o colaboradores para realizar su trabajo y el empresario acepta que se designe a los mismos pero sin intervención en dicha nominación, ni en la organización de éstos ni siquiera en su retribución, no existe relación alguna que una a éstos con el último, máxime cuando queda a voluntad del trabajador el remunerarles o no por tal colaboración”.

La **STSJ de Valencia de 3 de mayo de 2001**, I.L. J 1840 (recurso 930/2001), analiza un supuesto en el que la Sala aprecia la concurrencia de una doble relación entre las partes laboral y mercantil. Declara la improcedencia del despido ya que en “el contenido de la prestación mercantil (...) consta la condición de alcanzar unos objetivos mínimos, que no se han cumplido” por lo que “el supuesto incumplimiento deberá achacarse a la relación mercantil” (...) “pero no afectar a una relación laboral que tiene por objeto aspectos de carácter administrativo y de gerencia, pues sobre dicha actividad no cabe presuponer que existían unos objetivos mínimos alcanzables”.

La **STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2001**, I.L. J 2255 (recurso 2565/2001), declara la improcedencia del despido y la existencia de vínculo laboral y no administrativo entre un Profesor de música de conservatorio con la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid.

Niega la existencia de despido la **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2001**, I.L. J 2597 (recurso 4258/2001), en una relación de prestación penitenciaria, ya que la normativa reguladora de estas prestaciones de trabajo “no menciona el despido como causa de extinción de la relación con lo cual impide ser aplicada al actor la extinción de la relación laboral”.

**b) Responsabilidad empresarial por despido en las contrata y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas**

La STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2001, I.L. J 1923, analiza un caso de despido objetivo por causas económicas motivado por el desahucio del empresario del local en el que explota un negocio de cafetería. Niega que se haya producido subrogación, al haber sido cerrada la cafetería de la estación de RENFE, que aunque “puede ser abierta en cualquier momento, lo cierto es que no hay continuidad en la explotación, y si en el futuro puede ser abierta o no nuevamente es una especulación que en ningún caso puede dar lugar a derechos actualmente”.

La STS de 22 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2386 (r.c.u.d. 1543/1996), estudia un supuesto de expediente de regulación de empleo, que afecta a un grupo de empresa. Ello comporta, según la Sala, “la carga de probar la realidad efectiva de la crisis económica teniendo en cuenta la relación existente en el conjunto empresarial, pero no supone (...) que exista una obligación formal para quien insta el expediente de presentar toda la documentación o información completa de todas las empresas integrantes del grupo”. Concreta la sentencia las notas definitorias del grupo de empresa en las siguientes:

“a) Lo que caracteriza al grupo de empresa es el ejercicio de una dirección unificada que da lugar a la unidad empresarial por debajo de la diversidad de formas jurídicas, sin que pueda hablarse, en puridad de principios de un sujeto de derecho, ya que el grupo carece de personalidad jurídica, sino de una entidad económica con su propio interés. b) El grupo representa una forma de concentración empresarial en la que, a diferencia, de la fusión, no hay identidad plena entre sujeto jurídico y entidad económica.”

La STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2001, I.L. J 2572 (recurso 2965/2001), analiza un supuesto de despidos improcedentes en una contrata ferroviaria. La empresa saliente, a punto de finalizar la contrata, modifica las condiciones contractuales, ampliando la prestación de servicios de los actores a jornada completa, cuando, durante todo el tiempo que habían trabajado con anterioridad, lo habían hecho a tiempo parcial. Para la Sala resulta evidente que esa prolongación llevada a efecto por la empresa, cuando la contrata llegaba a su fin, “carece de virtualidad para la nueva adjudicataria, en tanto en cuanto las condiciones de los contratos, (...) son las existentes cuatro meses antes de la fecha prevista para la extinción de la contrata”. Niega la Sala la responsabilidad a la empresa entrante ya que:

“no pueden obligar a la nueva empresa pactos habidos con posterioridad a dicha fecha, que obedezcan a la mera voluntad de la empresa saliente, por la misma causa que, la entrante no ha de subrogarse en el personal que no había formado parte de la plantilla del centro antes de dicho período”.

La STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2001, I.L. J 2588 (recurso 4236/2001), falla sobre un supuesto de nueva contrata y traslado de oficinas. La Sala resuelve que la nueva

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

contratista se subroga en los contratos de trabajo de la antigua, y que en caso de traslado de las dependencias del cliente a otra sede y nueva adjudicación del servicio de limpieza, es esta nueva contratista la obligada a subrogarse.

La **STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2622 (recurso 2127/2001), impone la responsabilidad solidaria por el despido improcedente de un trabajador a la sociedad civil irregular para la que prestaba servicios. Motiva la Sala su decisión en que:

“no puede olvidarse que en este tipo de sociedades existe lo que se ha llamado *affectio societatis* entre los miembros de la comunidad y más si uno de ellos es partícipe del 98 por ciento y que no puede quedar exonerado de responsabilidad. La doctrina jurisprudencial ya dijo que se deben de calificar como sociedades irregulares aquellas que se constituyen sin los requisitos legales, bien sean civiles o mercantiles; y en el caso que nos ocupa, si bien existe un registro y constitución no tiene los efectos de conocimiento de terceros con lo cual se debe de declarar la responsabilidad solidaria de los socios conforme se establece en los artículos 117 y 120 del Código de Comercio”.

### 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

#### A) Las causas que lo motivan

A las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, como incumplimiento contractual que justifica el despido disciplinario [art. 54.2.a) ET], se refiere la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de mayo de 2001**, I.L. J 2440 (recurso 993/2000), que confirma la sentencia de instancia declarando la procedencia del despido.

Por el contrario se declara improcedente el despido en la **STSJ del País Vasco de 9 de octubre de 2001**, I.L. J 2609 (recurso 1900/2001), motivado en unos días de retraso en la asistencia al trabajo, que para la Sala “no son lo suficientemente graves como para la extinción del contrato”.

La extinción motivada en la indisciplina o desobediencia en el trabajo [art. 54.2.b) ET] es objeto de análisis en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de julio de 2001**, I.L. J 1963 (recurso 304/2001), que declara la procedencia del despido, señalando cómo para que la indisciplina o desobediencia merezca ser sancionada con el despido “la indisciplina debe ser injustificada, trascendente y grave, manifestándose como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes impartidas por el empresario o sus representantes en el ejercicio normal y regular de sus facultades de dirección”. La Sala recoge al respecto la doctrina en torno a los incumplimientos y declara que:

“deben valorarse las circunstancias concurrentes, para determinar si tiene entidad suficiente para estimar proporcionada a los mismos la máxima sanción impuesta, pues como exige reiterada jurisprudencia la indisciplina debe ser injustificada, trascendente y grave, manifestándose como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes impartidas por el empresario o sus representantes en el ejercicio normal y regular de

sus facultades de dirección, consiguientemente y de modo correlativo generó en sus destinatarios un deber jurídico de cumplimiento, de conformidad con lo que dispone el art. 5º. a) y c) del ET y la repetida jurisprudencia que declara que el trabajador debe cumplir las órdenes impartidas por el empresario o quien lo represente, aunque las considere inadecuadas, sin perjuicio de que luego pueda utilizar contra ellas los medios legales procedentes, pues no cabe que el trabajador se autoerija en definidor de sus propias obligaciones contractuales, principio plasmado en la frase *solve et repete* así Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984, 9 de julio y 3 de diciembre de 1987, 26 de abril, 10 de mayo y 14 de octubre de 1988, y sólo desaparece este deber de acatamiento respecto de las órdenes del empresario si afectan a derechos irrenunciables del trabajador, atenten contra su dignidad, sean ilegales o impliquen circunstancias de peligrosidad o de otros supuestos análogos que justifiquen la negativa a obedecer, así Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo y 30 de abril de 1986, 29 de junio de 1990, 15 de marzo y 25 de abril de 1991 y 29 de julio de 1995, entre otras”.

A la trasgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.b) ET] se refiere la **STSJ de Extremadura de 5 de julio de 2001**, I.L. J 1798 (recurso 308/2001). En ella se niega la concurrencia de desobediencia en el trabajo y trasgresión de la buena fe contractual que justifique el despido disciplinario. Se declara la improcedencia de la extinción, de la relación de un trabajador con la categoría profesional de tractorista, que deja de residir en el cortijo donde trabajaba, porque “dada la inexistencia de pacto entre las partes por virtud del cual el trabajador se obligara a efectuar las funciones de guarda de la finca, sino que sus tareas eran las de tractorista, no concurre incumplimiento contractual alguno el que deje de pernoctar en la vivienda facilitada por el empleador y mucho menos se le pueden imputar perjuicios por este motivo”; (...) siendo por otra parte “un hecho de general conocimiento que (el trabajador) no pernoctaba en la finca desde un año antes de ser despedido”.

La **STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 2256 (recurso 308/2001), niega que exista “algún indicio de una hipotética conducta empresarial atentatoria al derecho de libertad sindical”. Se entiende por el contrario que el trabajador, empleado de “Telefónica, publicidad e información, SA”, en la misma campaña de ventas contrató para las dos guías telefónicas en Madrid (Madrid provincia y Madrid capital), al mismo tiempo con igual cliente (pese a tenerlo prohibido) ya que suponía doblar la cartera y falsear los resultados de las campañas. Y tal actitud, en opinión del Tribunal, constituye “una clara trasgresión de la buena fe contractual”, por lo que declara la procedencia del despido.

La **STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2265 (recurso 3096/2001), estima que la conducta de la actora carece de la suma gravedad necesaria para generar y justificar la máxima sanción en materia laboral. Por ello declara la improcedencia del despido ya que “si bien concurre alguna irregularidad en la conducta de la actora, por su entidad y falta de culpabilidad, respectivamente, sólo podemos concluir que no puede acarrear el despido adoptado por la patronal”.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

### B) La forma del despido

El artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad sindical reconoce, entre los derechos de los delegados sindicales, el de ser oídos previamente a los despidos y sanciones de los afiliados de su sindicato. La interpretación del trámite, eficazmente cumplido, es unificada por la **STS de 16 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2334 (r.c.u.d. 3024/2000). En ella se contempla un supuesto en que se remite al delegado sindical la comunicación sobre la intención de la empresa de despedir a un trabajador afiliado a su sindicato, el día antes de que el despido surta efectos con respecto al trabajador sancionado. La Sala resuelve en favor de la improcedencia del despido por considerar que el trámite se ha efectuado incorrectamente, habiéndose producido realmente una notificación y no una audiencia previa al delegado sindical. Para la Sala:

“es dable deducir de la finalidad del trámite previo de audiencia al despido del trabajador afiliado, fijada por la jurisprudencia unificadora, que, salvo la concurrencia de excepcionales circunstancias, las que en el caso enjuiciado no se acredita concurren, no se compagina el real cumplimiento de la finalidad del referido trámite tendente a que el delegado sindical pueda ser efectivamente oído (...) con la fijación empresarial de un breve plazo de audiencia a los delegados sindicales que no se acredita fuera superior a un día previo a la efectividad del despido. En tan breve plazo no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario o a adoptar medidas que pudieran influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada y a suministrar información al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado, y, por el contrario, evidencia que lo que se ha efectuado por la empresa ha sido simplemente ‘la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución’ lo que vulnera la finalidad de las normas invocadas como infringidas que exigen que los delegados sindicales dispongan de un plazo razonable para poder efectuar su función de garantía y defensa preventiva de los trabajadores sindicados y poder comunicar su postura ante el despido proyectado a la empleadora”.

### 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

Diversas resoluciones fallan la improcedencia de la amortización de uno o varios puestos de trabajo. La **STSJ de Madrid de 17 de julio de 2001**, I.L. J 2088 (recurso 2321/2001), declara la improcedencia del despido fundado en causas económicas, al entender que no se produce la necesaria conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción del contrato y la finalidad prevista en la ley, ya que en fechas próximas al despido la empresa realiza nuevas contrataciones. Se motiva tal decisión en que:

“si pérdidas tuvo la empresa en el año 1999, y si la renovación de un crédito y el concier- to de otro nuevo tanto puede significar medida financiera de favorable resultado como

actuación conveniente o necesaria ante la situación económica o más bien de falta de liquidez, tal resultado negativo e incluso el endeudamiento asumido cualquiera que sea su finalidad, en modo alguno justifica la decisión adoptada y aquí debatida, ya que si tales pérdidas constituyen en principio factor desencadenante acarreador del acuerdo extintivo, no se da la necesaria conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción y la finalidad prevista en la ley, habida cuenta que siendo la causa de afectación global a la empresa el logro que con aquélla se consigue cual es una reducción de gastos que ayuda o coopera a superar la situación negativa de la patronal, neutralizado queda cuando en fechas próximas y, desde luego, después de conocido el resultado del ejercicio 1999, se contratan a otros trabajadores —hasta 6— con categorías de consultor, auxiliar y cuatro oficiales administrativos, de modo que al ahorro que aquélla significa se une el mayor gasto originado por estos nuevos contratados, y, en consecuencia, no cabe aducir causa económica como amparo de la extinción que analizamos cuando se contraen obligaciones mayores seguramente aumentando la plantilla siendo indiferente la categoría de los ingresados, pues las pérdidas constituyen causa que a la empresa toda afectan y su superación sólo cabe con reducción de los gastos actuales, y no aumentándolos aunque variando de una a varias personas los receptores de las correspondientes cuantías; aumento de plantilla que por sí misma nos conduce a estimar irrazonable la extinción enjuiciada, y que hace innecesaria la toma en cuenta del dato que como probado da la sentencia de haber condonado a empresa del grupo la deuda que con ella tenía la demandada y que elocuente es a la hora de tomar con cautela sus resultados y sus medidas frente a terceros con base en éstos”.

En términos similares la STSJ de Navarra de 20 de septiembre de 2001, I.L. J 2102 (recurso 314/2001), estima la improcedencia de la decisión extintiva empresarial por causas organizativas y productivas. Para la Sala, la empresa no ha ofrecido elemento indiciario que justifique la repercusión de la amortización del puesto de trabajo de la Jefa de ventas sobre la situación de la empresa, ni la concurrencia de dificultades que incidan en el buen funcionamiento de la misma y que justifiquen tal medida. Para llegar a esta conclusión alude a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que pone de manifiesto “la necesidad del control judicial sobre la ‘inevitabilidad de los despidos’, lo que se concreta en la relación causa-efecto entre las circunstancias, su ámbito de afectación y los puestos de trabajo a amortizar y en la valoración de la adecuación o proporcionalidad de la medida en el marco de las previsiones de reorganización productiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996)”. Según este criterio unificado, son tres los elementos integrantes del juicio a realizar:

“1º) la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable, entre otras, en la eficacia de la empresa (carencia o necesidad de ‘una más adecuada organización de los recursos’), en el ámbito de afectación, también entre otros, de la esfera de los sistemas y métodos de trabajo del personal (‘causas organizativas’) correspondiendo su prueba al empresario, mediante una concreción reflejada normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, de costes de factores; o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto a los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

mercado de: los productos o servicios, etc.; 2º) la amortización de uno o varios puestos de trabajo que, en el caso de que no conduzca al cierre de la explotación, ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, y 3º) la conexión de funcionalidad o de instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo, decididas por la empresa, y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos que, en el supuesto en que la amortización pretenda sólo la reducción de la plantilla, ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de los despidos acordados para conseguir la superación de aquélla. (...), que ha de apreciarse en ‘concreto respecto a cada uno’. Es decir, la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido o extinción de los contratos de trabajo de aquel o de aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido.’”

La **STSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2001**, I.L. J 2251 (recurso 1063/2001), declara la improcedencia de un despido objetivo por causas organizativas o productivas, revocando la de instancia, ya que no se acredita, a juicio de esta Sala “la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo de la actora, a través de una mejor organización de los recursos con que cuenta la mercantil”.

Declara igualmente improcedente la extinción de un contrato por causas económicas la **STSJ de Extremadura de 25 de octubre de 2001**, I.L. J 2486 (recurso 491/2001), al no desprenderse de los hechos una situación económica negativa que justifique tal extinción. Para la Sala:

“la disminución de ingresos y aumento de gastos se refiere sólo a un trimestre, lo cual no es período de tiempo significativo, y en todo caso, no determinan por sí solos una situación negativa pues pueden derivar en una menos positiva si con anterioridad la situación era lo suficientemente boyante como para enjugar esa diferencia en unos y otros”.

Por el contrario, estima procedente la decisión extintiva empresarial la **STSJ de Navarra de 28 de septiembre 2001**, I.L. J 2105 (recurso 312/2001), que revoca la sentencia de instancia. En un supuesto de extinción practicada al único trabajador de la empresa, la Sala se hace eco de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias, como la de 8 marzo de 1999, “en la que se analiza el tratamiento específico que deberá darse a aquellos supuestos de despido con afectación de la totalidad de la plantilla mas sin la consideración de despido colectivo, a la luz de los mínimos establecidos en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores que no incluyen las empresas con cinco o menos trabajadores”, y según el cual “es ésta la solución que impone, no sólo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica. Esta extinción por causas objetivas, sea plural o sea colectiva, es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinoso y cuya permanencia en el mercado no es posible. El legislador, de esta forma, soluciona el problema del fin de estas empresas no viables, de manera todo lo satisfactoriamente que es posible para ambas partes en el contrato. Debe destacarse que no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico ningún otro precepto que provea solución a esta necesidad”. Señala la Sala que:

“a efectos de la aplicación del despido contemplado en los arts. 51 y 52.c) del Estatuto Laboral ha sido recientemente clarificada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina quien en su Sentencia de 24 de abril 1996 ha señalado: ‘la ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica’, para continuar estableciendo. ‘No es preciso, por ende, que el despido objetivo sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual ‘contribuya’ a la mejoría de la empresa, es decir que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría’. (...) ‘Tal doctrina ha de aplicarse necesariamente al caso de autos pues, concurre causa económica negativa exigible para la amortización del puesto de trabajo. No se puede, pues, obligar a la empresa a mantener una explotación ruinosa y que lo único que podrían hacer sería prolongar el declive’”.

### **B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación**

La STS de 22 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2386 (r.c.u.d. 1543/1996), resuelve, en unificación de doctrina, un conflicto sobre el contenido de la documentación y el trámite de consulta en que ha de participar la representación legal de los trabajadores, ante un expediente de regulación de empleo que afecta a un grupo de empresas con unidad económica y de dirección. La importancia del trámite es reconocida por la Sala, que considera necesario remitir a la “representación de los trabajadores la información adecuada y suficiente sobre la situación de la empresa; en definitiva, la misma que ha de entregarse a la autoridad laboral para la acreditación suficiente de las circunstancias en que se basa la pretensión y que permita determinar la situación exacta de la empresa al momento de la incoación del expediente”. Ello supone “la necesidad de revelar todos los datos básicos de la empresa en ese preciso momento a fin de poder contrastar la coherencia entre la realidad y las medidas laborales que se solicitan”; y añade que “para el supuesto normal de iniciación del expediente de regulación de empleo por causas económicas o tecnológicas a instancia del empresario, el artículo 13 del RD 696/1980 concretaba la ‘documentación justificativa’ del artículo 51.5 LET, encaminada a acreditar las circunstancias en que basaba su solicitud y a determinar la situación de la empresa en el momento de la incoación de dicho expediente. Igualmente, ha de reconocerse la incidencia que tiene el que la Peticionaria se integre o forme parte de un grupo de empresas”. Para el Tribunal, al existir un grupo de empresa, se produce:

“la carga de probar la realidad efectiva de la crisis económica teniendo en cuenta la relación existente en el conjunto empresarial, pero no supone (...) que exista una obligación formal para quien insta el expediente de presentar toda la documentación o información completa de todas las empresas integrantes del grupo”.

Asimismo, esta sentencia niega que exista derecho de preferencia a favor de los minusválidos en un expediente de regulación de empleo, ya que el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos, modificado por Ley 66/1997, de 30 de diciembre y por Ley 50/1998, de 30 de diciembre “sólo contempla medidas de

## **VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo**

reserva de puestos de trabajo en las empresas, prohibición de discriminación e igualdad de acceso a la función pública y fomento del empleo”.

### **C) Otras cuestiones conexas**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de julio de 2001, I.L. J 1777 (recurso 1225/2001), analiza el momento en el que debe comenzar a computar el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción frente al Fondo de Garantía Salarial, en lo que concierne al 40 por ciento de la indemnización derivada de la extinción de la relación laboral del actor por causas objetivas. Determina la Sala que “sólo dictado auto de insolencia por la totalidad del crédito podía reclamar del FOGASA la indemnización correspondiente, reclamación que debe computarse (...) desde la fecha de aquel auto”. Basa la Sala su decisión en el hecho de que:

“a la empresa correspondía abonar la total indemnización y que a ella correspondía en principio reclamar del FOGASA el 40 por ciento de la indemnización a que le obliga el artículo 33.8 del Estatuto laboral y si no lo hizo así, sobre ésta habrán de pesar las consecuencias desfavorables de su falta de exigencia dentro del plazo prescriptivo de un año, mas las consecuencias negativas de la dejadez empresarial, no cabe extenderlas al trabajador que, como no podía ser de otra forma, ante la falta de cumplimiento voluntario de una sentencia firme, insta su ejecución forzosa contra la empresa condenada a satisfacer la totalidad de la indemnización”.

La STSJ de Andalucía, Granada, de 24 de septiembre de 2001, I.L. J 2140 (recurso 2800/2000), niega la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en un supuesto de despido objetivo, en que el Fondo resolvió abonar el 45 por ciento de la indemnización convenida y rechazó, declarada la insolencia de la empresa, el pago del resto de la misma. Recuerda la Sala:

“la diferencia entre el despido colectivo por causas objetivas regulado en el art. 51 del Estatuto y aquel de ámbito numéricamente más reducido del art. 52.c) no es analizable ahora por su sustantividad jurídica, sino por la forma en que se opera, de tal modo que en el primero es siempre necesaria, haya acuerdo o entre las partes, una resolución administrativa autorizando la extinción de las relaciones laborales, mientras que en el segundo, decidida unilateralmente tal extinción por el empresario, puede producirse una conciliación entre las partes o una resolución judicial, de tal modo que cuando se trata de extinciones colectivas siempre se dan las condiciones exigidas en el apartado 2 del art. 33 del Estatuto de existencia de sentencia o resolución administrativa, mientras que en el segundo caso si la extinción y sus consecuencias se plasman en una conciliación falta aquella condición y no surge la responsabilidad del Fondo de Garantía”.

Lo que para la Sala ha ocurrido en el caso analizado.

### **5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO: LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

El artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores establece el plazo de caducidad para el ejercicio de acciones judiciales contra el despido. Y lo fija en los veinte días hábiles

siguientes de aquel en que se hubiera producido. Superado este plazo, la acción habrá caducado como señala la **STSJ de Valencia de 10 de mayo de 2001**, I.L. J 1847 (recurso 858/2001), respecto de un supuesto en el que desestima parcialmente la demanda por despido de un socio de cooperativa, improcedentemente expulsado “al haber transcurrido más de veinte días entre la fecha del despido, ejecutividad del acuerdo y la de la interposición de la demanda”.

La **STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2001**, I.L. J 1942, estima la caducidad de la acción respecto de un despido formulado verbalmente durante el período de prueba, ya que el plazo estaba agotado cuando se interpuso la demanda judicial, “aun teniendo en cuenta la suspensión del mismo por la presentación de la demanda de conciliación administrativa.” Para la Sala:

“el objeto del debate es el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad de la acción de despido, en un supuesto en que es admitido que la comunicación de cese se produjo vigente el período de prueba, pues la parte recurrente admite tal extremo (...) El debate se centra en si tiene o no validez una comunicación de desistimiento unilateral del empresario durante dicho período, realizada verbalmente, que luego es ratificada por escrito. En definitiva el debate se limita a concretar si la comunicación de desistimiento del empleador durante el período de prueba requiere o no de formalidades especiales: la respuesta debe ser negativa y concluir que, tal como ya señaló la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990 (Ar. 6078), el desistimiento vigente el período de prueba no requiere de forma especial ni de preaviso, salvo pacto en contrario, sea en el contrato de trabajo o en la norma colectiva aplicable”.

Por el contrario, se rechaza el cumplimiento de la caducidad en la **STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2001**, I.L. J 1927, respecto de un supuesto en el que la trabajadora demandante designa en el acto de conciliación un domicilio de la mercantil demandada, en el que no se le puede citar. Como consecuencia de ello, el acto de conciliación resulta “celebrado sin efecto por incomparecencia de la empresa”. Para la empresa, al desconocer la celebración del acto de conciliación, el plazo transcurrido entre el despido y la presentación de la demanda, ha superado el de caducidad previsto en el Estatuto de los Trabajadores. Motiva la Sala que:

“considerar incumplida tal formalidad (conciliación previa) por el hecho de que se hubiera proporcionado un domicilio incorrecto de la empresa que impidió su incomparecencia a la conciliación previa y retrasó el acto de juicio es un efecto excesivo y desproporcionado que además la ley no contempla. La incorrecta designación del domicilio de la empresa (...) ha podido ser fruto de un error o confusión (...) que puede dar lugar a otras consecuencias menos drásticas y más proporcionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución, como una eventual limitación en los salarios del juicio, en el caso de considerarse que es un defecto imputable al actor, pero no puede llevar a la desestimación de la demanda por incumplimiento de unos requisitos que en realidad sí se observaron. El defecto, que por otra parte, no llegó a ocasionar una real

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

indefensión ya que la empresa llegó a tener conocimiento de la celebración del juicio, asistió al mismo y pudo efectuar las alegaciones y practicar las pruebas pertinentes en defensa de sus intereses”.

### 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo [art. 54.2.a) ET], que dan lugar a la extinción contractual son analizadas en la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 22 de octubre de 2001**, I.L. J 2460 (recurso 1754/2001). Se declara la procedencia del despido motivado por sanciones reiteradas motivadas por falta de puntualidad y por transgredir la prohibición de utilizar internet para fines que no fueran exclusivamente de la empresa. La Sala califica la conducta como grave y culpable y entiende que implica “una conciencia y voluntad de actuación antijurídica que elimina los valores éticos que deben presidir el cumplimiento de los deberes básicos” “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”.

A la indisciplina o desobediencia como causa de despido [art. 54.2.b) ET] se refiere la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1805 (recurso 45/2001), en un supuesto en el que tanto el Juzgado de Instancia como la Sala de lo Social del Tribunal Superior declaran la procedencia de la extinción de la relación laboral de un profesor de equitación, cuyo comportamiento indisciplinado, desobediente y ofensivo, según se acreditó en el juicio oral, constituye causa suficiente para el despido.

La **STSJ de Andalucía, Málaga, de 27 de julio de 2001**, I.L. J 1963 (recurso 304/2001), también declara la procedencia del despido de un trabajador que se niega a trabajar tres días por razones salariales. La Sala declara probada como evidencia que “ha existido un incumplimiento por parte del trabajador a las órdenes empresariales concretadas en desobedecer de forma reiterada las órdenes de trabajo durante tres días del mes de septiembre, negándose a trabajar alegando razones salariales”. Hechos que se consideran graves y culpables “no sólo por el reiterado incumplimiento al no ser acción esporádica y de un solo día, sino una premeditada voluntad de incumplimiento que se desarrolla en tres días, además por la circunstancia de ser el actor Delegado de Personal de la empresa, sin que le exonere de responsabilidad ni la aminorare, la circunstancia de que pudiera haber de fondo una disconformidad por motivos salariales, pues de ello sólo puede derivarse el legítimo ejercicio de las pertinentes acciones laborales o cualquier otra de tipo sindical previstas en la legislación laboral”.

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 la **STSJ de Navarra de 27 de julio de 2001**, I.L. J 1966 (recurso 90/2001). El trabajador, encontrándose en situación de incapacidad temporal “aquejado de una lesión de rodilla”, “efectuó trabajos alternativos de montaje de ruedas en su propio taller, dificultando sus posibilidades de curación y quebrantando con ello la necesaria lealtad y confianza que la relación laboral comporta”. Determina la Sala que “La trasgresión de la buena fe constituye una

actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo –arts. 5º.a) y 20.2 ET– y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la Empresa (SSTS de 26 de febrero de 1991 y 18 de mayo de 1987)”. Aplica el Tribunal la consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 3 de octubre de 1988 y 17 de septiembre de 1990) “expresiva de que procede el despido en cuanto quede evidenciada una realidad claramente constitutiva de deslealtad para con la empresa y de quebrantamiento de la buena fe, que necesariamente ha de presidir, con reciprocidad, las relaciones empresa-trabajador porque sin tales presupuestos la convivencia humana y profesional se haría absolutamente inviable, de tal modo que quebrantadas éstas y rota aquélla la relación laboral debe extinguirse, al encuadrarse esa conducta como causa justa de despido tipificada en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores”. Matiza que “La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traduciéndose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7º. 1 y 1258 CC) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (SSTS de 21 de enero de 1986, 22 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1987)”. La interpretación del precepto determina que:

“La esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS de 8 de febrero de 1991 y 9 de diciembre de 1986), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad (SSTS de 30 de octubre de 1989).

La buena fe, por otro lado, como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así el Título Preliminar del Código Civil precisa que ‘los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe’ (art. 7º.1), pone coto al fraude de ley (art. 6º.4) y niega amparo al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (art. 7º.2). También el Estatuto de los Trabajadores la ha incluido en sus preceptos; somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (art. 20.2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo substancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad [art. 50.1.a)] y al empleador cuando la conducta de aquél comporte trasgresión de la buena fe contractual (Sentencia de 25 de febrero de 1984, con cita de la de 10 de mayo de 1983).

De igual manera que no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el art. 54.2.d) ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia

## **VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo**

sea grave e inexcusable (SSTS de 30 de abril de 1991, 4 de febrero de 1991, 30 de junio de 1988, 19 de enero de 1987, 25 de septiembre de 1986 y 7 de julio de 1986).

Pues bien, de la propia versión judicial de los hechos, resulta incontestable la correcta tipificación efectuada por la sentencia de instancia al incardinarlos en las previsiones del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores pues para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad sea encuadrable en la transgresión de la buena fe contractual, requiere que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo, o que aquélla sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación, pues en ambos casos se pone de manifiesto la deslealtad del trabajador para con su empresario, con defraudación al mismo, a los compañeros de trabajo y a la Seguridad Social siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas, examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador, como el tipo de actividad e intensidad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta.”

La STSJ de Madrid de 6 de julio de 2001, I.L. J 2077 (recurso 2115/2001), se centra en determinar si la contratación de un trabajador, “con ocasión de la Encuesta sobre el Sector Servicios y la Industria de Turismo, a la que había precedido otra anterior por seis meses de duración para la realización de la Encuesta Industrial Anual, se adecua a los requisitos del art. 2º.1 del Real Decreto 2720/1998, en razón a ser diferentes las encuestas que se venían realizando, al variar en función de los recursos disponibles y de las necesidades de información de los gobiernos y agentes sociales intervinientes, o si, por el contrario, la variedad de contenidos no ampara la pretendida autonomía y sustantividad en la actividad acometida, que sigue consistiendo en la realización de encuestas, como actividad ordinaria del Instituto demandado”. Niega la Sala que exista una relación fija de carácter discontinuo, optando por considerar, y revoca la sentencia de instancia, ya que:

“contrató al actor para colaborar en la elaboración de determinadas encuestas, diferentes entre sí, al ser distintas las encomendadas y variar en cada ejercicio en función de los recursos disponibles y de las necesidades de información estadística de los Gobiernos y agentes sociales intervinientes, por lo que, de una parte, no se da la necesaria homogeneidad entre las distintas actividades, o, en términos de la Sentencia de fecha 26 de mayo de 1997, la necesidad de trabajo no está dotada de homogeneidad; y de otra, y por tal razón, no resulta carente de toda justificación la contratación de personal eventual, como la del actor al no concurrir el carácter cíclico requerido”.

## **7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA**

### **A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia**

La STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de julio de 2001, I.L. J 1806 (recurso 194/2001), resuelve sobre el cese de una trabajadora fija discontinua antes de la finalización de la campaña para la que fue contratada, declarando la improcedencia del despido, y reconociendo el derecho de la trabajadora a percibir los salarios dejados de percibir desde su despido, hasta la terminación de la campaña.

En diversas resoluciones se analiza la modalidad contractual para “obra o servicio determinado”:

– El Tribunal Supremo unifica doctrina en la delimitación de diversas modalidades contractuales. La **STS de 1 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2047 (r.c.u.d. 3286/2000), analiza los criterios de delimitación entre el trabajo eventual o por obra o servicio determinado y el fijo discontinuo, respecto de la sucesiva celebración de contratos concertados por el Ayuntamiento de Toro para cubrir el servicio de limpieza de los centros escolares públicos. La modalidad contractual más utilizada respecto a la trabajadora fue el contrato para obra o servicio determinado con duración coincidente con la del correspondiente curso escolar. La Sala revoca la sentencia de instancia que consideró que la falta de llamamiento o contratación de las actoras para el curso 1999-2000 constituyó un supuesto de despido improcedente, al entender que se trataba de trabajos fijos discontinuos, y declaraba la nulidad de la cláusula adicional contenida en los sucesivos contratos condicionando la duración de cada contrato desde el inicio hasta la finalización del curso escolar. Unifica doctrina la Sala respecto a los criterios de delimitación de ambas modalidades contractuales:

“a) A tenor de lo establecido en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 2º del Real Decreto 2546/1994, de 20 de diciembre, el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza porque la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actuación que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo y responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario. Sólo puede acudirse a este tipo de contratos cuando la obra o servicio tenga autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pero no cuando se trate de la realización habitual y ordinaria de las tareas que constituyen la actividad empresarial, que es lo que ocurre en el caso de autos y, por ello, tal contratación ha de reputarse fraudulenta (artículo 6º.4 del Código Civil) y según lo dispuesto en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, convierte a la relación laboral en indefinida. En igual sentido se pronuncia la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1999 relativa a una profesora de un centro privado de enseñanza que suscribió sucesivos contratos calificados como de obra o servicio determinado.

No es factible –como hace la sentencia recurrida– acudir a la doctrina de esta Sala contenida en sus Sentencias de 15 de enero y 23 de junio de 1997 y 8 de junio de 1999 referida a la posibilidad excepcional de celebrar contratos para obra o servicio determinado cuando se prestan servicios de limpieza hasta que se extinga la contrata correspondiente, ya que esto no es lo ocurrido en el caso de autos, en el que la Corporación Municipal contrata directamente con las trabajadoras; y

b) Hay que admitir, como se desprende de lo expuesto, que estamos en presencia de una modalidad de contrato a tiempo parcial de campaña o temporada prevista en el artículo

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

12.3 del Estatuto de los Trabajadores, reformado por el Real Decreto-Ley 15/1998, que la ley entiende celebrado por tiempo indefinido, al tener por objeto la ejecución de trabajos permanentes, pero de carácter cíclico o periódico: el trabajador satisface necesidades empresariales que no existen a lo largo de todo el año pero sí se presentan y es preciso atender en determinados meses o épocas del año (trabajadores fijos-discontinuos). En el presente caso: la limpieza de las escuelas durante el curso escolar, que seguirá existiendo mientras haya actividad docente, en las mismas y mientras su mantenimiento dependa de la Administración Local. Se sigue así la reiterada doctrina de esta Sala –Sentencia de 5 de julio de 1999 y otras a las que se remite– sobre los criterios de delimitación entre el trabajo eventual o por obra o servicio determinado y el fijo discontinuo; sin que a ello obste las pretendidas cláusulas de temporalidad insertas en los contratos, viciadas de nulidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 3º.5 del Estatuto de los Trabajadores.”

– La **STS de 1 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2049 (r.c.u.d. 2332/2000), revoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Relativa al despido de una limpiadora, confirma su improcedencia, apoyándose en la doctrina unificada de esta Sala, en el sentido de que “existe un contrato fijo de carácter discontinuo ‘cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad’; mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando ‘la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular’ (Sentencias de 27 de septiembre de 1988, 26 de mayo de 1997, 25 de febrero de 1998)”. Para el Tribunal Supremo:

“la larga serie de contratos muestra la persistencia de la necesidad de trabajo en períodos de seis meses anuales. Es cierto que la serie sufre interrupciones significativas (...) Pero, pese a estas interrupciones y a la relevancia que hubieran podido tener a otros efectos, en lo que aquí interesa la contratación anterior a 1995 es suficientemente significativa y además las fases de contratación también son reveladoras de una estrategia de contratación periódica de carácter eventual manifiestamente abusiva. Bien entendido que con ello no se desconoce la doctrina de la Sentencia de 29 de mayo de 1997 sobre los efectos de las interrupciones de la serie contractual en la valoración de las irregularidades de los contratos anteriores, porque aquí no se trata de valorar vicios anteriores, sino de pronunciarse sobre la relación vigente en el momento del despido”.

– A la irregular utilización de contratos de obra o servicio determinado para la realización de funciones permanentes de la empresa también se refiere la **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2001**, I.L. J 2091 (recurso 2797/2001). Contempla el supuesto en que se realiza una serie de contratos temporales a trabajadoras contratadas por el PSOE que ya tenían ganada la condición de fijas. En el caso de una de ellas, la irregularidad se detecta a través de la presunción no destruida mediante prueba en contrario de que la relación no escrita es indefinida, así como por la infracción sustancial de norma imperativa, en cuanto falta la condición material de desempleada cuando suscribe el contrato de fomento de empleo. En otro de los casos porque se suscribe contrato de obra o servicio determinado cuyo objeto era “puesta en marcha de la sección de atención al ciudadano”, durante tiempo determinado, siendo así que esas funciones ya las realizaba antes y las continuó reali-

zando después, además de otras que nada tenían que ver con ese objeto. Por último y en general para las tres trabajadoras, “la última vinculación contractual es idéntica”, y en ella “se estipula que el contrato de obra o servicio determinado tiene como objeto y también como duración hasta 40 días después de la celebración del próximo Congreso del PSOE”. Falla la Sala a favor de la improcedencia de las extinciones, ya que:

“no puede considerarse como una obra o servicio con autonomía y sustantividad propias, pues no se describe ningún servicio identificable, susceptible de inicio y conclusión, que justifique la limitación temporal del contrato, y lo único que se fija es una fecha de terminación del contrato, que aparece relativamente indeterminada, pero en definitiva la concreción final queda en manos de la entidad demandada que será lógicamente quien fije la fecha de celebración del Congreso; por ello tampoco concurre la nota de la duración incierta de la obra o servicio, ya que la incertidumbre se refiere a circunstancias externas a la propia empresa. No existe, en consecuencia, causa de temporalidad en el último contrato, que por ello queda incurso en fraude de ley con los efectos regulados en el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores (...). En todos los casos se han detectado incumplimientos fraudulentos en la contratación temporal, puede añadirse, por lo que respecta a otros contratos intermedios de obra o servicio determinado cuya duración se supedita alternativamente a la gestión de determinadas personas como miembros de la Comisión Ejecutiva Federal del PSOE, o a la celebración del próximo Congreso, que tales contratos tampoco tienen por objeto la prestación de trabajo en una obra o servicio con autonomía y sustantividad, susceptibles de inicio y conclusión, sino la realización de tareas permanentes en la empresa como son las propias de la categoría, en relación con la Comisión Ejecutiva, y que siempre existirán cualesquiera que sean las personas concretas que ocupan los puestos de dicho órgano. Esta Sala ha declarado, en supuestos en que se había pactado la facultad de desistimiento o una condición resolutoria por cese del titular del órgano directivo a cuyo servicio se había destinado al trabajador, la ilegalidad de tales cláusulas (Sentencias de esta Sala, Sección Sexta, de 2 de julio de 1998 recurso 900/1988, 18 de octubre de 2000 recurso 3326/2000 y 20 de abril de 2001 recurso 1008/2000), ya que en la relación laboral común no cabe pactar la extinción del contrato de trabajo por la pérdida de confianza, circunstancia que todo lo más justificaría el cambio de puesto de trabajo con relevación del cargo de confianza, dentro de las facultades de movilidad funcional de la empresa. Por los mismos razonamientos se ha declarado que no cabe la utilización del contrato de obra o servicio determinado para la realización de funciones permanentes de la empresa en tanto ocupe su puesto el titular de un cargo determinado (Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 25 de mayo de 2001 recurso 1457/2001)”.

– La STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2001, I.L. J 2254 (recurso 3126/2001) analiza un supuesto de extinción de contrato de obra o servicio, basado en la reducción del objeto de la contrata. Para la Sala la posibilidad de reducción del volumen de la contrata se encuentra expresamente pactada, “por lo que la extinción de los contratos correspondientes a la disminución del volumen del servicio no constituye una extinción *ante tempus* de los contratos sino una extinción por finalización del servicio”. No obstante, se declara la improcedencia del despido ya que la empresa no acreditó en la instancia “la reducción del volumen del servicio”.

## **VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo**

– La STSJ de Extremadura de 12 de septiembre de 2001, I.L. J 2154 (recurso 420/2001), declara la improcedencia de la extinción de un contrato temporal. En el supuesto analizado preexiste un contrato de obra o servicio en el que se han incumplido los requisitos exigibles; lo que provoca que la relación laboral tenga carácter indefinido, ya que no ha transcurrido entre uno y otro contrato el plazo de caducidad para la acción de despido. Resulta significativo para la Sala que:

“la presunción no ha sido destruida pues en la sentencia recurrida no se hace constar cuál sea el objeto del primer contrato, ni que las partes lo conocieran y estuvieran conformes en sujetar el contrato a la realización o consecución del mismo; es más la parte demandada tampoco hace mención a tal obra o servicio ni en la instancia ni ahora al impugnar el recurso (...) El primero de los contratos concertados por las partes ha de considerarse por tiempo indefinido y al segundo, iniciado antes de que transcurriera el plazo de caducidad para la acción de despido”.

– La STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2001, I.L. J 2269 (recurso 3325/2001), determina que no es adecuada la modalidad contractual de obra o servicio determinado para prestar servicios de “taquillero” a cargo de una empresa dedicada a la representación de obras teatrales, ya que “al corresponder a la actividad normal de la empresa, tal contratación ha de reputarse realizada en fraude de ley”.

– La STSJ de Galicia de 21 de octubre de 2001, I.L. J 2212 (recurso 3626/2001), presume que la relación laboral deviene indefinida en un supuesto de “contrato temporal no denunciado ni prorrogado en su temporalidad al continuar la prestación de servicios”.

– La STSJ de Extremadura de 8 de octubre de 2001, I.L. J 2481 (recurso 328/2001), analiza las extinciones de varios contratos de trabajo eventuales de una empresa dedicada a la venta de fondos de una determinada editorial. Los contratos eventuales que tenían como objeto “concertación de entrevistas y captación de clientes o la promoción de nuevos cursos de inglés para la campaña de navidad” han sido formalizados –según la Sala– en “claro fraude de ley”, ya que las trabajadoras en primer lugar “comenzaron a prestar servicios para la demandada sin formalizar contrato alguno por escrito, razón por la cual ha de presumirse indefinido en su duración conforme al artículo 12.2 del Estatuto de los Trabajadores”, y en segundo término aun cuando ya prestaban servicios para la demandada “la causa de temporalidad que se hace constar en los contratos es inexistente, pues teniendo en cuenta la actividad a que se dedica la demandada, venta de fondos de una determinada editorial, las demandantes fueron contratadas con evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Texto Estatutario, para realizar la actividad normal de la empresa”.

– La STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001, I.L. J 2530 (recurso 3186/2001), declara la improcedencia de la decisión unilateral de la empresa de poner fin a un contrato eventual por circunstancias de la producción, en una empresa dedicada a la fabricación de detergentes, al carecer aquélla de causa. Para el Tribunal no sólo existe:

“inconcreción de dicha causa de temporalidad, sino que ni siquiera puede concluirse que la fabricación de detergentes experimentó un incremento durante el período a que se refie-

re la prestación de servicios del actor, lo que hubiera implicado acreditar cuáles eran los volúmenes de producción anteriores, coetáneos y posteriores al contrato”.

– La **STSJ de Valencia de 3 de mayo de 2001**, I.L. J 1840 (recurso 930/2001), analiza la **disminución continuada del rendimiento** del trabajador como causa extintiva de la relación laboral y declara la improcedencia de la extinción. La Sala aprecia la concurrencia de una doble relación entre las partes, laboral y mercantil. Pasa así a analizar el contenido de la relación laboral, y mercantil, declarando la improcedencia de la extinción ya que en “el contenido de la prestación mercantil (...) consta la condición de alcanzar unos objetivos mínimos, que no se han cumplido” por lo que “el supuesto incumplimiento deberá achacarse a la relación mercantil” (...) “pero no afectar a una relación laboral que tiene por objeto aspectos de carácter administrativo y de gerencia, pues sobre dicha actividad no cabe presuponer que existían unos objetivos mínimos alcanzables”.

– La **STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2001**, I.L. J 2215 (recurso 3944/2001), falla asimismo la improcedencia de la extinción, y declara:

“no puede considerarse que la trabajadora, de manera voluntaria y culpable hubiera disminuido o reducido su rendimiento cuando la causa deficiente del servicio que la empresa le imputa en la carta de despido viene motivado por la insuficiente jornada que tenía contratada para realizar dicho servicio de limpieza”.

– La **STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2001**, I.L. J 2219 (recurso 3587/2001), estima la improcedencia de un despido basado en indisciplina y desobediencia en el trabajo, trasgresión de la buena fe contractual y disminución voluntaria y continuada en el rendimiento por “falta de acreditación de todas ellas”. La **STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2536 (recurso 4380/2001) declara igualmente la improcedencia de la extinción contractual por causa disciplinaria, que para la Sala “es de todo punto inadmisibile”.

– La **STSJ del País Vasco de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 2275 (recurso 1482/2001), dispone la condena a la empresa por el despido calificado como improcedente de un trabajador basado en que se han producido ausencias en la empresa a lo largo de ocho meses, que “no necesitaban justificación al no exigírsele la dirección de la empresa”. Considera que el trabajador no ostenta la condición de personal de alta dirección, ya que “no tenía facultades de dirección, (...) y existe ausencia de uno de los requisitos a que se refiere el artículo 54 del ET, es decir la gravedad de la falta”.

– También considera insuficiente la prueba que justifique la extinción del contrato la **STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2001**, I.L. J 2599 (recurso 4480/2001), que, por tanto, declara improcedente el despido ya que el juzgador no ha llegado al convencimiento de que el incumplimiento haya sido grave y culpable.

## **-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-**

Estima que no se han acreditado las notas acumulativas de gravedad y culpabilidad la **STSJ de Navarra de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2544 (recurso 148/2001), por lo que declara improcedente el despido analizado.

A la extinción del contrato **durante el período de prueba** se refiere el Tribunal Supremo, que unifica doctrina en la **STS de 5 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2061, (r.c.u.d.). Declara la improcedencia del despido realizado en un supuesto en el que no se pactó período de prueba, ya que según la Sala no puede deducirse de lo previsto de manera genérica en el convenio colectivo vigente. Para el Tribunal, la redacción del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores

“exige para que opere el período de prueba en el contrato de trabajo, los siguientes requisitos: 1) que se concierte por escrito en el contrato de trabajo; 2) que en su caso, la duración del período de prueba esté dentro de los límites que establezcan los Convenios Colectivos. La expresión ‘podrá concertarse por escrito un período de prueba’, implica una facultad que como tal, se podrá o no utilizar en los contratos de trabajo y, en el supuesto de que no se haga uso de esta facultad en el contrato de trabajo, ha de entenderse que no existe período de prueba (...). El artículo 14 establece, como derecho mínimo del trabajador, el requisito de que ‘se concierte por escrito’, porque el período de prueba recogido en los Convenios Colectivos no tiene virtualidad directa, y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente, ya que se ha configurado siempre como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo, o puede como dice la sentencia de contraste, resultar prohibido como consecuencia de trabajos anteriores”.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de junio de 2001**, I.L. J 2443 (recurso 997/2000), declara la nulidad de la cláusula estipulando el período de prueba, puesto que “partiendo de una relación laboral iniciada al tiempo de formalizarse por escrito, la incorporación en el contrato de una cláusula estipulando un período de prueba es nula y por consecuencia no cabe amparar en ella la extinción de la relación laboral”.

La **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2001**, I.L. J 2250 (recurso 2944/2001) analiza un despido basado en ausencias y retrasos del trabajador y declara la improcedencia de la extinción ya que “las primeras las estima justificadas y los segundos, si bien abundantes (...) más numerosos son los días en que la salida tuvo lugar después de la hora fijada (...) y el trabajador no ha sido objeto de aviso o advertencia alguna al respecto”.

La **STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2262 (recurso 2702/2001), resuelve sobre la extinción del contrato de una trabajadora de empresa de limpieza con motivo de un cambio de adjudicación de la contrata. Señala la Sala como es doctrina reiterada de nuestros Tribunales que los trabajadores de la empresa contratista saliente pasan a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, dado que “ha de operar el mecanismo subrogatorio previsto en el convenio colectivo”.

**B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización**

La STSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2001, I.L. J 2473 (recurso 801/2001), analiza un incidente de no readmisión, señalando al respecto que el incumplimiento del empresario consistente en la falta de readmisión del trabajador provoca la extinción indemnizada del contrato de trabajo, debiéndose calcular la indemnización hasta la fecha del acto extintivo.

**a) La indemnización: cuantía y cálculo**

El cálculo de la indemnización que debe abonarse en supuestos de despido improcedente a los trabajadores fijos discontinuos se analiza en la STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2001, I.L. J 1920, según la cual “habrá de estarse no a la total antigüedad, sino al número de días efectivamente trabajados durante toda su relación laboral”.

La STS de 26 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2176 (r.c.u.d. 4414/2000), también unifica doctrina sobre el cálculo de la indemnización, excluyendo del mismo el tiempo en el que el trabajador se encuentra en situación de excedencia forzosa, distinguiendo entre antigüedad y tiempo de servicios prestados, y optando por este último para la determinación de la indemnización. Determina la Sala:

“la doctrina ha sido ya unificada en casación para la unificación de doctrina; la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1993 declara, respecto del cálculo de la indemnización correspondiente, que el módulo de cuarenta y cinco días de salario que establece el artículo 56.1.a) del Estatuto actúa sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida. Este criterio jurisprudencial tiene carácter consolidado. (...) Una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa, y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1.a) del Estatuto. Suspendido el contrato por la excedencia forzosa, ésta exoneró de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo (artículo 45.2 del Estatuto)”.

La STS de 18 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1985 (r.c.u.d. 4007/2000), resuelve en unificación de doctrina el conflicto suscitado respecto al cálculo de la indemnización ‘de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio’ prevista en el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores cuando ha habido una sucesión de contratos de trabajo sin solución significativa de la continuidad entre ellos. Falla en favor del cómputo de todo el tiempo de la relación contractual, salvo que la interrupción haya sido superior al tiempo fijado como plazo de caducidad para el ejercicio de la acción judicial por despido, aclarando que no rompe la continuidad de la relación laboral la suscripción de recibos de finiquito. El Alto Tribunal resume la doctrina unificada en otras sentencias, como la de 16 de abril de 1999 (recurso 2779/1998), 30 de marzo de 1999 (recurso 2594/1998), 29 de noviembre de 1999 (recurso 4936/1998), 15 de febrero de 2000 (recurso 2554/1999) y 15 de noviembre de 2000 (recurso 663/2000). Estima que la solución jurídicamente correcta es la siguiente:

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“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”.

La **STS de 5 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2314 (r.c.u.d. 3267/2000), unifica doctrina en favor de la validez de los pactos colectivos que, con valor normativo y vinculante, otorgan a los trabajadores el derecho de opción inherente a los despidos improcedentes, ya que “se trata de una norma más favorable para el trabajador que respeta los mínimos de derecho necesario contenidos en la ley”.

“(…) descartada la naturaleza de orden público procesal de las normas que regulan la opción y proclamado su carácter sustantivo y de derecho mínimo necesario mejorable a favor del trabajador, nada obsta para que, llegado el momento de la ejecución de la sentencia de despido y hecha la opción a favor de la readmisión, pueda extenderse la prevención que el legislador estableció en el art. 280.1 LPL para determinados supuestos –representantes de los trabajadores y despidos nulos– a favor de un colectivo distinto de trabajadores, cuando ha sido querido y pactado por los protagonistas de la negociación colectiva”.

### b) Salarios de tramitación

La **STSJ de Valencia de 5 de abril de 2001**, I.L. J 1827 (recurso 19/2001), analiza un supuesto de ejecución de sentencia. Para la Sala no debe producirse limitación en el pago de los salarios de tramitación a una trabajadora –que ha prestado trabajos “familiares” en la empresa de su marido– durante la tramitación del proceso por despido. Motiva la Sala que:

“el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores viene exigiendo para la exclusión del carácter laboral de la relación jurídica, además de la nota de ausencia retribución salarial, la existencia de un grado de parentesco y la convivencia familiar. Se viene considerando por la doctrina y jurisprudencia de los tribunales que se trata de dos requisitos que permite presumir la ausencia de relación laboral, de tal forma que mientras el requisito de convivencia familiar se interpreta de forma amplia y referida no sólo a la física, sino también económica o alimenticia, STCT de 7 de mayo de 1985 y STS 29 de octubre de 1990, el grado de parentesco se considera de forma restrictiva, excluyendo la convivencia marital y la convivencia que exceda de los grados admitidos, supuestos cuya exclusión se viene incluyendo, en su caso, en los supuestos de trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad, STCT de 17 de noviembre de 1987, 15 de enero de 1988, 25 de octubre de 1988 y STSJ de Galicia de 26 de mayo de 1992, interpretación restrictiva que se justifica por el carácter que tiene de exclusión del régimen laboral, encontrándonos en el presente supuesto con

todas las notas referidas excluyentes de la relación laboral, al no venir acreditada dependencia, ajenidad y retribución, por tanto, trabajo familiar, relación excluida del ámbito regulado por el ET”.

Estima la procedencia de la limitación del pago de los salarios de tramitación la **STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2001**, I.L. J 2032 (recurso 2920/2000). Resuelve un supuesto en que el trabajador es informado en el acto de conciliación del ofrecimiento empresarial, “el cual, como la sentencia se preocupa de establecer, se mostró satisfecho con los términos de aquél, y manifestó su explícita conformidad con ellos, de manera que los extremos que en la Instancia no fueron litigiosos, quedando allí expresamente pacificados, no pueden en vía de recurso extraordinario convertirse en litigiosos o controvertidos”.

La **STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2001**, I.L. J 2244 (recurso 2793/2001), analiza el beneficio previsto en el artículo 56.2 ET que permite al empresario liberarse del pago de los salarios de tramitación posteriores a la conciliación previa, si en dicho acto reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización prevista en el artículo 56.1.a) del Estatuto, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas. Reconoce la sentencia el derecho a tal limitación, en un supuesto en el que existe un mero error excusable al dejar transcurrir unas horas para efectuar la consignación del importe reconocido y ofrecido al trabajador, ya que el acto de conciliación se celebró a las 10 horas de la mañana y la consignación judicial se produce a las 12 horas, dos días después. Señala la Sala que el beneficio legal:

“encuentra su fundamento en evitar posibles abusos del trabajador despedido que intenta alargar el proceso con la exclusiva y maliciosa finalidad de obtener mayores salarios del trámite; por lo que la consignación no sólo debe comprender el importe de la indemnización por despido, sino también el montante de los salarios acumulados desde su fecha hasta la de la conciliación previa (Sentencias de 4 de marzo de 1997 y 17 de abril de 1998); no afectando al efectivo cumplimiento de lo que en el mismo se dispone cuando la diferencia económica entre lo reconocido y ofrecido es mínima o insignificante (SSTS de 15 de noviembre de 1996 y 11 de noviembre de 1998). Es por ello que, e independientemente de la ‘habilidad’ horaria que el Juzgador asigna al cómputo de las 48 contempladas en la norma cuya infracción se denuncia (la cual ‘condiciona’ la limitación de litis a que la ‘consignación’ se efectúe ‘en los dos días siguientes’ –ex STS de 30 de septiembre de 1998–), tanto por causa de su finalidad (limitativa de los salarios de trámite devengables por días), como la jurisprudencial atenuación del rigorismo legal que lo informa, permitiría concluir (y al igual que sucede cuando se produce una mínima diferencia en el importe objeto de consignación) que se trata de ‘un mero error excusable al dejar transcurrir unas horas para efectuar la consignación, ya que el sentido de la Ley no es el de fijar un plazo improrrogable no sometido a dilaciones’ (STSJ de Cantabria de 10 de agosto de 1999)”.

La **STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1921, enjuicia el pago de salarios de tramitación en un supuesto de extinción improcedente de un contrato de trabajo fijo dis-

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

continuo, y concreta que “se excluyen del cómputo aquellos días en los que, aún de no haberse producido el despido, el actor no habría prestado servicios y por lo tanto no habría percibido retribución”.

La **STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2283 (recurso 1534/2001), resuelve el recurso de queja interpuesto frente a la resolución del juzgado que tiene por anunciada la suplicación, al no haberse consignado los salarios de tramitación. Confirma la resolución de instancia por considerar que tal consignación afecta al orden público procesal.

A la responsabilidad del Estado en el pago de los salarios de tramitación se refiere la **STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2001**, I.L. J 2451 (recurso 413/2001). Resulta cuestionable su fallo, que exime de responsabilidad al estado en el supuesto, manteniendo el criterio de “limitar la responsabilidad estatal a los salarios devengados hasta la fecha de la sentencia (y no hasta la notificación). En la crónica correspondiente al número anterior, la **STSJ de Murcia de 2 de abril de 2001**, I.L. J 1025 (recurso 1205/2001), mantiene una interpretación opuesta, al condenar al estado por el mal funcionamiento de la administración, computando el plazo desde la presentación de la demanda hasta la fecha en que se produce la notificación de sentencia.

### C) La responsabilidad del FOGASA

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de septiembre de 2001**, I.L. J 2136 (recurso 2480/2000), analiza un supuesto de responsabilidad del FOGASA con motivo de una situación de insolvencia empresarial, determinando al respecto que “cuando la obligación del pago subsidiario que asume el Fondo proceda del reconocimiento de las indemnizaciones en una previa sentencia, las circunstancias de hecho que consten probadas en ella deben prevalecer sobre las que figuren en el expediente tramitado por dicho Fondo de Garantía”.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de septiembre de 2001**, I.L. J 2137 (recurso 2428/2000), da solución a un conflicto en torno a si los actos interruptivos de la prescripción del empresario pueden a su vez suspender el cómputo del plazo para el ejercicio de acciones contra el FOGASA, negando tal extremo con apoyo en la doctrina unificada del Tribunal Supremo. Alude por todas a la Sentencia de 16 de marzo de 1992:

“que distinguiendo entre la acción frente al empresario que es directa y aquella otra que se dirige frente al Fondo de Garantía que tiene un carácter accesorio o de garantía, es decir de naturaleza autónoma de la obligación del Fondo frente a la del empresario, no cabe que los actos interruptivos de la prescripción realizados por el empresario, afecten al Fondo, y ello es así no sólo por cuanto tal circunstancia pudiera afectar y desnaturalizar la obligación legal del Fondo, sino por cuanto además viene impuesta por aplicación analógica del art. 1975 del CC, ya que si bien perjudicarán al fiador la interrupción en caso de reclamación judicial, por el contrario no le afectará cuando se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados de este último, por lo cual, si la acción

debió ejercitarse en el plazo de un año desde que se efectuaron los trabajos cuyo salario ahora se reclaman, plazo de efectividad que fue suspendido por acuerdo privado de las partes, es evidente que tal reconocimiento y convenio no afecta a la obligación del Fondo, el cual, es esta reclamación puede válidamente alegar la prescripción que no pudo hacer en el proceso del que dimana esta reclamación, dado que no fue parte en el mismo”.

La **STSJ de Andalucía, Granada, de 11 de septiembre de 2001**, I.L. J 2138 (recurso 2686/2000), niega la responsabilidad subsidiaria del Fondo respecto de la suma acordada por la empresa en un acto de conciliación extrajudicial por despido, y que ésta se comprometió a satisfacer después de ser declarada insolvente. El Tribunal motiva su decisión siguiendo una invariable línea jurisprudencial en que:

“en materia de indemnización por despido o extinción de contrato, se limita la responsabilidad del FOGASA a aquellas que aparezcan reconocidas en sentencia o resolución administrativa, con lo que quedan excluidas, a diferencia de lo que ocurre con los débitos por salarios, las que figuran en acto de conciliación entre las partes”.

La **STS de 21 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2556 (r.c.u.d. 991/2001), unifica doctrina respecto al plazo de prescripción para el ejercicio de acciones contra el FOGASA, basadas en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores. Confirma la Sala la prescripción de la acción por haber transcurrido más de un año desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial, que es la que determina el *dies a quo*. Concreta el Tribunal que el FOGASA “es responsable directo e inmediato, respecto de los trabajadores, del abono del 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda a éstos, (...) sin necesidad alguna de acreditar la situación de insolvencia de la empresa, porque su obligación es *ope legis*, respecto de la indemnización legal señalada en el número 2 del artículo 33”, de ahí 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”. Señala la Sala que:

“la responsabilidad del FOGASA, establecida en el artículo 33.8 es: a) **pura**, al no estar sujeta a condición o término, de modo que puede extinguirse, 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.

Dicho deber, como resalta la Sentencia de 11 de mayo de 1994, no guarda relación alguna, con la responsabilidad subsidiaria limitada que al FOGASA asimismo atribuye el art. 33, en sus números 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores, al no tener finalidad garantizadora, sino responder a la voluntad legislativa de favorecer a los pequeños empresarios (los que ocupan menos de 25 trabajadores) aminorando los costes que han de asumir por los despidos. Es evidente, por otra parte, que las obligaciones de la empresa y del FOGASA tienen un mismo origen o causa, cual es la indemnización por cese, pero este elemento común, como tam-

## **VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo**

bién tiene declarado esta Sala (Sentencia de 29 de abril de 1999, recurso 1953/1998), no determina que se trate de una misma deuda, pues son distintos: a) **el sujeto obligado**, pues, en efecto, el FOGASA es el obligado directo de la obligación del pago del 40 por ciento prevista en el art. 33.8, mientras que el abono del 60 por ciento corresponde directamente al empresario, asumiendo aquel organismo únicamente, conforme a los números 1 y 2 del mismo precepto, la responsabilidad subsidiaria en el caso de insolvencia; b) **el objeto de la prestación del deudor**, en cuanto que, por ministerio de la ley, el importe de la indemnización se ha fragmentado en dos prestaciones dinerarias diferentes para cada uno de los obligados”.

La **STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2001**, I.L. J 2603 (recurso 2143/1998), resuelve en línea con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo la responsabilidad del Fondo en el abono de indemnizaciones y salarios de tramitación, estableciendo que la responsabilidad legal del FOGASA *ex* artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores tiene dos únicos fundamentos: la condena firme del empresario y la insolvencia del condenado, declarada por el Órgano Judicial. Según criterio del Tribunal Supremo:

“la interpretación conjunta del art. 33.1,2 y 6 LET en relación con el art. 15 del RD 505/1985 y art. 274 LPL, lleva a entender que la insolvencia exigida es de tipo formal, es decir, se da por existente cuando instada la ejecución en la forma prevista por LPL, no se consiga la satisfacción del crédito dictándose la resolución que reconoce dicha situación con audiencia previa del Fondo de Garantía Salarial quien podrá instar las diligencias que estime oportunas, consecuentemente si este Organismo no instó diligencia alguna ni nada alegó sobre la sucesión de empresas, a efectos de exonerarse de responsabilidad, y consintió la resolución de insolvencia no puede ahora ampararse en una presunta sucesión empresarial que deviene extemporánea, con aplicación del art. 44 LET, para incumplir su obligación legal, lo que implica estimar el recurso planteado y con revocación de la resolución recurrida acoger la demanda rectora de los autos, criterio seguido por esta Sala en S. de 13 de marzo de 1998, todo ello sin perjuicio de que dicho Organismo, por el pago se subroge en cuantas garantías y privilegios corresponderían a los trabajadores a los efectos oportunos”.

### **8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD**

#### **A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación**

Nuestro ordenamiento sanciona con la nulidad a los despidos discriminatorios. Analiza este supuesto la **STSJ de Aragón de 12 de julio de 2001**, I.L. J 1785 (recurso 667/2001), que revoca la sentencia de instancia y declara la nulidad del despido de un trabajador, en un supuesto en el que se adopta por la empresa una decisión extintiva objetiva, frente a la que la empresa le reconoce “una indemnización manifiestamente superior (sin que se dé razón alguna) a la propia de los despidos objetivos precedentes, y la propia empresa, en la conciliación reconoció la improcedencia del despido”. Esto significa para la Sala que la empresa “asumía de plano que no había causa alguna, objetiva, para la determinación tomada”(…) “por otra parte la empresa, ante las incidencias y malas relaciones con el

administrador “acudió a ese formal despido objetivo, tan pronto como tuvo conocimiento de que el actor estaba impulsando proceso electoral para la designación de representación de los trabajadores en el seno de la empresa, dentro de un sindicato”. Concluye la sentencia que:

“Es claro que era la empresa la que en este proceso estaba cargada con la obligación de acreditar que la medida adoptada respondía a motivos razonables, ajenos a un propósito de apartamiento del actor del seno de la empresa ante la acción promotora del proceso electoral. Y tal prueba no sólo no se ha conseguido, sino que la propia conducta de la demandada con un despido objetivo que no sólo pretende indemnizar con cantidad muy superior a la correcta (en casos de procedencia), sino que se apresura a reconocer improcedente, evidencia que la decisión responde a propósito de apartar de la empresa al trabajador que así actuaba, sin motivo legal alguno, ni siquiera inicial, por lo que queda constatado el carácter discriminatorio que se invoca (...) condenando a la empresa a la readmisión del recurrente, con abono de los salarios dejados de percibir; ya que en modo alguno se constata que el actor, conociendo que se iba a disponer su despido, provocase el procedimiento electoral para obtener cobertura a su amparo.”

A la garantía de indemnidad se refiere la **STSJ de Extremadura de 31 de julio de 2001**, I.L. J 1802 (recurso 363/2001), en un supuesto en el que la empresa teniendo conocimiento de las presuntas faltas cometidas por el trabajador, no reacciona inmediatamente, y sí lo hace tras tener conocimiento de la demanda en conciliación presentada por el trabajador ante el IMAC, ya que “la patronal que tuvo conocimiento de las supuestas faltas del trabajador, (...) y que, dada la gravedad de las mismas, pudo reaccionar inmediatamente, no lo hizo, sino que su reacción extintiva de la relación jurídica tuvo lugar al tener conocimiento de la demanda ante el IMAC presentada por el productor”. Resume la Sala la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en torno a la garantía de indemnidad, señalando que:

“El Tribunal Constitucional ‘ha declarado la nulidad de los despidos cuya causa deriva del ejercicio legítimo del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los Jueces y Tribunales’ en defensa de derechos e intereses legítimos (Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1993 y 14/1993). En igual sentido, la legislación laboral hoy vigente establece expresamente que ‘será nulo el despido que tenga por móvil alguna 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’ (artículo 55.5 del ET y artículo 108.2 de la LPL). El artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos a acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en derecho, esto es, a una prestación que corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo (Sentencias del Tribunal Constitucional 165/1988 y 151/1990). Ahora bien, dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad.”

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

Esto significa que del ejercicio de la actividad judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para las personas que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1993, 14/1993 y 54/1995). De lo que se concluye que ‘el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la C.E. puede verse lesionado cuando de su ejercicio por parte del trabajador resulte una conducta ilegítima de reacción o respuesta a la acción judicial por parte del empresario’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1993 y 14/1993).”

La **STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001**, I.L. J 2619 (recurso 2090/2001), estima producido un atentado contra la garantía de indemnidad, en el caso de un trabajador que resulta despedido con motivo de haber ejercitado una reclamación en materia de salarios. Recuerda la Sala que: “si una empresa despide a un trabajador por el mero hecho de accionar judicialmente contra ella, esa conducta es contraria al art. 24.1 CE, sea cual sea el tipo de acción que se ejercite”, Señala que:

“En cuanto a la justificación de por qué la empresa adoptó dicha decisión se dice en la sentencia combatida que no se puede considerar como causa de nulidad el haber admitido en conciliación la improcedencia del despido ‘sobre todo teniendo en cuenta, como señala la empresa demandada que la causa de despido alegada (disminución en el rendimiento normal del trabajo) puede ser de difícil prueba’. Pues bien, ya hemos dicho que una cosa es que un despido sea improcedente y otra que este mero hecho de pie a apreciar que, por haber alegado el trabajador vulneración de derecho fundamental, la declaración de improcedencia equivale a acreditar la nulidad de despido. Ahora bien, es obvio que no podemos estar de acuerdo con la afirmación de que, cuando una empresa basa un despido en una causa que resulta difícil de acreditar, haya que exonerarla de la prueba de que concurre dicha causa; la empresa ya sabe lo que tiene que acreditar cuando adopta determinadas decisiones, y más todavía si se trata de la más grave que existe para un trabajador; de modo que, si no lo hace, debe necesariamente pechar con las consecuencias que arrastra esa falta de prueba.

De modo que, no habiendo justificado en este caso la empresa no sólo que no se puede efectuar reproche alguno al trabajador relacionado con su falta de rendimiento sino ni tan siquiera por qué decide despedirlo en el momento en que éste interpone una reclamación salarial contra ella, es deducible que ese cese laboral no es sino una reacción frente al ejercicio de la acción judicial antes indicada y, como tal, merece la calificación de despido nulo, por contraria al art. 24 CE.”

La **STSJ del País Vasco de 10 de julio de 2001**, I.L. J 2011 (recurso 1403/2001), desestima la nulidad del despido declarando en su lugar la improcedencia, en un supuesto de cese ilegal de trabajador, al entender que el cese no constituye una lesión de la garantía de indemnidad, ya que para el Tribunal “tiene una explicación objetiva, razonable y proporcionada, eliminando toda sospecha de que trató de menoscabar un derecho fundamental del trabajador”.

Reconoce la existencia de discriminación en el despido realizado dentro de los períodos de protección que abarcan desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad, la **STSJ de Madrid de 3 de julio de 2001**, I.L. J 2073 (recurso 2301/2001), relativa al despido de una trabajadora embarazada durante el período de descanso por maternidad, habiéndose vulnerado además su garantía de indemnidad. Se considera nulo el despido ya que la trabajadora fue despedida “antes de que se hubiese cumplido el período del denominado descanso maternal, que se extiende en principio por dieciséis semanas”. Para la Sala no resulta necesario razonar sobre si se ha producido o no vulneración del derecho garantía de indemnidad, amparada por el artículo 24 de la Constitución Española, ya que “se deduce igualmente de los hechos probados, que la empresa demandada ha despedido a la actora en razón de su estado de maternidad, unido a las denuncias y demandas interpuestas por la interesada en defensa de lo que ella creía sus derechos. La redacción que da la Ley 39/1999 al artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, no ofrece duda “el despido nulo si no se aprecia su procedencia, cuando se produce durante el descanso maternal”.

Niega la existencia de vulneración de derecho fundamental la **STSJ de Madrid de 18 de julio de 2001**, I.L. J 2089 (recurso 3327/2001), en una amortización de un puesto de trabajo de “libre designación” de un trabajador que es delegado sindical a nivel provincial. Argumenta la Sala que “lo que no cabe exigir a la empresa, y raya la mala fe y el fraude por parte del hoy actor, es que, una vez tomada la decisión de reestructurar su organigrama, y comunicada tal decisión a los afectados, la reconsiderare en cuanto a éste, por el hecho de que haya sido designado delegado sindical (con posterioridad) tal actuación iría en contra de otro derecho fundamental cual es el de igualdad”.

La **STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2624 (recurso 2011/2001), confirma la nulidad del despido de un trabajador en que la Sala evidencia trato discriminatorio con motivo de su actividad reivindicativa, ya que la empresa ante actos similares de otros trabajadores, no procede a sancionar en algunos casos y en otros se limita exclusivamente a amonestarlos. Para la Sala:

“existen dos datos relevantes a la hora de examinar el supuesto: por un lado, que el trabajador mantiene una conducta igualo similar a otros dos compañeros. Sólo el demandante es sancionado, y lo es con el grado máximo de despido; y, en segundo lugar, que el demandante viene desarrollando una actividad y conducta de constante reivindicación y reclamación, con contacto con una representación sindical específica, en la dirección del ‘grupo social’, en el conflicto que media con la empresa.

Desde estos dos postulados, se entiende que se debe transmitir a la empresa la carga de probar que no concurre ningún ánimo violentador de la conducta y actividad del trabajador, y que responde a la gravedad de los hechos. Tengamos en cuenta que los hechos, aun revisiendo gravedad, no tienen una entidad significativa que pueda suponer la resolución del contrato de trabajo por sí mismo, en cuenta que estamos ante el posible abandono de una parte excepcional de la jornada de trabajo, y un justificado retraso en acudir a una reunión,

## -VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

si tenemos en cuenta que la jornada del día anterior terminó a la 1:45 h. Añadamos otro dato, la empresa respecto a otros dos trabajadores no entiende que ello constituya, ni tan siquiera motivo de sanción (en el recurso se indica que fueron amonestados, lo que no se evidencia que, en su caso, entendía que estábamos ante una falta leve). Con estas puntualizaciones, claro es discernir que la empresa no ha utilizado el despido para realizar una presunta sanción, sino para un ánimo de remoción del demandante, persiguiéndolo por su actividad y sus reivindicaciones, y como este extremo de protección no se pone en duda por la recurrente, no podemos sino confirmar los argumentos de la instancia y señalar que la desproporción de la sanción y la arbitrariedad en su aplicación”.

### **B) La ejecución de sentencia**

La STSJ de Asturias de 27 de julio de 2001, I.L. J 1796 (recurso 2910/2000) analiza un supuesto en el que declarada la nulidad de los despidos de unos trabajadores, e instada la ejecución de sentencia se declara extinguida la relación respecto de una empresa a la que se declara en situación de quiebra. Estudia la Sala el plazo para ejercitar la acción ante el Fondo de Garantía Salarial, a la luz del artículo 33.7 del Estatuto de los Trabajadores, concretando la resolución que:

“promovido incidente de no readmisión, la acción contra el FOGASA no comienza ya a prescribir hasta el auto de insolvencia, porque aunque se haya archivado la ejecución, no significa ello pasividad del trabajador, que legalmente cumple con instarla una sola vez, siendo ya oficial, a partir de ello, la jurisdicción ejecutiva”. ya que “no cesa la eficacia de la causa de interrupción, aunque las actuaciones del proceso ejecutivo hayan sido archivadas”.

**M<sup>a</sup>. CARMEN ORTIZ LALLANA**

**M<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA**



## VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

### Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Libertad sindical.** A) Disciplina ideológica y funcionamiento interno de los sindicatos. B) Contenido de la libertad sindical. C) Secciones y delegados sindicales. D) Proceso de tutela de la libertad sindical. E) Legitimación sindical en los procedimientos laborales iniciados de oficio. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Comité intercentros. **3. Conflictos colectivos.** A) Objeto del proceso de conflicto colectivo. B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo. C) Legitimación procesal en los procesos de conflicto colectivo. D) Órgano jurisdiccional competente. E) Ejecución de la sentencia evacuada en el proceso de conflicto colectivo. **4. El derecho de huelga.**

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la doctrina recogida en los números 9 a 12 de 2001 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1770 a J 2626).

### 1. LIBERTAD SINDICAL

#### A) Disciplina ideológica y funcionamiento interno de los sindicatos

Cuando un trabajador decide integrarse en una organización sindical su libertad ideológica queda en cierto modo eclipsada por la ideología del sindicato, y en concreto por el compromiso que asume voluntariamente de cumplir las obligaciones o deberes asociativos. Esta obligación de someterse a la ideología sindical y a las decisiones de los órganos de dirección y administración del sindicato, permite a éste sancionar con la suspensión, incluso con la expulsión, a los afiliados disidentes. El régimen de imposición de estas sanciones es una cuestión interna del sindicato, que, como se recuerda con carácter general en la STS de 18 de septiembre de 2001, I.L. J 1991, debe sujetarse a lo dispuesto en los estatutos sindicales y en la que no está en juego, en principio, el derecho de libertad sindical del trabajador.

Ello no obsta, sin embargo, para que, como ya tuvo oportunidad de indicar en alguna ocasión el Tribunal Supremo, excepcionalmente una decisión del órgano sindical, en el

sentido expuesto, pueda lesionar la libertad sindical del afiliado sancionado. En tal caso, es doctrina jurisprudencial consolidada entender que el sindicato deberá reponer al trabajador a la situación anterior a la sanción. Ahora bien, esta reposición no siempre es posible. Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la **STS de 27 de septiembre de 2001**, I.L. J 2206, la decisión del sindicato de expulsar a un cargo sindical que había mostrado su disconformidad con algunas tesis de la organización fue tachada de lesiva de la libertad sindical y se impuso al sindicato la obligación de reponer al trabajador en su cargo, sin embargo, éste se había dado de baja en la organización, haciendo imposible la ejecución de la sentencia. En tal caso el Tribunal entendió que era posible sustituir dicha ejecución por un auto en el que se reconociese una indemnización al trabajador.

También podrán producirse lesiones de la libertad sindical cuando las decisiones sindicales se refieren a la disolución de órganos sindicales. Así se dice en la citada **STS de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 1991, a propósito de la disolución de los órganos directivos de una unión territorial y provisional sustitución en sus funciones y competencias por una gestora. Tal como se indica en esta sentencia este tipo de decisiones producirá una violación o lesión directa de la libertad sindical de los afiliados y cargos sindicales afectados, si no se somete a los siguientes requisitos: estar prevista esa posibilidad en los estatutos sindicales; ser los hechos o situaciones que la justifican de suficiente gravedad y trascendencia; y haberse adoptado el acuerdo de disolución o sustitución de funciones a través de un procedimiento adecuado.

### **B) Contenido de la libertad sindical**

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la vertiente individual del derecho de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección y el de los afiliados a desarrollar libremente su actividad sindical, sin que nada de ello pueda implicar perjuicio para los trabajadores (esta doctrina se recuerda a propósito de la extensión del derecho de los representantes sindicales a no ser discriminados económicamente en la **STS de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2383, a la que nos referiremos en su momento). Por lo que se refiere al contenido de la vertiente colectiva —entendiendo por tal la libertad sindical de las organizaciones sindicales— éste alcanza, además de a los derechos expresamente reconocidos en el art. 28 CE, a la realización de otras funciones que les son propias, como ya ha tenido ocasión de indicar el Tribunal Constitucional en algunas sentencias. Entre esas funciones está la negociación colectiva, como una manifestación de la defensa y protección de los intereses de los trabajadores que corresponde a los sindicatos. No obstante, este derecho no se extiende a la participación en los órganos nacidos de procesos o acuerdos de negociación en los que el sindicato en cuestión no ha tomado parte o no ha suscrito.

Esto es lo que se plantea en el asunto resuelto por la **STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2623, en el que el sindicato demandante pide que se declare que se le ha lesionado su derecho a la libertad sindical por no permitírsele integrar las comisiones del personal sanitario de cupo y zona, que pretenden establecer algunas condi-

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ciones de trabajo del personal perteneciente a ese colectivo. Para llegar a una conclusión al respecto el Tribunal parte del estudio de la naturaleza de estos órganos, habida cuenta que si se trata de órganos creados por las partes negociadoras en un Acuerdo en ejercicio del principio de autonomía colectiva y heterocomposición de los órganos, es normal que queden fuera de los mismos quienes no han firmado el Acuerdo, pero si se trata de una comisión extraconvencional para tratar de los asuntos que atañen al personal al que no se aplica el Acuerdo sí tendrá derecho el sindicato demandante a formar parte de ella. Tras el estudio de los hechos probados, el Tribunal llega a la conclusión de que esta comisión se crea ligada al Acuerdo aunque el personal sanitario de cupo y zona está excluido del mismo, y ello porque puede haber cuestiones negociadas en el Acuerdo que les afecten aunque sea de forma indirecta, habida cuenta que el servicio de sanidad no está compuesto por órganos y servicios estancos, de ahí que no sea extraño que dentro del Acuerdo se creen comisiones para su desarrollo referidas a este personal. El hecho de que estén ligadas al Acuerdo es suficiente para que el sindicato que no lo ha suscrito no pueda tomar parte en ellas.

Otro problema que se puede plantear con la negociación colectiva se refiere a la titularidad de este derecho cuando el mismo se ejercita a nivel de empresa. Es cierto que el ET reconoce este derecho a la representación sindical y a la representación legal de los trabajador. Sin embargo, podrá corresponder sólo a la representación sindical, como una manifestación más de la libertad sindical, cuando una norma así lo indique. Así, cuando una norma se refiera única y expresamente a la negociación con la “representación sindical” de los trabajadores, estará aludiendo exclusivamente al derecho que asiste a los órganos sindicales a nivel de empresa —en concreto, a las secciones sindicales de sindicatos que tengan representación en los comités de empresa, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.2º.c) LOLS— a la negociación colectiva, sin que pueda extenderse este derecho al comité de empresa, que es el paradigma de la representación unitaria. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, como se advierte en la **STSJ de Aragón de 4 de octubre de 2001**, I.L. J 2430, con el personal laboral de la Administración del Estado, a tenor de lo dispuesto en el art. 40 del convenio colectivo del personal laboral de la Administración del Estado (1998), en el que se dice que el calendario laboral se aprobará cada año previa negociación con “la representación sindical”.

### C) Secciones y delegados sindicales

La prioridad de permanencia es una de las garantías que el legislador ha diseñado para garantizar que el desarrollo de funciones sindicales no ocasiona perjuicios, en este caso, a los delegados sindicales. Pero esta garantía no ampara el hecho de exigir a la empresa, cuando se trata de puestos de libre designación, que una vez tomada la decisión de reestructurar el organigrama de la misma y comunicada la decisión a los afectados, se reconsidere la decisión respecto a uno de ellos porque ha sido elegido delegado sindical con posterioridad a la determinación empresarial. Es más, obligar a la empresa a cambiar su decisión en relación con ese trabajador supondría, según se indica en la **STSJ de Madrid de 18 de julio de 2001**, I.L. J 2089, un atentado contra el principio de igualdad proclamado en el art.14 CE.

También debe garantizarse a los representantes de los trabajadores que no van a resultar económicamente perjudicados por el ejercicio de la actividad sindical. Este derecho, como ya había dicho el Tribunal Constitucional, se configura como una garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, 87/1998, de 21 de abril, 191/1998, de 29 de septiembre, y 30/2000, de 31 de enero). Además, como se dice en la **STC de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2383, en el enjuiciamiento de una potencial lesión de este derecho regirán también las reglas de inversión de la carga probatoria, y en este sentido, puede considerarse un indicio de lesión del derecho el hecho de que el diferente trato salarial coincida en el tiempo con el ejercicio de la actividad sindical del representante, pues en tal caso puede pensarse en la existencia de una represalia empresarial. Sin embargo, como también se aclara en la sentencia citada, si ese sistema retributivo venía operando con anterioridad al acceso al cargo sindical del trabajador y las condiciones de los compañeros con los que se compara fueron también fijadas con anterioridad, no habrá indicios de discriminación. Y desde luego no habrá discriminación si las diferencias salariales a las que alude no le afectan sólo a él o a los que se encuentran en similares circunstancias. No se debe olvidar, como recuerda el Tribunal Constitución en esta sentencia (siguiendo lo que ya había dicho el Tribunal Supremo en otros términos), que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo.

El derecho a la igualdad económica de los representantes de los trabajadores es especialmente difícil de garantizar en el caso de los “liberados sindicales”, habida cuenta que algunos conceptos retributivos están directamente vinculados a la prestación efectiva de servicios, y éstos no desarrollan actividad laboral alguna. De hecho, ni siquiera se les permite siempre reclamar las supuestas diferencias salariales de que han sido objeto, por el cauce especial de tutela de la libertad sindical. Así, por ejemplo, en la **STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2001**, I.L. J 2583, se considera que éste no es el cauce idóneo para reclamar un plus de ayuda alimentaria por parte de un liberado sindical a tiempo completo que venía percibiéndolo hasta que adquirió la condición de liberado. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tiene en cuenta que el convenio reconocía este plus a los trabajadores que realizaban un horario partido definido (los días que efectivamente cumpliesen ese horario partido), sin ninguna indicación respecto al derecho de los liberados sindicales a disfrutarlo. Entiende el Tribunal que no hay razones que justifiquen la tramitación por el proceso especial de tutela de esta demanda, habida cuenta que al no existir una regulación expresa sobre el derecho de los representantes a este plus no puede considerarse que haya una decisión unilateral presuntamente discriminatoria en las condiciones de trabajo. A esto el Tribunal añade que esta ayuda no es salario sino “suplido”, esto es: una compensación por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, y hay que recordar que el liberado no realiza actividad laboral alguna, con lo que se parece dar a entender que no puede compensársele por un gasto que no hace, aunque es cierto que el Tribunal no se pronuncia sobre el fondo del asunto, sino que se limita a declarar la inadecuación del procedimiento.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

### D) Proceso de tutela de la libertad sindical

El proceso especial de tutela de la libertad sindical es especial, excepcional, y opcional, esto quiere decir, como se recuerda en la **STS de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 1991 (recogiendo lo que se había mantenido ya en sentencias anteriores), que en los supuestos en los que la conducta que se entiende lesiva de derechos fundamentales pueda ser impugnada también por el cauce del proceso laboral ordinario o de otras modalidades procesales, la parte demandante está facultada para optar por uno u otro procedimiento, atendándose al contenido de la acción ejercitada, salvo en los supuestos previstos en el art.182 LPL, en los que es necesario acudir al proceso especial correspondiente.

Este proceso es además de cognición limitada. En él el juez sólo puede conocer de las presuntas lesiones de alguno de los derechos que conformar el complejo contenido de la libertad sindical, por lo que, como se precisa en la **STC 308/2000**, de 18 de diciembre, I.L. J 2415 y se repite en la **STC de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2383, las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las prohibidas expresamente recogidas en el art.14 CE. La cognición limitada también supone, como se recuerda en las **SSTS de 10 de julio de 2001**, I.L. J 1912, y **de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 1991, que el ámbito del proceso de tutela de la libertad sindical quede limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, o con idéntica pretensión basadas en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental correspondiente.

Estas reglas han llevado al Tribunal Supremo a mantener en su **STS de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 1991, que este proceso sólo puede utilizarse cuando la pretensión interpuesta tenga por exclusivo objeto recabar la tutela judicial efectiva para el derecho fundamental supuestamente vulnerado, siempre que tal lesión derive de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional que lo reconoce o de las normas legales que lo desarrollan, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionales por normas infraconstitucionales, a las que el art.176 LPL se refiere como “fundamentos diversos” a la tutela del correspondiente derecho fundamental. Se insiste en esta sentencia en que “la lesión de la libertad sindical o derecho fundamental aducida ha de ser inmediata y directa, porque en esta modalidad procesal el Tribunal sólo puede conocer de las ‘lesiones directas’ de los derechos fundamentales, no de las ‘infracciones simples’ de las normas del ordenamiento jurídico derivadas de una interpretación errónea o incorrecta de las mismas. Debe tratarse, en suma, de ‘violaciones’ (o ‘agresiones’, o ‘atentados’) de tales derechos fundamentales que, o bien afecten a su contenido esencial, o bien (en los supuestos en que siga aplicándose la doctrina constitucional llamada del ‘contenido ampliado’) se encuentran claramente desprovistas de una mínima cobertura legal”.

No obstante, debe tenerse en cuenta, como se indica en la **STS de 10 de julio de 2001**, I.L. J 1912, siguiendo la consolidada jurisprudencia existente al respecto, que lo decisivo, a efectos de afirmar si se está empleando adecuadamente este procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que

formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. El hecho de que, junto a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental, se introduzca en la controversia la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria o se aleguen fundamentos diversos a la tutela, o el órgano judicial competente considere que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afecta a la adecuación del procedimiento. De darse estas circunstancias la consecuencia será la desestimación de la pretensión de tutela, sin examinar los restantes fundamentos diversos ni enjuiciar las cuestiones de legalidad ordinaria, pero no la declaración de inadecuación de un procedimiento en el que formalmente se ha instado la tutela del derecho fundamental de forma correcta.

Así las cosas, sólo cabe declarar la inadecuación de procedimiento en los supuestos excepcionales en que se aprecie inequívocamente y *prima facie*, que la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesal, bien porque en la demanda no se alegue lesión alguna de derecho fundamental y se plantee únicamente un tema de legalidad ordinaria, o bien porque se acuda a este proceso en fraude de ley. Salvo en esos casos, no cabe tal declaración, siendo obligado entrar a resolver sobre la lesión denunciada. En similares términos se había pronunciado ya el Tribunal Constitucional sobre este punto, al decir que “para deslindar el problema procesal y la cuestión de fondo es preciso reconocer que basta con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, lo que es bastante para dar al proceso el curso solicitado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado” (STC 12/1982 y 31/1984).

La aplicación de esta doctrina al caso planteado en la citada **STS de 10 de julio de 2001**, I.L. J 1912, en la que UGT y CCOO pedían que se declarase nula la instrucción del MTAS que asignaba a USO los resultados obtenidos por SIAT-USO, SPJ-USO, USIAP-USO, SIAT, SPJ O USIAP, y que se hiciese registrándolos como coaliciones electorales o asignando por separado a cada uno de ellos los resultados, conduce al Tribunal a estimar que se ha producido un planteamiento razonable que habilita a los citados sindicatos para acudir al proceso especial de tutela, al margen de que su pretensión sea o no viable.

También se podrá utilizar este cauce procesal para impugnar una decisión de la confederación de un sindicato de disolver los órganos directivos de una unión territorial, siempre que se alegue lesión de derechos fundamentales, a tenor de lo dispuesto en la **STS de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 1991. No basta, como dice el Tribunal, con aducir que la controversia se refiere al “funcionamiento interno” de los sindicatos para invadir este cauce procesal y obligar al uso del proceso laboral ordinario.

Una de las particularidades más destacables de este proceso y, sin duda, la que aporta mayores dosis de protección al afectado, es la inversión de la carga de la prueba. Si bien, como se señala en la **STS de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2383, en la línea de lo que ya

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

había matizado este Tribunal, estas reglas probatorias hacen que:

“cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta con que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación) sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y de su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales”.

Se requiere, así, un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha fundada de una discriminación por razones sindicales, para que pueda tener lugar la inversión de la carga probatoria.

La presentación de indicios será igualmente necesaria para que el Tribunal pueda conceder una indemnización al afectado, como se recuerda en la **STSJ de Aragón de 4 de octubre de 2001**, I.L. J 2430 (insistiendo en lo que ya había dicho el Tribunal Supremo), en la que se dice que no basta con que quede acreditada la lesión del derecho fundamental para que el juzgador tenga que condenar automáticamente al pago de una indemnización. Para poder adoptar dicha condena es preciso, como se indica en esta sentencia, que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto (dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión), y que acredite indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda sentar una condena indemnizatoria.

### E) Legitimación sindical en los procedimientos laborales iniciados de oficio

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores siempre que exista una conexión entre la organización y la pretensión. Esta conexión, en palabras del supremo intérprete de la Constitución (**STC de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2384) podrá predicarse de aquellos supuestos en los que exista un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito, vínculo o nexo que habrá de calibrarse en cada caso y que se plasmará en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación de la pretensión. En el concreto ámbito laboral, esta conexión se mide en función de la implantación del sindicato en el ámbito del conflicto.

En el supuesto de hecho de la citada **STC de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2384, el sindicato pretendía tomar parte en un proceso iniciado de oficio por la autoridad laboral y que traía su causa en un procedimiento administrativo sancionador previo en el que resultaban afectados intereses colectivos del conjunto de los trabajadores de la empresa. En dicho proceso se trataba de dilucidar si existía o no una cesión de trabajadores prohibida por el art. 43 ET. Sin embargo, el auténtico problema se planteaba porque los trabajadores cedidos se ocupaban de los servicios de prevención de la empresa (una empresa con importantes riesgos cancerígenos). Precisamente por ello, el Tribunal entendió que existía un interés colectivo, a saber: el del conjunto de los trabajadores de la empresa, porque el servicio de prevención obviamente era un servicio de capital importancia para el conjunto de los trabajadores y estaba siendo prestado por trabajadores en precario, y que “en estas circunstancias negar la legitimación del sindicato en el proceso de oficio sobre la base de que la sentencia sólo tiene efectos para las partes (trabajadores y empresarios implicados) lleva consigo una interpretación claramente restrictiva y desproporcionada cuando no se ofrece motivo alguno por el que, mediante el traslado de una parte del control de la legalidad administrativa a otro orden jurisdiccional, se justifique que que deja de concurrir el interés legítimo que inicialmente ostentaba y le fue reconocido al sindicato”. Interpretación que no comparte el Magistrado que firma el Voto particular, que considera que el sindicato debería haber interpuesto una demanda de conflicto colectivo, y que reconocerle legitimación para intervenir en el proceso iniciado de oficio supone atentar contra la igualdad de las partes, mejorando la posición de una ellas.

## 2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

### A) Comité intercentros

Según la **STS de 23 de julio de 2001**, I.L. J 1877, una interpretación racional, sistemática y teleológica del art. 63.2º ET conduce a la conclusión de que la distribución de los puestos del comité intercentros debe realizarse atendiendo a los representantes conseguidos por cada sindicato (en lugar de en función de los votos logrados, pese a que ambos criterios respetan la proporcionalidad exigida), aunque el convenio colectivo puede disponer algo diferente. Por ello, no opera en estos casos la limitación del 5 por ciento de representatividad mínima exigida en el art. 71.2º.b) ET para formar parte del comité de empresa.

También debe tenerse en cuenta a la hora de constituir el comité intercentros que, como se advierte en las **SSTS de 3 de octubre de 2001**, I.L. J 2057 y de **3 de octubre de 2001**, I.L. J 2059 (continuando una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada), el criterio de la proporcionalidad atiende a los representantes obtenidos por los sindicatos tras las elecciones, sin que a tal efecto deban tenerse en cuenta posteriores pactos que puedan modificar aquella representatividad inicial, por ejemplo, porque se produzcan cambios de afiliación sindical o porque se produzcan alianzas posteriores entre sindicatos o candidaturas independientes.

### 3. CONFLICTOS COLECTIVOS

#### A) Objeto del proceso de conflicto colectivo

La finalidad de estos procesos es fundamentalmente, como bien se recuerda en la **STS de 21 de noviembre de 2001**, I.L. J 2559 y en la **STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2001**, I.L. J 2097, la de dirimir, con carácter general, esto es: referido a un grupo genérico de trabajadores, las controversias planteadas en relación con la determinación, alcance y sentido de una norma legal o convencional o de una decisión o práctica empresarial, y sus consecuencias jurídicas. Esto significa que se adapta no a los intereses individuales sino a una dimensión más amplia. Por ello en estos procedimientos el tribunal no puede pronunciarse sobre la existencia o no de las circunstancias concretas que hacen subsumible el caso individualizado en el supuesto resuelto con carácter general. Para la aplicación a cada uno de los integrantes de dicho colectivo será necesaria la justificación individualizada de la concurrencia de las circunstancias que condicionan la efectividad de la resolución judicial emitida en dicho proceso, lo cual exige la apertura de otro proceso.

Los procesos de conflicto colectivo tienen la virtualidad, como se advierte en la **STS de 12 de julio de 2001**, I.L. J 1898 (repetiendo lo que ya había dicho en otras ocasiones), de resolver de una vez y para siempre los múltiples problemas que podrían derivar de una diversidad de demandas judiciales con el mismo objeto. Por ello se reconoce efecto de cosa juzgada a las sentencias evacuadas en ellos sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto. Este efecto, como se aclara en la citada sentencia, es aplicable incluso de oficio en trámite de unificación de doctrina, porque de lo contrario en un segundo proceso se podría desconocer o disminuir el bien reconocido en la sentencia anterior, con la consiguiente posibilidad de que sobre dos cuestiones litigiosas iguales se produjesen dos resoluciones judiciales contrapuestas, lo que quebranta claramente los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad que consagra el art. 9.3º de la Constitución.

Cuando por el proceso de conflicto colectivo se impugna una decisión empresarial que supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, el plazo de caducidad de 20 días sólo funcionará para este proceso si la decisión se ajusta a las exigencias del art.41 ET, en caso contrario, la acción no está sujeta a plazo alguno y podrá ejercitarse mientras subsista la situación impuesta (**STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 2098).

El proceso de conflicto colectivo no es el cauce procesal adecuado para solicitar una declaración judicial en la que se califique de ilegal y/o abusiva una huelga convocada cuando ésta aún no ha tenido lugar (**STSJ de Valencia de 10 de mayo de 2001**, I.L. J 1830).

#### B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo

Respecto al ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo, la **STS de 11 de junio de 2001**, I.L. J 2158, reitera la jurisprudencia precedente según la cual es necesario estar a dos elementos. De un lado, el elemento subjetivo, que se materializa en el

hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, que se revelan como un conjunto organizado a partir de un elemento de homogeneidad (STSJ de Navarra de 27 de septiembre de 2001, I.L. J 2103). El segundo es un elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como interés que aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. Precisamente por ello, no puede utilizarse este cauce procesal cuando la decisión que resulte del mismo no sea homogénea y exija una particularización para cada trabajador afectado, ya que si algún trabajador cree que tiene condiciones para devengar un derecho similar debe reclamarlo de modo individualizado (SAN de 23 de julio de 2001, I.L. J 2124).

En todo caso, el ámbito de afectación de un conflicto colectivo no puede ser restringido artificialmente por ninguna de las partes (STS de 6 de junio de 2001, I.L. J 2157).

### **C) Legitimación procesal en los procesos de conflicto colectivo**

Como se indica en las SSAN de 26 de marzo de 2001, I.L. J 2110, y de 8 de mayo de 2001, I.L. J 2113 (siguiendo jurisprudencia consolidada), para que un sindicato esté legitimado para plantear un proceso de conflicto colectivo es preciso que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, y que tenga una relación directa con lo que es el objeto del pleito, para lo cual ha de disfrutar de una notoria implantación en el centro de trabajo o marco general a que se refiere el conflicto.

También es preciso que el proceso sea interpuesto por alguno de los sujetos a los que el art. 152 LPL atribuye legitimación. En concreto, en los conflictos a nivel de empresa sólo estarán legitimados los sindicatos y los órganos de representación (legal o sindical) de los trabajadores, entendidos éstos en sentido estricto, sin que pueda reconocerse legitimación a un grupo de trabajadores por mucho que éstos hayan sido elegidos por sus compañeros en asamblea en el centro de trabajo (STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2001, I.L. J 2235).

De otro lado, la posibilidad reconocida en el art. 153 LPL a los sindicatos más representativos de tomar parte en el proceso de conflicto colectivo, es un derecho a personarse como partes aunque no lo hayan promovido, pero esta facultad no exige su previa citación al juicio, tal y como se advierte en la STS de 15 de noviembre de 2001, I.L. J 2550, siguiendo la doctrina recogida ya en las Sentencias del mismo Tribunal de 23 de junio y de 27 de mayo de 1998.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

### D) Órgano jurisdiccional competente

La competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los procesos de conflicto colectivo, según se aclara en la STS de 2 de julio de 2001, I.L. J 1919, sólo alcanza a los conflictos que se extiendan a un ámbito territorial superior a una Comunidad Autónoma, y siempre que sus resoluciones superen también este ámbito, debiendo interpretarse esta regla de forma estricta.

### E) Ejecución de la sentencia evacuada en el proceso de conflicto colectivo

Como ya había dicho en su día el Tribunal Constitucional, las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo son, normalmente, declarativas y de eficacia “cuasinormativa”, pero no directamente ejecutables (STC 92/1988, de 28 de marzo). Los pronunciamientos contenidos en estas sentencias constituyen la base o soporte para que los beneficiarios insten, en un proceso ordinario, individual o plural, un pronunciamiento condenatorio. Ahora bien, el carácter declarativo de dichas sentencias no excluye, como se advierte en la STS de 21 de noviembre de 2001, I.L. J 2559, que puedan, en algún supuesto excepcional, ser condenatorias. Esto ocurrirá únicamente cuando la naturaleza de la pretensión lo haga necesario, y en tal caso podrán ejecutarse directamente si el fallo de la sentencia contiene un claro pronunciamiento de condena y todos los elementos individualizadores precisos para que la obligación impuesta en dicho pronunciamiento quede perfectamente determinada. Esta concreción es indispensable para hacerla efectiva en trámite de ejecución, no pudiendo dejarse para este trámite su determinación cuando implique, en definitiva, la apertura, en esta fase procesal, de un verdadero proceso de cognición, por quedar tal cuestión fuera de los límites que el proceso de ejecución exige. En definitiva, no es el empleo de vocablos o expresiones de condena lo que hace una sentencia de este tipo condenatoria, sino el contenido de su pronunciamiento, debiendo ser éste lo suficientemente concreto para que, sin más, pueda ser directamente ejecutada.

## 4. EL DERECHO DE HUELGA

Calificar de ilegal y/o abusiva la convocatoria de huelga llevada a cabo por una central sindical antes de que la misma haya llegado a tener lugar puede condicionar el ejercicio del derecho fundamental de huelga. De ahí que, tal como parece deducirse del *obiter dicta* de la STSJ de Valencia de 10 de abril de 2001, I.L. J 1830, dicha calificación sólo sea admisible a posteriori, una vez desarrollada la huelga.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN



**VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA****Sumario:**

**1. Consideraciones generales. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación. Comisión negociadora. 4. Ámbito temporal. A) Duración. B) "Ultraactividad". 5. Determinación del convenio aplicable. 6. Concurrencia de convenios. 7. Extensión de convenios. 8. Contenido obligacional. 9. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 10. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.**

**1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Comprende la presente crónica una reseña de las sentencias más destacables dictadas en materia de negociación colectiva por los diferentes Tribunales laborales durante los meses de junio a noviembre de 2001, ambos incluidos, publicadas en los números 9, 10, 11 y 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, Lex Nova, en los que el lector puede consultar el texto íntegro de aquéllas. De las mismas, sorprende la del TS de 19 de septiembre, al manifestar, sin mayor argumentación, que la legitimación plena de las organizaciones empresariales depende de que agrupen a la mayoría absoluta de los empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio a negociar. Las más interesantes son, a mi juicio, las de igual Tribunal de 16 de julio y 17 de octubre, sobre cuestiones concernientes a la concurrencia de convenios.

**2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR**

Tratándose de la negociación de un convenio sectorial, la determinación de si un sindicato agrupa al menos al diez por ciento de los representantes unitarios y, por lo tanto, dispone de legitimación para participar en aquélla, ha de realizarse computando únicamente los pertenecientes al ámbito geográfico y funcional de dicho convenio [art. 87.2.c) ET], excluyendo, pues, los correspondientes a las empresas que, por contar con convenio propio, quedan al margen de la referida negociación (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 26 de julio de 2001, I.L. J 1779, recurso 1252/2001).

### 3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN. COMISIÓN NEGOCIADORA

La retirada de una asociación empresarial repercute en la válida constitución de la comisión negociadora cuando la que queda no reúne la representatividad prevista en el art. 88.1, párrafo segundo, ET. Lo anterior impide que el acuerdo adoptado pueda alcanzar la eficacia general propia de los convenios estatutarios. Así, **STS de 19 de septiembre de 2001**, I.L. J 2505, la cual, aunque ello no incida sobre el fallo al que llega, interpreta el citado precepto del ET en el sentido de que la válida constitución de que se trata depende de que las asociaciones empresariales que formen parte de la comisión representen, como mínimo, “a la **mayoría absoluta** de los empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio”, cuando lo cierto es que aquél se refiere únicamente a que tales asociaciones deben representar a “empresarios” que ocupen a la mayoría de los referidos trabajadores.

### 4. ÁMBITO TEMPORAL

#### A) Duración

Apunta la posibilidad de su modificación por acuerdo de las propias partes negociadoras la **SAN de 15 de junio de 2001** (I.L. J 2116):

“La modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad, en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del derecho –art. 2.2 CC–. Esta regla rige también para la sucesión de los convenios colectivos estatutarios dentro del mismo ámbito. El art. 82.3.1.1º ET de 1995 no dice otra cosa cuando señala que los convenios colectivos obligan ‘durante todo el tiempo de su vigencia’, pues esa vigencia, como la de toda norma, puede terminar por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango. Es cierto que el convenio colectivo es norma temporal –art. 85.3.b) y d) y art. 86 del texto citado–, pero ello no impide a las partes negociadoras, de común acuerdo, el que puedan alterar el término de vigencia pactado, como ocurre con cualquier pacto.”

#### B) “Ultraactividad”

Tiene ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la “ultraactividad” del contenido normativo del convenio colectivo, en casación para la unificación de doctrina, la **STS de 10 de julio de 2001** (I.L. J 1908), según la cual no cabe ampararse en aquélla para pretender que el convenio anterior continúe rigiendo en aquellos extremos no regulados por el posterior:

“La regla de la ultraactividad del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores está concebida (...) como norma disponible por la autonomía colectiva (...), para conservar provisional-

## VIII. Negociación Colectiva

mente cláusulas del convenio anterior durante la negociación del convenio siguiente (...), y no, como pretenden los actores, para cubrir un vacío normativo surgido a raíz de la conclusión del convenio siguiente ya celebrado.”

### 5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

En el supuesto de una segregación de empresa determinante de la aplicación del art. 44 ET, sólo los trabajadores transferidos a la nueva empresa creada siguen rigiéndose por el convenio colectivo aplicable a la empresa matriz de la que proceden. Llega a tal solución, en relación con un supuesto anterior a la reforma del art. 44 ET, la STSJ de Madrid de 25 de julio de 2001, I.L. J 2094 (recurso 3139/2001).

A la vista de cómo se define su ámbito de aplicación (“empresas que se dediquen a la realización, diseño, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades”), queda fuera del convenio nacional de empresas de **jardinería** la actividad del peón que trabaja en un vivero destinado a la producción de flores y plantas para su posterior venta (STS de 9 de septiembre de 2001, en casación para la unificación de doctrina, I.L. J 2319).

### 6. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Contraviene la regla general que la prohíbe (art. 84, párrafo primero, ET) el convenio sectorial que pretende extender su ámbito a una actividad más reducida que cuenta, en la fecha de suscribirse aquél, con convenio propio en vigor. No impide apreciar tal contravención el hecho de que se disponga que los efectos de la expresada afectación no se producirán hasta que el convenio afectado agote su duración. Así, en relación con el convenio del sector de **mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos** de Madrid y su afectación al del sector de **almacenistas de plátanos** de igual ámbito geográfico, STS de 16 de julio de 2001 (I.L. J 2167):

“Es evidente que en fecha 20 de julio de 1999, cuando se firmó el texto del convenio colectivo del sector de mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos de Madrid, se encontraba plenamente vigente, tanto en su aspecto normativo como obligacional, el convenio colectivo del denominado sector de almacenistas de plátanos, pues su duración temporal estaba establecida hasta el 31 de diciembre de 1999 y no fue denunciado hasta el 2 de diciembre de 1999 (...), precisamente con el propósito de negociar un nuevo convenio de este sector (...).

Por ello, el convenio del sector de frutas quebranta la regla general sobre concurrencia contenida en el párrafo primero del artículo 84 [del ET] (...).

El contenido preceptivo o de derecho necesario que recoge la regla de prohibición de ‘concurrencia afectante’ crea una especie de preferencia o mejor derecho para el convenio en

vigor, por lo que los que se negocien durante su vigencia no podrán incidir en el ámbito acotado por el vigente. Negociar un convenio para otro sector que tiene convenio vigente, extendiéndose a los supuestos en que la concurrencia no es querida por las partes negociadoras del convenio en vigor, amparándose en que ello es para después de la expiración de la vigencia del convenio prioritario, encierra una clara conducta en fraude de ley, como ocurre en el convenio impugnado, al establecer en sus artículos 1 al 4 la inclusión en los ámbitos funcional y territorial no sólo a las empresas de mayoristas de frutas y hortalizas, sino también a las de almacenamiento, maduración y comercialización de plátanos de la comunidad de Madrid (sector que viene regulado por el convenio con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999), aunque con efectos a partir de 1 de enero de 2000. No se trata, por consiguiente, de que cuando se negocia y firma el convenio del sector de mayoristas de frutas el de la patronal de plátanos mantuviese únicamente la ultraactividad de la previsión ordinaria y natural del art. 86.3 del Estatuto de los trabajadores.”

Distinta es la conclusión a que debe llegarse respecto al convenio provincial que establece una regulación de la **jornada** que difiere de la que figura en el convenio “general” del sector, por ser de duración superior, pues se está entonces ante la excepción introducida por el párrafo segundo del art. 84 ET a la regla general antes aludida. Tal convenio “general”, igual que cualquier otro de los contemplados en el art. 83.2 ET, es inhábil para impedir que puedan entrar a negociar la jornada los convenios inferiores pero de ámbito superior al de empresa. En otros términos, los acuerdos interprofesionales y convenios ex art. 83.2 ET nada pueden hacer para evitar la apuntada concurrencia en las materias no excluidas por la norma estatal que la consiente (el párrafo segundo del art. 84 ET), que prevalece sobre aquéllos y contribuye a una descentralización de la negociación sobre las aludidas materias, entre las que figura, según se ha indicado, la jornada. A los efectos considerados, es nula y, por lo tanto, ineficaz, la cláusula de los acuerdos y convenios últimamente mencionados en virtud de la cual las partes firmantes de los mismos renuncian al ejercicio de la posibilidad que abre el citado párrafo segundo del art. 84 ET, pues éste es un precepto indisponible.

Mantiene la solución expuesta, con rotundidad, la **STS de 17 de octubre de 2001**, I.L. J 2340, que sigue la doctrina sentada por las Sentencias de igual Tribunal y Sala de 22 de septiembre de 1998 y 3 de noviembre de 2000.

“Las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 [del ET], carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del art. 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero del precepto.

La renuncia en el convenio general al ejercicio de la facultad que confiere el párrafo segundo del art. 84 ET es ineficaz; lo contrario supondría privar a este precepto “de su carácter

## VIII. Negociación Colectiva

de *ius cogens* y permitir a los negociadores del ámbito superior eludir por la vía del pacto el mandato expreso del legislador y dejar vacía de contenido la nueva orientación de ‘adaptabilidad en la negociación colectiva’ y descentralización que subyace en el precepto y constituyó uno de los objetivos de la reforma laboral de 1994, según se indica expresamente en el preámbulo de la Ley 11/1994, para cercenar de raíz los derechos que ésta ha querido atribuir a los negociadores de un ámbito inferior, siempre que sea superior al de empresa”.

### 7. EXTENSIÓN DE CONVENIOS

Declarada por sentencia firme la nulidad del convenio extendido, deviene ineficaz la resolución administrativa que dispuso la extensión, al desaparecer el presupuesto de que ésta lo sea de un convenio en vigor, exigido por el art. 92.2 ET (STS de 19 de septiembre de 2001, Sala Tercera, I.L. J 2042).

### 8. CONTENIDO OBLIGACIONAL

Forma parte del mismo la cláusula del convenio de empresa en virtud de la cual ésta se compromete a mantener una determinada plantilla hasta una fecha cierta, coincidente con el término de la duración de aquél. Por consiguiente, con el agotamiento de dicha duración perderá vigencia la referida cláusula (art. 86.3 ET) y la empresa quedará liberada de su compromiso. Tal es, en líneas generales, la posición que se descubre en la STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2001, I.L. J 1951 (recurso 627/2001):

“Del contenido literal de la cláusula controvertida se desprende la obligación de la empresa de mantener a fecha cierta, coincidente con la vigencia temporal del convenio, (...) una determinada dimensión de la plantilla, a través de la sustitución de trabajadores que son baja por distintas causas. Los negociadores no legislan con voluntad de futuro, más allá de la vigencia del convenio, en la materia cuestionada, no quedando vinculada la negociación del convenio en curso por la anterior cláusula obligacional, que, indudablemente, buscaba la paz social durante su vigencia. Esta cláusula no posee, como se declara en la instancia, contenido normativo alguno, como fuente de derecho, sino de obligaciones concretas y a plazo cierto, sin que puedan comprenderse en las mismas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los negociadores se propusieron pactar (artículo 1283 del CC), siendo clara la voluntad de los negociadores de liberar futuras negociaciones sobre la materia de la vinculación a una determinada plantilla sin fecha límite de tiempo.”

### 9. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

La correspondiente acción debe ejercitarse dentro del plazo de vigencia del convenio colectivo que se trate de impugnar. Es extemporánea la impugnación producida una vez agotado dicho plazo, aunque el contenido normativo del convenio afectado se encuen-

tre en situación de ultraactividad (STSJ de Navarra de 28 de septiembre de 2001, I.L. J 2104, recurso 157/2001).

## 10. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

### A) Por las comisiones paritarias

Recuerda la necesidad de distinguir entre facultades de administración y facultades negociadoras de la comisión paritaria, así como la imposibilidad de cerrar estas últimas a los sindicatos que suscribieron el convenio colectivo de que se trate, la **STS de 30 de octubre de 2001**, I.L. J 2370, con cita tanto de jurisprudencia constitucional (STC 184/1991) como de la propia Sala (Sentencias de 10 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 28 de enero y 11 de julio de 2000 y 5 de abril de 2001). A los efectos indicados, constituye facultad de administración, atribuible en exclusiva a la comisión paritaria, por ejemplo, la consistente en el estudio y aprobación o denegación de las reclamaciones sobre reclasificación profesional y adscripción definitiva a los grupos y categorías profesionales definidos en el convenio, o la de ratificación de los puestos de trabajo polivalentes de acuerdo con la configuración que de éstos realiza el propio convenio. En cambio, comportan ya el ejercicio de facultades de negociación las relativas a la fijación de futuros incrementos y modificaciones salariales; la preparación y diseño de planes de oferta de empleo o, en fin, la creación de nuevas categorías profesionales, así como la definición de las funciones propias de éstas o de las que figuran en el convenio.

### 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, **SSTS de 23 de octubre y 12 de noviembre de 2001**, I.L. J 2512 y 2436, respectivamente.

JAVIER GÁRATE CASTRO

**IX. SEGURIDAD SOCIAL****Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación del sistema.

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. 9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia

de prestaciones. A) Responsabilidad empresarial. B) Responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. C) Responsabilidad de la Entidad

Gestora. 10. Asistencia sanitaria. A) Reintegro de gastos médicos. 11. Incapacidad tem-

poral. A) Dinámica de la prestación. 12. Maternidad. 13. Regímenes Especiales.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Régimen Especial Agrario. Régimen

Especial de la Minería del Carbón. Régimen Especial de Empleados de Hogar.

14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se analizan en la presente crónica las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1770 a J 2626).

**1. FUENTES**

STJCE de 10 de mayo de 2001, I.L. J 2285: El Reglamento 1408/1971 se aplica a una persona que en la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento residía en un Estado miembro sin ejercer actividad profesional y percibiendo una pensión abonada por otro Estado miembro en su condición de funcionario jubilado y al mismo tiempo estaba sometido a la legislación de su Estado de residencia respecto a las ramas de Seguridad Social a las que se aplica el Reglamento.

El Reglamento 1612/1968 no se aplica, en principio, a una persona que ha trasladado su residencia de un Estado miembro en el que había dejado de desempeñar su trabajo a otro Estado miembro en el que no trabaja ni busca empleo.

El art. 33 del Reglamento 1408/1971, en su versión del Reglamento 3096/1995 por el que no puede reclamarse del titular de una pensión o renta, por el hecho de residir en el territorio de un Estado miembro, el pago de cotizaciones del seguro obligatorio para la cobertura de prestaciones que están a cargo de una institución de otro Estado miembro, se opone a que el Estado miembro en cuyo territorio reside el titular de la pensión o renta exija de éste el pago de cotizaciones o retenciones equivalentes previstas por su normativa para la cobertura de las prestaciones de vejez, incapacidad laboral y desempleo cuando el interesado percibe prestaciones con objeto análogo a cargo de la institución del Estado miembro competente en materia de pensiones.

**STJCE de 31 de mayo de 2001, I.L. J 2287:** El anexo II del Reglamento 1408/1971 en versión del Reglamento 118/1997 es inválido en la medida que incluye, en su parte I, letra b), el subsidio de maternidad luxemburgués. Una asignación de crianza (como el caso de Luxemburgo) no forma parte de los subsidios familiares, que por aplicación del art. 77 del Reglamento 1408/1971 en la versión del Reglamento 118/1997 deben abonarse a los titulares de pensiones de vejez, invalidez, accidente de trabajo o enfermedad profesional cualquiera que sea el Estado miembro de residencia. El art. 73 del Reglamento 1408/1971, versión Reglamento 118/1997 no confiere al titular de una pensión de invalidez el derecho a recibir unas prestaciones familiares distintas de los subsidios familiares del art. 77 del Reglamento.

El titular de una pensión de invalidez que reside en un Estado miembro distinto del que garantiza el abono de su pensión no es un trabajador en el sentido del art. 7 del Reglamento 1612/1968 y sólo disfruta de los derechos inherentes a la condición de trabajador que se deriven de actividad profesional anterior.

**STJCE de 12 de junio de 2001, I.L. J 2289:** Los arts. 59 (hoy art. 49) y 60 (hoy art. 50) no se oponen a la legislación de un Estado miembro que supedita la cobertura de los gastos de asistencia dispensada en otro Estado miembro a la obtención de una autorización previa de la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado y que supedita la concesión de dicha autorización a que por una parte el tratamiento pueda considerarse habitual en el medio profesional, que sirve para determinar si la asistencia hospitalaria dispensada en el territorio nacional goza de dicha cobertura y a que, por otra parte, el tratamiento médico del asegurado lo exija. Respecto del requisito referente al carácter habitual del tratamiento, la autorización no puede denegarse cuando conste que el tratamiento está validado por la medicina internacional. Sólo puede denegarse la autorización cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en un tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que depende el asegurado.

**STJCE de 28 de junio de 2001, I.L. J 2294:** El art. 95 bis, apartados 4 a 6, del Reglamento 1408/1971 en versión Reglamento 1248/1992, no se aplica a una solicitud de revisión de una pensión de jubilación cuyo importe ha sido limitado, en virtud de una norma que prohíbe la acumulación aplicable en un Estado miembro, debido a que su benefi-

## IX. Seguridad Social

ciario es titular de una pensión similar abonada por el organismo competente de otro Estado miembro, cuando la solicitud de la revisión se basa en disposiciones que no son las del Reglamento 1248/1992.

**STJCE de 12 de julio de 2001**, I.L. J 2295: El art. 22, apartado 1, letra c) e inciso i), del Reglamento 1408/1971 en versión Reglamento 2001/1983 implica que cuando la institución competente autorice a un beneficiario de la Seguridad Social a trasladarse a otro Estado miembro para recibir asistencia en él, la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas de asunción de gastos de asistencia sanitaria que aplique y como si el interesado estuviera afiliado a ella.

Cuando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario de la Seguridad Social conforme al art. 22, apartado 1, letra c), del Reglamento y posteriormente la denegación se considere infundada, el interesado puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio.

**STS de 9 de septiembre de 2001**, I.L. J 2321: El problema planteado es si para la aplicación del principio *pro rata temporis* a efectos de determinar el porcentaje de pensión que ha de pagar la Seguridad Social española, ha de tomarse en consideración tan sólo los períodos realmente cotizados por el trabajador correspondientes al tiempo que estuvo trabajando o, si por el contrario, procederá computar también algunos períodos no cotizados pero a los que el legislador español les atribuye tal condición (cotizaciones ficticias por edad y por bonificación). La inclusión de las cotizaciones ficticias por edad para el cálculo del prorrateo ha sido aceptada ya en STS de 26 de junio de 2001 (recurso 1156/2000). En cambio no sucede así para las bonificaciones de cotizaciones por razón de actividad desarrollada en atención de la edad.

**STS de 11 de octubre de 2001**, I.L. J 2326: La jubilación tiene carácter irreversible y si el contenido económico de la prestación, por un error de la entidad gestora quedó minusvalorado y fue más tarde corregido por sentencia firme que estimó la pretensión del beneficiario, hay que mantener que sus efectos deben retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho, sin que quepa deducir que una norma que consagra la imprescriptibilidad del derecho a su retroacción máxima a tres meses, la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente en cuantía inferior y ello independientemente de la prescripción que en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica.

**STS de 15 de noviembre de 2001**, I.L. J 2408: La doctrina del TS, Sala Cuarta, SSTS de 12 de marzo de 1999, 16 de marzo de 1999, 7 de mayo de 1999, 11 de mayo de 1999 y 21 de junio de 1999 y la que aquí se cita recogen la aplicación preferente del art. 25.1.b) del Convenio Hispano-Alemán sobre el Anexo VI.D).4) del Reglamento 1248/1992.

STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2001, I.L. J 2237: El art. 18 del Convenio Hispano-Andorrano establece, como regulación específica, que para el cálculo de la pensión de invalidez deben totalizarse los períodos de seguro con la garantía en todo caso para el beneficiario, de que tiene derecho a la pensión más elevada, calculada por cada uno de los organismos o por ambos, según la legislación interna de cada una de las partes, abonándosele un complemento una vez calculadas las pensiones prorrateadas, cuando la suma de éstas sean inferiores a aquélla, pero en virtud de la libertad de circulación no se reconoce el derecho a percibir pensiones autónomas con independencia de sus cuantías. No corresponde a las Seguridad Social española abonar íntegramente la pensión.

## 2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

No existe jurisprudencia en la materia.

## 3. ENCUADRAMIENTO

La STS de 10 de octubre de 2001, I.L. J 2070, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2000, por la que se declara que para llevar a cabo un cambio en el encuadramiento desde el Régimen General al RETA, efectuado por la Tesorería de la Seguridad Social, sobre un acta levantada por la Inspección de Trabajo, dicha entidad había de presentar una demanda judicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 145.1 LPL, considerando inaceptable jurídicamente que lo hiciera de oficio. La sentencia de contraste aportada, ante una misma decisión de oficio, entiende que esa decisión era legalmente aceptable, fundándose en que la exigencia del art. 145.1 LPL se refiere sólo a los actos declarativos de derechos, pero no a los actos instrumentales de la Seguridad Social para los que es aceptable la actuación de oficio. El Tribunal Supremo estima el recurso recordando que el art. 13 de la LGSS establece que “tanto la afiliación como los trámites determinados por las altas, bajas y demás variaciones a que se refiere el artículo anterior, podrán ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social cuando a raíz de las actuaciones de los Servicios de Inspección o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones”.

La STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2001, I.L. J 2228, interpreta que el adecuado encuadramiento en la Seguridad Social no puede entenderse como una sanción, o una restricción de derechos a los efectos del art. 9.3 de la CE. Por ello, entiende que los efectos de la retroactividad con relación al art. 34.2 de la Ley 50/1998, respecto al encuadramiento de los socios de personas jurídicas (en el caso Consejeros Delegados de una empresa) no se aplican a disposiciones sancionadoras, ni desfavorables, ni restrictivas de derechos.

## IX. Seguridad Social

Por otra parte, en la **STSJ de La Rioja de 13 de septiembre de 2001**, I.L. J 2427, se desestima la impugnación de alta en el Régimen asimilado al General de la Seguridad Social con relación a un consejero delegado de sociedad anónima, por considerar que éste desempeñó una actividad como administrador con funciones de dirección y gerencia, con retribución estatutaria, y sin detentar el control efectivo de la sociedad, circunstancias todas ellas determinantes de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como administrador societario asimilado a los trabajadores por cuenta ajena.

Respecto a las alegaciones de parte que instan al Tribunal a plantear una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la normativa sobre afiliación y alta de determinadas personas introducida en la Ley General de Seguridad Social por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en su art. 34, la Sala decide no plantear el mismo, por considerar que los artículos relevantes para la decisión del litigio no son el citado art. 34 de la Ley 50/1998, sino los arts. 102 de la LGSS y arts. 32.3.1 y 35.1º y 3º del Reglamento General sobre inscripción de empresa y afiliación, altas, bajas, y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Por ello, se entiende que el planteamiento de la cuestión se dirige a la determinación en abstracto de la inconstitucionalidad del citado art. 34 de la Ley 50/1998, pretensión esta que excede, sin duda, del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tras este razonamiento, la Sala inicia el análisis del art. 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, para despejar cualquier duda sobre su adecuación a la Constitución. Recuerda las previsiones de la Ley 50/1998 sobre la inclusión en el Régimen Especial de Autónomos o en el Régimen General de quien ejerza las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o preste servicios para una sociedad mercantil capitalista a título lucrativo y de forma habitual, personal y directamente, en función de que el trabajador esté, o no, en posesión del control efectivo de una sociedad mercantil capitalista. Al respecto, la Sala analiza la presunción de dicho control en los casos en los que el capital social se encuentre dividido entre varios miembros de una misma familia en los términos establecidos en la Disposición Adicional Vigésimo Séptima, número 1 de la LGSS. Igualmente también justifica la ausencia de trato arbitrario o discriminatorio en la diferencia de trato de los trabajadores según el control que ostenten en la sociedad, así como la inadecuación de invocar el art 31.1 de la Constitución y los principios del ordenamiento financiero que establece dicha norma, con relación a las previsiones de la Ley 50/1998. Finalmente mantiene la imposibilidad de hablar de privación y confiscación encubierta de cotizaciones por el mero hecho de que determinadas cotizaciones no tengan una repercusión directa en las prestaciones.

La **STS de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2366, en recurso de casación para la unificación de doctrina, recuerda doctrina ya sentada por la Sala, por la que se determina que la Tesorería General de la Seguridad Social puede por sí misma, sin acudir a los Tribunales Jurisdiccionales, anular de oficio el alta de la empresa al tener conocimiento de que no estaba autorizada para el desempeño de la actividad por la que se dio de alta inicialmente.

En la **STSJ de La Rioja de 13 de septiembre de 2001**, I.L. J 2427, se desestima la impugnación de alta en el Régimen asimilado al General de la Seguridad Social con relación a

un consejero delegado de sociedad anónima, y se resuelve no plantear cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

#### 4. GESTIÓN

El Tribunal Supremo, en la **STS de 17 de septiembre de 2001**, I.L. J 1979, en recurso de casación para unificación de doctrina, reitera la doctrina ya consolidada en sentencias anteriores según la cual, una vez el trabajador ha causado derecho a la prestación de incapacidad temporal, la responsabilidad de su pago debe imponerse *ex lege* al sujeto obligado, que es el empleador actual (art. 126.1 LGSS), pero ello no impide —a falta de norma expresa en sentido contrario— la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio que ésta se subroge en los derechos del beneficiario (art. 126.3 LGSS).

Para la **STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2001**, I.L. J 1775, en el supuesto de accidente de trabajo que deriva en incapacidad permanente absoluta, los gastos del tratamiento de rehabilitación y los gastos de transporte son a cargo de la mutua aseguradora. Lo decisivo no es que el trabajador accidentado haya pasado a la condición de pensionista —de incapacidad permanente o jubilación— sino que la necesidad de asistencia sanitaria continúe derivando de la lesión producida por el accidente, ya que así lo establece el art. 12 del Decreto 2766/1967.

En la **STS de 31 de octubre de 2001**, I.L. J 2514, se establece que una vez la mutua accionante ha satisfecho la prestación correspondiente a la incapacidad permanente parcial que le fue reconocida a la trabajadora por resolución del INSS, el derecho de aquella mutua al reintegro de la cantidad entregada a la trabajadora deviene como lógica consecuencia de acuerdo con el RD 1517/1991, de 11 de octubre. Partiendo de este derecho, no puede eximirse al INSS y a la TGSS de reintegrar, a la parte recurrente, la cantidad satisfecha, pues éstos son responsables subsidiariamente, en el caso de insolvencia de la trabajadora.

En la **STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 2001**, I.L. J 2279, se discute por la Mutua, partiendo de reconocer que cabe compatibilidad entre incapacidad permanente parcial previa por unas concretas lesiones y posterior incapacidad temporal por las mismas, es que, para que medie tal compatibilidad, es necesario que medie agravación en el estado de salud, lo que entiende que no se ha producido en el supuesto de la sentencia, resolviéndose por el Tribunal a favor de la existencia de relación de causalidad, y por tanto, a favor de la responsabilidad de la Mutua en este caso.

#### 5. FINANCIACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

### 6. COTIZACIÓN

La primera de las resoluciones judiciales del período hace referencia a un tema de aplicación de normas. Así, la **STSJ de Valencia de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1854, conoce de un supuesto en el que el actor solicita un Convenio Especial de Seguridad Social sin asistencia sanitaria. El solicitante, perceptor de la prestación por desempleo hasta octubre de 1997, tenía la voluntad de firmar el antedicho convenio, para lo cual realiza diversas visitas y consultas a la Dirección Provincial del INSS en Valencia; en concreto, en diciembre del mismo año, acude dos veces y, no encontrándose el funcionario encargado, y habiendo solicitado información sobre el plazo, no plantea solicitud alguna. Ésta no se lleva a cabo, de forma expresa, hasta enero de 1998, dentro de plazo, inscribiéndose la misma en febrero, con fecha de efectos de octubre. El problema jurídico a resolver versa sobre la normativa que deba ser de aplicación: la Orden de 26 de enero de 1998 o la anterior, de 18 de julio de 1991. En este sentido, acaba fallando el Tribunal que la misma no es otra que la Orden de 1998, puesto que lo jurídicamente relevante es la fecha de solicitud y de suscripción, y no las visitas y solicitudes de información que previamente hubiera realizado el actor.

Por otra parte, en la **STS de 18 de septiembre de 2001**, Sala Tercera, (recurso de casación en interés de Ley 6494/1995) I.L. J 2041, se analiza la extensión y límites de la obligación de cotizar en el Régimen General. La misma subsiste siempre y cuando el trabajador no sea dado de baja en dicho Régimen, acotando que dicha baja deberá producirse siempre y cuando el trabajador no continúe prestando servicios en la empresa afectada. En el supuesto de hecho, un trabajador por tiempo determinado causa baja en la empresa y, al no estar seguro el empresario de haber presentado parte de baja, presenta éste casi un año y medio después de producirse aquélla. Ante ello, la Tesorería General de la Seguridad Social libra requerimiento de pago de cuotas durante ese período de tiempo por ese trabajador. El Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso, basándose para ello en resoluciones anteriores del mismo, básicamente en la Sentencia de 14 de mayo de 1996, ya que, entre otros motivos, sostener lo contrario, es decir, admitir el recurso, pudiera llevar a una situación paradójica: autorizar una liquidación por falta de afiliación a la Seguridad Social, a una empresa inexistente y para unos trabajadores de una empresa que no podían estar, además, de alta en la Seguridad Social como trabajadores de esa empresa.

Finalmente, la **STSJ de Cantabria de 3 de septiembre de 2001**, I.L. J 2142, gira en torno a una relación laboral de carácter especial de un recluso en establecimiento penitenciario. Sostiene el actor su derecho a percibir el importe del SMI como trabajador con relación laboral de carácter especial. Ante tal pretensión, el Tribunal mantiene, según jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, que tanto el derecho al trabajo como a la Seguridad Social, en referencia a los penados, son de aplicación progresiva, sin que se infrinja el artículo 14 CE. Por otra parte, se venía cotizando únicamente por la contingencia de accidente laboral y enfermedad profesional, partiendo de una interpretación sistemática de los artículos 197.2 y 114.2 LGSS en relación con el Real Decreto 573/1967, de 16 de marzo, que determinará según aquéllos el alcance de la protección otorgada. Ahora bien, en este sentido, sostiene la Sala que el Real Decreto, anterior a la

promulgación de la CE, debe ser interpretado a la luz de ésta, y en concreto según su art. 25.2. Por ello, acaba reconociéndose que, a efectos de la Seguridad Social, la demandada debe cotizar por todas las contingencias.

## 7. RECAUDACIÓN

Toda la jurisprudencia del período en la materia trata sobre el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Cabe destacar de entre todas ellas, la **STS de 11 de junio de 2001** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3614/2000) I.L. J 2159. En la misma, se realiza un análisis sintético y claro del alcance del artículo 45.3 de la LGSS, en la redacción dada a ésta por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, modificada a su vez por Ley 55/1999, de 21 de diciembre, y las variaciones que el mismo opera en la materia. En este sentido, se determina que el mencionado precepto deja sin efecto la consolidada doctrina anterior del Tribunal Supremo, por lo que la aplicación del plazo excepcional de prescripción por razones de equidad de tres meses (uno de los dos admitidos —el de mayor aplicación práctica— a la regla general de prescripción quinquenal), siempre que concurriera el doble requisito de demora en la regulación de la situación por parte de la entidad gestora y buena fe del beneficiario, no es de aplicación a partir del 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley 66/1997. En la misma línea, la **STS de 7 de noviembre de 2001** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1533/2001) I.L. J 2547, realiza una exégesis del tratamiento de la materia con anterioridad y posterioridad a aquella fecha y, sobre ese diverso tratamiento, ofrece una solución distinta dependiendo de la fecha de percepción de las prestaciones indebidas.

El resto de resoluciones aplican uno u otro plazo de prescripción en función de la fecha en que se produjera la prestación indebida. Así, en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de julio de 2001**, I.L. J 1862, no se aplica el artículo 45.3 de la LGSS, y sí la doctrina consolidada del Tribunal Supremo del plazo de prescripción excepcional de tres meses —recogida entre otras en la Sentencia de 24 de septiembre de 1996—, puesto que el período en el que se percibieron las prestaciones indebidas a reintegrar se situaba entre el 1 de octubre de 1994 y el 30 de marzo de 1995, y, por otro lado, se cumple el doble requisito de demora del ente gestor y buena fe del beneficiario. La ausencia de este último elemento, la buena fe del beneficiario, provoca que, obviamente, aún encontrándose en un período anterior al 1 de enero de 1998, no sea de aplicación el plazo excepcional de tres meses en algunos supuestos (**STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2001**, I.L. J 2591). Por otra parte, en la **STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2001**, I.L. J 2241, se determina, en consonancia con las resoluciones anteriormente referidas del Tribunal Supremo, que en la actualidad, según lo establecido en el artículo 45.3 de la LGSS tras su última reforma en 1999, el plazo de prescripción a aplicar es de cuatro años, sin que sea posible aplicar analógicamente el excepcional plazo de tres meses que venía siendo manejado por la jurisprudencia con anterioridad al 1 de enero de 1998.

### 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

#### A) Concepto de accidente

En la STS de 24 de septiembre de 2001, I.L. J2195, se discute si un infarto de miocardio sobrevenido mientras se encontraba un conductor de autobús en el hotel donde se alojaba constituye accidente de trabajo. Para la sentencia, es evidente que el mal le sobreviene fuera de sus horas de trabajo, pero sigue permaneciendo bajo la dependencia de la empresa, cuya organización y prestación de servicios objeto de su actividad económica impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida. En consecuencia, hay que considerarlo accidente de trabajo.

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2001, I.L. J 1864, en relación a los supuestos de enfermedades isquémicas de miocardio aparecidas en tiempo y lugar de trabajo, ha de ser de aplicación la presunción establecida en el art. 115.3 LGSS, presunción que alcanza no sólo las lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de procesos vitales que puedan surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos, viéndose influido el afectado por el esfuerzo o la excitación que son propias de cualquier actividad laboral (máxime como en el caso del supuesto de hecho, aquella de vigilancia y control). No existe ninguna prueba que acredite que el fallecimiento del trabajador esté absolutamente desligado de la actividad laboral, sin que el tabaquismo o hipertensión puedan romper la relación de causalidad.

La STSJ de Canarias de 4 de septiembre de 2001, I.L. J 2108, recuerda, en relación al concepto de accidente *in itinere*, que cuando la conducta del trabajador en su desplazamiento para volver del trabajo, responde a lo que pudiéramos llamar como patrones usuales de comportamiento, debe estimarse que no hay ruptura del nexo causal. Por ello, la relación de causalidad no se rompe por el hecho de que el trabajador se desvíe a su domicilio real para asearse y posteriormente acudir al médico, con expresa autorización de la empresa. Por el contrario, para la STSJ de Canarias de 4 de septiembre de 2001, I.L. J 2109, o consta prueba alguna que vincule el infarto sufrido por el trabajador con el trabajo desempeñado y que se produjo al salir de su casa y dirigirse para su trabajo, ya que no existe nexo causal entre trabajo y lesión.

La STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2001, I.L. J 2282, estima que constituye accidente de trabajo la disfonía de repetición y discretos nódulos vocales que le acontecen a una profesora en el desempeño de su actividad laboral como docente. Se trata de una enfermedad contraída con motivo de la realización del trabajo y que no tiene cabida en el concepto de enfermedad profesional, por lo que debe atribuirse el proceso de IT que se discute en la sentencia a la consideración como accidente de trabajo.

#### B) Indemnización por daños y perjuicios

La STS de 9 de octubre de 2001, I.L. J 2067, en recurso de casación para la unificación de doctrina, se plantea la disyuntiva sobre si, para la determinación de la cuantía de la

indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, deben detraerse o computarse las cantidades que debe abonar la empresa infractora en concepto de recargo de prestaciones del art. 123 LGSS, o si, por el contrario, el recargo es independiente de dicha indemnización. El Tribunal Supremo confirma la doctrina ya unificada, en el sentido que no hay que descontar de la indemnización lo percibido en concepto de recargo, por considerar que ambos conceptos son diferentes, por tener el recargo una naturaleza sancionadora y no indemnizatoria.

### **C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene**

Según la STS de 8 de octubre de 2001, I.L. J 2316, en unificación de doctrina, procede el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el caso de lesiones por atrapamiento en una máquina, cuya carcasa se había levantado, sin que existiera un mecanismo de paro de emergencia para que dejara de funcionar, al estar levantada la carcasa protectora. Esta medida viene exigida por el RD 1495/1986, en los supuestos en los que el trabajador se encuentre en zona de peligro y el mando ordinario de paro del elemento que produce el peligro no pueda alcanzarse rápida y fácilmente por el trabajador.

## **9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES**

### **A) Responsabilidad empresarial**

La responsabilidad por descubierto en el pago de cuotas cuando se trata de prestaciones derivadas de riesgos laborales en los que no se exigen períodos de cotización previos, según la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de julio de 2001, I.L. J 1863, ha de ser resuelta conforme a la doctrina general que se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero (Sala General), 29 de febrero, 27 de marzo y 4 de diciembre de 2000, en el sentido de que debe resolverse mediante la aplicación de la doctrina tradicional que diferencia los incumplimientos empresariales transitorios, de aquellos otros que suponen incumplimientos definitivos, voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar. Por lo que si una empresa presenta descubiertos discontinuos en el tiempo tras los que deja de cotizar definitivamente, se está ante un incumplimiento persistente y voluntario que suponen un apartamiento de las obligaciones de cotización que han de conducir la declaración de responsabilidad del empresario en el abono de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador. Dado que se tratan de riesgos cubiertos por una Mutua aseguradora de riesgos profesionales, al haber sido anticipada la prestación por ésta, podrá repetir contra el verdadero responsable y en su caso contra la entidad gestora en función del fondo de garantía de accidentes de trabajo que tiene asumido en los supuestos de insolvencia del empleador. Para un mismo supuesto puede consultarse también la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2001, I.L. J 1868; STS de 18 de septiembre de 2001, I.L. J 2184, y STS de 26 de septiembre de 2001, I.L. J 2203.

## IX. Seguridad Social

La STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2001, I.L. J 1935, resuelve sobre un supuesto en el que un trabajador sufre un accidente de trabajo, a consecuencia del que fallece, y en el que el empresario había incumplido la obligación de darle de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, dándole de alta una vez fallecido y como consecuencia de la intervención de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. El recurso de suplicación analiza si a este supuesto le es aplicable la doctrina sobre incumplimientos empresariales no justificables por descubiertos de cotización, señalando que pese a estarse también ante un supuesto de responsabilidad directa de la empresa infractora en el pago de la prestación, con anticipo de la Mutua que cubre el riesgo, sin perjuicio de las responsabilidades que competen al INSS, no es en absoluto un supuesto equiparable a un descubierto de cotización.

### **B) Responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales**

La STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2001, I.L. J 2240, resuelve un supuesto en el que una empresa cotiza de forma voluntaria de manera inferior a la debida y que resulta condenada por una sentencia al abono de diferencias salariales y de cotización. Tras el pronunciamiento judicial la empresa procede a realizar los pertinentes abonos salariales y de cotización; y la Mutua recurre en suplicación solicitando que se declare a la empresa responsable directa de las diferencias de prestación de IT derivada de accidente de trabajo por infracotización de la empresa. El Tribunal estima que en este caso la empresa cumple con sus obligaciones de cotización, de forma voluntaria aunque inferior, y que por consiguiente no resulta responsable de las diferencias de prestación.

El supuesto que enjuicia la STS de 21 de noviembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2420, en unificación de doctrina, es si una Mutua de accidente que implanta a un trabajador una prótesis ortopédica fija durante un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, tiene o no derecho a reclamar el 30 por ciento de su importe a la TGSS, una vez que aquel ha sido declarado inválido permanente. El fondo de la cuestión radica en determinar si la implantación de la prótesis constituye o no una prestación de asistencia sanitaria, a la que estaría obligada la Mutua aseguradora del riesgo si éste proviene de un accidente de trabajo; o si por el contrario, se trata de una prestación de invalidez que pese a que la Mutua anticipe, ha de ser reembolsada por la TGSS en un 30 por ciento. Conforme a la sentencia el derecho de las Mutuas al reintegro del 30 por ciento sólo existe en relación con prestaciones económicas que se paguen directamente a los beneficiarios. Por lo que no cabe entender como prestación reembolsable la prestada por la Mutua en concepto de asistencia sanitaria, ya que la implantación de una prótesis, con independencia de que sea temporal o permanente (pues esta circunstancia carece por completo de relevancia para determinar la naturaleza de la prestación, constituye una obligación a cargo exclusivo de la Entidad obligada a prestar la asistencia sanitaria. Por lo que no cabe que una prestación de asistencia sanitaria mute a prestación de invalidez de contenido económico, por el hecho de que la prótesis deba acompañar al trabajador el resto de su vida.

**C) Responsabilidad de la Entidad Gestora**

La STSJ de Aragón de 11 de julio de 2001, I.L. J 1784, examina un supuesto en el que un trabajador no reúne el período mínimo de cotización necesario para percibir la pensión de vejez del SOVI como consecuencia del incumplimiento empresarial de la obligación de cotización. En instancia tanto la empresa incumplidora es condenada al abono de la prestación, como el INSS que es declarado responsable de anticipar la prestación. No estando conforme el INSS, interpone el correspondiente recurso de suplicación, que es resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en base a la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1992. Conforme a ésta la prestación del SOVI se regula en bloque por su legislación correspondiente, por lo que si dicha normativa no prevé el anticipo de las prestaciones por parte de la entidad gestora, el INSS no puede ser responsable de anticipar la pensión ahora debatida.

La cuestión controvertida que analiza la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2001, I.L. J 1939, es la retroacción de los efectos iniciales de un reconocimiento de la pensión de jubilación que no le fue reconocida en su momento por un indudable error de la Entidad Gestora. En este punto resulta aplicable lo establecido en las sentencias dictadas por la Sala de los Social del Tribunal Supremo en los recursos de casación para la unificación de doctrina de fechas 14 de marzo de 1995 y 22 de noviembre de 1996 que resuelven que el reconocimiento (o en su caso modificación o subsanación del error) ha de retrotraerse a la fecha de concesión de la pensión inicial por menor importe, salvo que resulte aplicable el período de prescripción de cinco años del artículo 43 LGSS. Como en este caso la actora solicita la pensión en 1994, fecha en la que se le deniega, y la vuelve a solicitar 5 años más tarde en 1999, momento en el que la Entidad reconoce su error; los efectos de la pensión de jubilación han de ser desde el día en que lo solicitó por primera vez, 1994, esto es, desde los cinco años anteriores a su última solicitud, dado que no es aplicable regulación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, en tanto que ésta únicamente regula el plazo para pedir la revisión del acto administrativo, pero no la retroacción de los efectos del reconocimiento del derecho.

Según la STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2001, I.L. J 1941, en los supuestos en los que la empresa dé de baja indebidamente en la Seguridad Social, porque el trabajador continúe prestando sus servicios, al no tener éste medio de reaccionar contra la actuación ilegal de la empresa, que desconoce, resulta responsable directo el empresario, pero el INSS es quien ha de anticipar la prestación por cuanto es quien puede comprobar por medio de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, el hecho de si es cierto o no que dicho trabajador ha causado baja real en la empresa.

### 10. ASISTENCIA SANITARIA

#### A) Reintegro de gastos médicos

Existe toda una serie de pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, que estiman el reintegro de gastos médicos a cargo de la Seguridad Social y en concreto por el Servicio Gallego de Salud, por hospitalización de los pacientes en un centro psiquiátrico privado, o por internamientos no quirúrgicos, al cumplirse todos los requisitos exigidos por la normativa de aplicación. En tal sentido cabe destacar: **STS de 20 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1815; **STS de 22 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1818; **STS de 19 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1995; **STS de 25 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2005; y **STS de 4 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2312.

Para la **STS de 26 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2006, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, cabe desestimar el recurso interpuesto por la parte actora al no existir contradicción entre las sentencias utilizadas, al haber variado la redacción del supuesto excepcional de urgencia vital contemplado en el artículo 18.1 del Decreto 2766/1967 aplicable en la sentencia de contraste y el artículo 5.3 del RD 63/1995, que aplicó la sentencia impugnada.

La **STS de 26 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2008, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina desestima el reintegro de gastos médicos por desplazamiento en taxi desde la estación hasta el hospital. Según esta sentencia, la prestación de transporte sanitario, comprende el transporte especial de enfermos cuando concurren ciertas circunstancias como son: la situación de urgencia o la imposibilidad física del interesado. Y en cualquier caso, la evaluación de la necesidad de la prestación de transporte sanitario corresponderá al facultativo que presta la asistencia y su indicación obedecerá únicamente a causas médicas que hagan imposible el desplazamiento en medios ordinarios de transporte. Es un transporte realizado por ambulancias y no en medios ordinarios como son taxis o coches particulares.

En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 1 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2045, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cual añade que las Entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen. Por tanto, solamente existe derecho a que los gastos de transporte sean satisfechos por los servicios de la Seguridad Social cuando se realiza en los medios propios del transporte especial sanitario, no incluyendo referencia alguna al transporte realizado por medios de locomoción ordinarios (un taxi, por ejemplo) cuyo coste no es objeto de cobertura por el sistema.

Según la **STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2001**, I.L. J 2018, no existe urgencia vital, y por tanto no procede el reintegro de gastos sanitarios en aquellos casos en que el médico no ordena sino que estima conveniente que el paciente ingrese en un hospital para enfermos crónicos. Ello es así porque no existe un estado de emergencia vital, sino una situación que hacía necesaria a corto o medio plazo la solución apuntada.

La STSJ de Madrid de 12 de julio de 2001, I.L. J 2084, entiende que no cabe el reintegro de gastos sanitarios a cargo de la Seguridad Social por recurso a la medicina privada (clínica norteamericana en que la intervención costó más de sesenta millones de pesetas), incluso en el supuesto de que existe urgencia vital en el caso más extremo de riesgo de vida del afectado (leucemia que impone un transplante), ya que se exige que no se puedan utilizar oportunamente los servicios de la Seguridad Social, lo cual no se dio en este caso.

La STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2001, I.L. J 2096, estima el reintegro de gastos sanitarios tras el recurso a la medicina privada en aquellos casos en que existe un riesgo inminente de vida o la pérdida de órganos fundamentales para el desarrollo del normal vivir y siempre que no sea posible, extremadamente dificultoso o médicamente desaconsejable el acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social, imposibilidad que debe entenderse tanto si hay sobrecarga de los servicios, excesiva demora en la prestación, aglomeración o carencia de instalaciones o medios adecuados. En el supuesto analizado existía un riesgo importante de pérdida de un órgano importante para el desarrollo del normal vivir como es una pierna, habiéndose demorado en exceso para atenderlo la asistencia sanitaria pública.

Existen dos importantes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que abordan aspectos relacionados con el reintegro de gastos sanitarios. La primera de ellas es la STJCE de 12 de junio de 2001, Asunto C-157/1999, I.L. J 2289, en la que se fijan los criterios para sufragar los gastos de hospitalización causados en otro estado miembro de la Unión Europea, justificando la necesidad de una autorización previa. La segunda de las sentencias es la STJCE de 12 de julio de 2001, Asunto c-368/1998, I.L. J 2295, en la que se aborda un tema similar, con la peculiaridad de que el Estado denegó dicha autorización para recurrir a los servicios médicos de otro Estado.

A grandes rasgos, la jurisprudencia sentada por ambas sentencias, amparándose en los reglamentos comunitarios relativos a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan en el seno de la Comunidad es la siguiente: El reembolso íntegro de gastos derivados de las prestaciones sanitarias en especie recibidas en otro Estado miembro exige que la institución competente autorice a un beneficiario de la Seguridad Social a trasladarse al territorio de otro Estado miembro para recibir asistencia en él, de modo que la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas de asunción de gastos de asistencia sanitaria que aplique y como si el interesado estuviera afiliado a ella. Y cuando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario de la Seguridad Social, y tal denegación se declare posteriormente infundada, el interesado puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio.

## IX. Seguridad Social

Según la STSJ de Murcia de 1 de octubre de 2001, I.L. J 2487, no procede el reintegro de gastos médicos tras el recurso a la medicina privada en aquellos casos en que el paciente acude, tras un accidente de trabajo, a los servicios médicos privados sin que se haya acreditado una denegación de asistencia. La normativa no concede a los afiliados a la Seguridad Social un derecho de opción entre acudir a la medicina pública o privada, y el reintegro de gastos médicos presupone la existencia de un riesgo inminente de vida o pérdida de órganos fundamentales para el desarrollo del normal vivir y una imposibilidad de prestación de asistencia por la sanidad pública que debe entenderse tanto si hay sobrecarga de los servicios, excesiva demora en la prestación, aglomeración o carencia de instalaciones o medios adecuados. En el caso concreto, tras el accidente de trabajo, el trabajador acudió a la medicina privada sin autorización previa de la Mutua y sin que se aprecie error en el diagnóstico ni imposibilidad de ser atendido por los servicios de dicha Mutua.

Según la STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001, I.L. J 2612, cabe el reintegro de gastos sanitarios tras el recurso a la medicina privada dado que se trataba de la amputación del hombro derecho (y por tanto concurría el supuesto de urgencia vital), pronóstico este que era el único, y sin alternativa, y que fue efectuado por la Sanidad Pública. Pretender el que se hubiera recabado una segunda opinión dentro de la red sanitaria pública en esta circunstancia resulta alejado de lo razonable, dado el propio carácter muy agresivo del cáncer detectado y la propia inmediatez con la que se debía de actuar por ello. Lo que es un derecho potestativo del paciente (segunda consulta) no puede convertirse en una exigencia legal.

### 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

#### A) Dinámica de la prestación

En la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2001, I.L. J 1931, se discute la posibilidad de que se acumulen dos procesos de incapacidad temporal. El Tribunal hace aplicación de la normativa y prescribe que si el proceso de incapacidad temporal se viere interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad. Ahora bien, habida cuenta del concepto de recaída, consistente en una nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad, resulta forzoso distinguir entre los diferentes procesos derivados de distintas enfermedades, porque si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades, sin nexo causal entre ellas, no habrá recaída, sino nuevo período de incapacidad.

La STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2001, I.L. J 1941, aborda el tema de una baja indebida en la Seguridad Social. Según la sentencia, en el caso de ser dado de baja indebidamente por una empresa cuando se siguen prestando servicios en la misma (para lo que no se exige la firma del trabajador), éste no tiene medio de reaccionar contra la actuación ilegal de la empresa. En tales casos el INSS sería responsable del pago de la prestación de incapacidad temporal, al menos en concepto de anticipo, y la empresa ha de ser condenada al pago directo por la prestación económica reclamada.

Según la **STSJ de Cantabria de 4 de julio de 2001**, I.L. J 1944, la prórroga de la situación de incapacidad temporal, una vez superados los dieciocho meses de permanencia sólo alcanza hasta la calificación de la invalidez y si el trabajador supera el plazo máximo de dieciocho meses pero continúa la necesidad de tratamiento médico podrá retrasarse por el período preciso que en ningún caso podrá rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal. Ahora bien, el derecho a la percepción de la mencionada prestación se extingue en la fecha en que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador interesado, tanto si declara la existencia de tal incapacidad como si la deniega.

La **STS de 17 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1979, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, analiza la responsabilidad del INSS en el abono de la prestación de incapacidad temporal y en concreto la obligación de anticipar el pago de la misma cuando la empresa colaboradora que asume el pago de la prestación extingue la relación laboral del trabajador, continuando éste en situación de incapacidad temporal. Para el TS, la función colaboradora de la empresa con las entidades gestoras no puede suponer una merma en la protección a que tienen derecho los beneficiarios, por lo que la empresa continúa obligada al pago, si bien debe anticiparlo el INSS.

La **STS de 18 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1986, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, trata el problema de determinar si a efectos de la cuantificación de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el período en que el beneficiario estuvo en situación de incapacidad temporal en pago directo por el INSS que aplicó como base de cotización de ese tiempo las mínimas correspondientes en cada momento al grupo de la categoría profesional del trabajador, debe calcularse teniendo en cuenta las bases mínimas de cotización, o por el contrario, dicho período debe computarse calculando la base reguladora a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar. Y el TS opta por esta segunda posibilidad, en suma, aplica la doctrina del paréntesis. Ver en el mismo sentido: **STS de 19 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina I.L. J 2414.]

Tal y como señala la **STS de 1 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2048, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, si bien es normal que precede al estado de incapacidad permanente, otro de tipo temporal, hay realidades patológicas en que el estado de incapacidad permanente puede surgir de forma completa e irreversible, por lo que no es necesaria la previa y transitoria incapacidad, por la propia naturaleza de las cosas.

La **STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 2101, señala que el paso de una situación de incapacidad temporal a otra de incapacidad permanente no es automático, habida cuenta que la calificación de la invalidez permanente en grado que corresponda, ha de producirse de acuerdo con el procedimiento establecido para valorar cómo afectan las dolencias o lesiones del asegurado a su capacidad de trabajo.

## IX. Seguridad Social

La **STS de 12 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2166, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, plantea la cuestión de si los beneficiarios de la Seguridad Social sujetos al RETA o al Régimen Especial Agrario, que agotaron la situación de incapacidad temporal sin alta, gozan automáticamente de la invalidez permanente correspondiente cuando padecen limitaciones o secuelas de carácter previsiblemente definitivo. Y en este sentido el Tribunal entiende que no puede reconocérsele automáticamente una invalidez permanente por el solo hecho de no haber sido dado de alta de incapacidad temporal.

La **STS de 26 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2173, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, reitera la consolidada doctrina de que si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ella, no habrá recaída, sino nuevo período de incapacidad, cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo. En definitiva, una misma enfermedad dará lugar a recaída cuando después del alta se produzca una nueva baja, sin seis meses intermedios de actividad; y producirá un nuevo período cuando desde el alta hasta la nueva baja, transcurra un período de actividad superior a seis meses. Y no podrá calificarse como recaída, el nuevo proceso de baja médica y laboral, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, cuando responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada con anterioridad.

En la **STS de 21 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2191, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se debate la cuestión de determinar la fecha de efectos económicos de la prestación por incapacidad permanente de los trabajadores autónomos. Y según el Tribunal, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades, de modo que no exista solución de continuidad entre el fin de la incapacidad temporal y la percepción de la prestación por invalidez permanente.

La **STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2001**, I.L. J 2230, aborda una reclamación del complemento de incapacidad temporal por parte de unos empleados de notarías que carecían de convenio colectivo de aplicación, tras derogarse la Reglamentación que regulaba esta relación. Según el Tribunal, no existiendo convenio propio o específico aplicable, su actividad cabe incardinarla en el de oficinas y despachos.

Según la **STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2282, la incapacidad temporal derivada de una dolencia consistente en disfonías de repetición, así como en discretos nódulos vocales, determina su consideración como una incapacidad temporal derivada de una enfermedad motivada por el trabajo y que no tiene cabida en el concepto de enfermedad profesional, sino en el de accidente de trabajo.

La **STS de 23 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2346, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina aborda el tema de la fecha de efectos de la prestación económica de gran invalidez derivada de accidente de trabajo, para señalar que será el momento en que se extingue la situación de incapacidad temporal. Según esta sentencia, la normativa establece con toda claridad cuándo finaliza la situación de IT y cuán-

do comienzan las prestaciones correspondientes a la situación de incapacidad permanente, distinguiendo según sea declarada una incapacidad permanente en el grado de total o en el de absoluta, pues mientras en el primer caso la prestación de incapacidad temporal se prorroga hasta la fecha de la declaración de incapacidad, en el segundo, por ser la prestación de cuantía superior, aquellas prestaciones se retrotraerán al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal.

La **STS de 26 de octubre de 2001**, I.L. J 2359, entiende que los trabajadores autónomos que causan una situación de incapacidad temporal una vez que se han dado de baja en el citado régimen especial, pero dentro de los 90 días siguientes a la misma, tienen derecho a la prestación económica correspondiente a dicha contingencia, cuando reúnen el resto de los requisitos como la carencia.

En la **STS de 8 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2397, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión litigiosa se centra en determinar quién debe responder del pago de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando el empresario ha asumido el pago directo de la prestación en régimen de colaboración voluntaria, y esta situación protegida de incapacidad se extiende a fechas posteriores a aquellas en que se extinguió la relación laboral. Y en tales casos es reiterada la doctrina de que es responsabilidad del empleador y subsidiariamente de la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta se subroge en los derechos del beneficiario.

En la **STSJ de La Rioja de 6 de noviembre de 2001**, I.L. J 2425, se deniega al actor, perteneciente al Régimen Especial Agrario, la prestación de incapacidad temporal, por no hallarse al corriente en el pago de las cuotas en la fecha del hecho causante. Cuestión ya abordada y resuelta por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones.

La **STSJ de Castilla y León de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2461, señala, en aplicación de la normativa vigente, que la base reguladora diaria de la prestación de incapacidad temporal, cuando, por extinción del contrato de trabajo o interrupción de la actividad, asuma la Entidad Gestora el pago de la prestación, deberá ser el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes a los tres meses inmediatamente anteriores al hecho causante entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

Para la **STSJ de Asturias de 9 de octubre de 2001**, I.L. J 2468, el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad temporal no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo directo y automático una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación. El trabajador afiliado y en alta tiene derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal en todo caso, bien del empresario, o en último extremo del INSS. Y cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento.

## IX. Seguridad Social

La STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001, I.L. J 2566, para el caso de la empresa IBERIA, y la STSJ de Madrid de 16 de octubre de 2001, I.L. J 2577, para la empresa RENFE, ponen de manifiesto cómo durante la situación de incapacidad temporal, y siempre que no exista precepto convencional ni legal alguno en contrario, la empresa no está obligada a pagar dietas por destacamento o cualquier otro tipo de compensación salarial o extrasalarial.

### 12. MATERNIDAD

STS de 20 de noviembre de 2001, I.L. J 2419: Se trataba de decidir si interpretando el art. 48.4 ET el padre puede disfrutar del descanso durante las cuatro últimas semanas de suspensión del contrato por maternidad, percibiendo la prestación a que se refieren los arts. 133 bis y 133 ter de la LGSS, y si es o no imprescindible que él y la madre trabajen y estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. La doctrina ha sido unificada por STS de 28 de diciembre de 2000, solamente quien es titular del derecho puede cederlo, por tanto al padre por más que esté afiliado a la Seguridad Social para que pueda disfrutarlo se lo debe ceder la madre. Ver J 2524 y J 2433.

STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2001, I.L. J 2245: Denegación por no estar la madre en alta o asimilada y porque corresponde originariamente a la madre estas seis semanas que tienen un tratamiento normativo específico.

STSJ de Aragón de 8 de octubre de 2001, I.L. J 2431: La excedencia para cuidado de hijo se considera como período de cotización efectiva y de alta.

STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2001, I.L. J 2524: La cesión del derecho a la prestación por maternidad sólo es posible cuando la madre tiene la titularidad de tal derecho. La cesión del descanso la podrá hacer la madre a favor del padre, pero la prestación económica sólo podrá ser cedida por la madre en el caso de que sea titular del derecho, la madre no lo tiene cuando no cumple el requisito de estar incluida en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social. Ver J 2419 y J 2433.

STSJ de Aragón de 11 de octubre de 2001, I.L. J 2433: La única titular del derecho al descanso es la madre, STS de 28 de diciembre de 2000. La madre puede transferir parcialmente el disfrute de este derecho al padre cuando ambos trabajen. Ver J 2524 y J 2419.

### 13. REGÍMENES ESPECIALES

#### Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Entre las numerosas sentencias que siguen dictándose acerca de los subagentes de seguros, a consecuencia de las impugnaciones del encuadramiento de los mismos en el RETA tras la campaña de visitas giradas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –apoyada en el criterio sentado en la STS de 29 de octubre de 1997 acerca del criterio de habi-

tualidad—, pueden señalarse las siguientes: La **STS de 17 de mayo de 2001**, I.L. J 1810; la **STS de 10 de julio de 2001**, I.L. J 1910; forman parte de una serie numerosa que reitera la misma doctrina, que concluye reiterándose en Sala General por la **STS de 1 de octubre de 2001**, I.L. J 2296; en las que se niega que pueda compararse la jurisprudencia dictada para los agentes y la referida a los subagentes de seguros, analizándose en sus Fundamentos de Derecho los caracteres distintivos entre ambas figuras, antes de concluir la ausencia de contradicción entre las sentencias aportadas para motivar el recurso unificador.

Respecto al encuadramiento de los subagentes de seguros en el RETA, la **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2001**, I.L. J 2574, ofrece una particular solución ya que considera que en el orden social de la jurisdicción sólo puede instarse el alta y no las cotizaciones que normalmente van parejas a la situación de afiliación y alta, concluye que el alta debe necesariamente hacerse efectiva con efectos retroactivos del inicio de la actividad, si bien apunta que las razones de equidad, proporcionalidad y seguridad jurídica puedan aconsejar a otro orden jurisdiccional no exigir con la misma eficacia retroactiva el pago de las cotizaciones mencionadas.

Si con arreglo a la Ley vigente al tiempo de efectuar las cotizaciones, éstas no son computables, no pueden utilizarse éstas para causar una prestación, aunque posteriormente la Disposición Adicional Novena de la LGSS reconociera plenos efectos a las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta. Así lo reitera la **STS de 24 de julio de 2001**, I.L. J 1880; tras realizar un resumen de la evolución jurisprudencial en este tema. Por este motivo, la **STS de 21 de noviembre de 2001**, I.L. J 2421, reafirma que quien estaba en alta en el RETA desde antes de primero de enero de 1994 (fecha de la entrada en vigor de la Ley 22/1993) no puede beneficiarse de lo establecido en la Ley 66/1987 con efectos de 1 de enero de 1998; por lo que, de acuerdo con lo regulado en las etapas anteriores, las cotizaciones anteriores al alta carecen de efecto para lucrar prestaciones.

La **STS de 26 de octubre de 2001**, I.L. J 2359, se plantea si los 90 días siguientes a la baja en el RETA deben entenderse como situación asimilada al alta, ya que si bien el art. 29 del RD 2539/1970, de 20 de agosto, como el art. 69 de la Orden de 24 de septiembre del mismo año prevén tal situación en los 90 días siguientes a la baja en el RETA, lo cierto es que ello se estableció cuando en tal Régimen Especial no se tutelaba la asistencia sanitaria ni la incapacidad temporal, contingencias estas que, tras diversos avatares, fueron incorporadas como optativas para los encuadrados en el RETA por el RD 43/1984, de 4 de enero. Al producirse tal ampliación en la cobertura “en los mismos términos y condiciones establecidos en el Régimen General”, debe concluirse que no existe la discutida asimilación al alta en los 90 días siguientes a la baja, por cuanto tampoco existe tal situación asimilada al alta en el régimen de referencia.

Una peculiar situación se da en relación a dos doctrinas ya incontrovertidas en relación con los trabajadores encuadrados en el RETA, a saber, y primeramente, que quien tenga concedido un aplazamiento de pago por parte de la Tesorería debe ser considerado como

## IX. Seguridad Social

que se halla al corriente de pago de la deuda aplazada, y –segunda– que para causar una pensión de viudedad debe el causante hallarse al corriente de pago de sus cotizaciones. En la **STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2001**, I.L. J 2238, se contempla un caso en el que el causante al momento de fallecer no se hallaba al corriente de pago de sus cotizaciones, y la viuda solicitó posteriormente el aplazamiento de pago de lo adeudado ante el requerimiento efectuado por la entidad gestora, siéndole concedido el aplazamiento solicitado. A partir del hecho de que fue un acto de la propia Tesorería General de la Seguridad Social quien situó a la beneficiaria en la condición de hallarse al corriente de pago de las cotizaciones a través de la extemporánea concesión de aplazamiento, resuelve la sentencia que el INSS debe satisfacer la pensión de viudedad solicitada, sin perjuicio de que proceda al simultáneo descuento de las cantidades adeudadas y aplazadas.

En relación a un trabajador que ostenta el control efectivo de la sociedad, fruto de su participación accionarial (siendo el resto controlado por su familia) y con amplios poderes y facultades para la dirección y representación de la sociedad, la **STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2001**, I.L. J 2260, rechaza que pueda considerarse como inoperativa la sociedad por el mero hecho de que la cafetería que planeaban abrir aún no estuviera abierta al público, ya que durante el período discutido se hallaba en proceso de reformas, lo cual constituye una actividad de la sociedad cuyo objeto social, además, no se circunscribía a la explotación del referido establecimiento, por lo que se concluye con la procedencia del alta en el RETA.

La afiliación a la Mutualidad de la Abogacía con anterioridad a la promulgación de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, excusa la afiliación en el RETA pero sólo a los efectos de las actividades jurídicas propias de la profesión de abogado; por consiguiente, quien además ostenta el control de una sociedad mediante la titularidad del 50 por ciento de las acciones de la misma, siendo el objeto social de la misma muy amplio, como lo ratifica el epígrafe del IAE en el que se encuadró a la misma, debe aceptar su afiliación y alta en el RETA, como la **STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001**, I.L. J 2267.

El cese en la actividad profesional por cuenta propia incumbe probarlo ante el Magistrado de Instancia a quien lo alegue en vistas a obtener la baja en el RETA, según la **STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2001**, I.L. J 2467; y no habiéndose acreditado en el caso enjuiciado el cese en la actividad de monitora de gimnasia por cuenta propia.

Quien produce seguros profesionalmente normalmente bien es un agente libre, bien se halla ligado a una compañía aseguradora por un contrato mercantil como agente; sin embargo, según la Ley de mediación de Seguros Privados de 1992 prevé que los empleados de tales compañías podrán allegar seguros en favor de su empresa sin que ello suponga un cambio en la relación laboral que les une, ya que tales contratos de seguro se entenderán realizados por dicha empresa a todos los efectos. Por ello, la **STSJ de Baleares de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2497, considera que la realización de tal actividad accesoria por parte de un empleado que formaba parte de la plantilla de una empresa aseguradora no es causa para su encuadramiento en el RETA, sin perjuicio de

que tal encuadramiento se establece para una fecha posterior en la que se suscribió un contrato de mediación mercantil.

La realización habitual de trabajos como veterinario por cuenta propia por los que se obtienen unos rendimientos mensuales de 200.000 pesetas origina el deber de encuadramiento en el RETA por parte de quien también es trabajador veterinario por cuenta ajena; ya que la prohibición de afiliación múltiple no impide la pluriactividad. **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de octubre de 2001, I.L. J 2463.**

### **Régimen Especial Agrario**

La **STSJ de Valencia de 3 de abril de 2001, I.L. J 1824**, se pronuncia sobre el encuadramiento de unas trabajadoras en una empresa dedicada a la transformación de productos agrarios. Una vez constatado en los hechos probados que los productos transformados proceden en parte de producción propia y en parte son comprados a terceros para después manipularlos y transformarlos, concluye que procede al encuadramiento en el Régimen General y no en el Agrario, ya que tal actividad con los productos ajenos no es ni tan sólo auxiliar de una propia actividad agraria.

El encuadramiento en el REA no es posible cuando las tierras cultivadas no sólo son las propias sino también las del cónyuge. La **STSJ de Valencia de 3 de mayo de 2001, I.L. J 1841**, presume dicha amplia dedicación cuando se insta el alta poco tiempo después de la declaración de incapacidad permanente absoluta del cónyuge, afiliado en el RETA por dedicarse al cultivo de las tierras de ambos esposos, constando que los predios de ambos cónyuges siguen siendo explotados, presumiblemente por quien ahora es el único con capacidad para cuidar de tales propiedades familiares.

Los trabajadores fijos discontinuos gozan del derecho a ser llamados cuando cíclicamente se precisan sus servicios, y en caso contrario pueden accionar por despido, lo cual no está al alcance de los trabajadores eventuales. Tal diferencia en su régimen jurídico sirve a dos **SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de junio de 2001, I.L. J 1858; e I.L. J 1860** para negar la asimilación de ambas categorías en cuanto al derecho a percibir el subsidio por desempleo reservado a los trabajadores eventuales.

La **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2001, I.L. J 1943**, analiza el requisito de que la actividad agraria realizada por cuenta propia sea el “medio fundamental de vida” para acceder al encuadramiento en este Régimen Especial; e interpreta –de acuerdo con una reiterada doctrina– que ello exige que el rendimiento obtenido no sea simbólico o anecdótico, sin que deba necesariamente ser el principal ingreso familiar; y rechazando –con rotundidad y con apoyo en diversos preceptos constitucionales– que tal requisito del REA deba interpretarse como que los ingresos de la actividad agraria deban ser superiores a los obtenidos por el cónyuge en otra actividad.

## IX. Seguridad Social

La STSJ de La Rioja de 6 de noviembre de 2001, I.L. J 2425, afronta un caso más en el que con detalle se expone la situación de un trabajador agrario por cuenta ajena que ingresaba puntualmente y directamente en la oficina bancaria sus cotizaciones, salvo el mes en el que fue dado de baja médica en el que las cotizaciones se ingresaron no sólo pasados diez días del plazo legal que finalizaba el 31 de diciembre, sino también una vez obtenida la baja médica. La sentencia recuerda la reiterada jurisprudencia acerca del rigor observable en el cumplimiento del requisito de hallarse al corriente de pago para causar una prestación por incapacidad temporal, y la imposibilidad de inobservar por razones de equidad el claro texto legal, razones que en todo caso deberían ser atendidas por el legislador.

La STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001, I.L. J 2613, interpreta el texto del artículo 45.1.4.a) del RD 84/1996, de 26 de enero, que relata las causas por las que un trabajador puede ser dado de baja del Censo del Régimen Especial Agrario, concluyendo que, sin duda alguna y en base a la interpretación gramatical, se trata de dos causas alternativas: o la inactividad en labores agrarias por un período superior a tres meses, o por dedicarse a otros trabajos lucrativos por tiempo superior a noventa días consecutivos; y siendo éste el caso enjuiciado concluye con la ratificación de la baja efectuada de oficio por la entidad gestora.

### Régimen Especial de la Minería del Carbón

El artículo 22 de la Orden de 3 de abril de 1973 permite a los pensionistas por invalidez de este Régimen acceder a una pensión de jubilación que les será abonada con el descuento de las cotizaciones mínimas que hubieran sido necesarias para causar normalmente tal derecho. Entre las previsiones que realiza la mencionada disposición no figura el supuesto de que pueda fallecer el pensionista antes de haber abonado este peculiar débito, y la Entidad Gestora interpretó que la pensión de viudedad calculada a partir de la base reguladora de tal pensión de jubilación, debía ser minorada en proporción a las cuotas no satisfechas. La STSJ de Cantabria de 6 de julio de 2001, I.L. J 1946, como ya lo hiciera en dos sentencias de 1993 el TSJ de Asturias, responde negativamente a esta posibilidad por entender que la laguna legal no debe ser rellenada perjudicando a la viuda, ni puede entenderse que ésta sea heredera de la deuda de cotizaciones.

### Régimen Especial de Empleados de Hogar

La STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001, I.L. J 2533, enjuicia un supuesto en el que la Tesorería General de la Seguridad Social dejó sin efecto el alta de una trabajadora en el Régimen Especial del Servicio Doméstico por no haberse acreditado la realización de Trabajos con la duración mínima que exige el requisito de profesionalidad. La sentencia reconoce que antaño se acogieron por la misma Sala los criterios ministeriales recogidos en una circular nunca publicada en el BOE, sin embargo tales criterios que ya fueron atacados en cuanto a su legalidad por una STSJ de Valencia de 17 de junio de 1992, no pueden ser hoy aplicables dado que, por una parte, el Reglamento General

sobre inscripción de empresas, afiliación, etc. (RD 84/1996, de 26 de enero) regula la dedicación parcial al servicio doméstico remitiendo a un mínimo que debiera haber sido establecido por el Ministerio de Trabajo; y, por otra parte, que la legislación de Seguridad Social que antaño limitó con carácter general la protección a los trabajadores a tiempo parcial que no alcanzaran una determinada dedicación, hoy –tras el RDL 15/1998, de 27 de noviembre– acogen plenamente a los mismos sin exigir ningún porcentaje mínimo de actividad, por lo que concluye que no es posible negar el encuadramiento en este Régimen especial en base a una escasa dedicación.

La **STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001**, I.L. J 2540, considera que la entidad gestora posee facultades para revisar de oficio y declarar sin efecto un alta indebida si el encuadramiento se hubiese realizado en base a omisiones o inexactitudes del beneficiario, que constatados por la Inspección de Trabajo tras la jubilación del mismo, motivaron la declaración de oficio de “alta indebida”.

#### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

La práctica totalidad de la jurisprudencia en la materia hace referencia a un mismo supuesto, por otra parte ya resuelto en anteriores ocasiones por el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 29 de noviembre de 2000). Expuesto de forma sucinta, la cuestión es la que sigue. El artículo 30, apartado 2.2 de la anterior LISOS, tras la modificación operada por la Ley 50/1998, en concreto por su artículo 36.16, fue suprimido. Ello llevó a que numerosos órganos judiciales consideraran, incurriendo en error material, que la conducta sancionable en él contemplada había desaparecido cuando, en realidad, su contenido permanecía vigente, aunque incardinado en un precepto diferente, en concreto, en el artículo 17. No se llevaba a cabo, pues, una supresión de aquél, deviniendo por tanto no sancionable la conducta en el mismo descrita –con lo cual se introducía una normativa sancionadora más favorable–, sino que la norma persistía, aunque en otro lugar del texto legal: se producía una simple modificación en la sistemática de la ley (en este sentido **STS de 12 de julio de 2001**, I.L. J 1899, **STS de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 1997, **STS de 11 de junio de 2001**, I.L. J 2160 o **STS de 19 de julio de 2001**, I.L. J 2171).

Por otro lado, la **STSJ de Cantabria de 5 de julio de 2001**, I.L. J 1949, se refiere a la valoración que debe realizar el órgano judicial de las actas de la Inspección de Trabajo. En este sentido, manifiesta que aquél debe valorar libremente los diferentes medios de prueba que se aporten a fin de formar su convicción sobre el relato fáctico en que pueda fundamentarse la sanción. En lo referente al acta de la Inspección, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, su valor cualificado únicamente viene determinado, se limita, exclusivamente a los hechos en ella establecidos, “lo que resulta coonestado con el principio de presunción de inocencia y con la aplicación restrictiva de la potestad sancionadora”.

### 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La STS de 10 de abril de 2001, I.L. J 1808, desestima un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por un preceptor del subsidio por desempleo, en el que se discute si procede imponer intereses a la entidad gestora. El Tribunal señala que hay que distinguir dos circunstancias. Una, según la cual, la cantidad adeudada (y que comprende la condena) ha sido ya satisfecha dentro de los tres meses previstos en el art. 45 de la Ley General Presupuestaria. Una segunda, en función de la cual, durante el tiempo transcurrido desde dicha sentencia hasta que se dicta la de casación no estaba la entidad obligada a su abono, ya que no podía realizarlo por carecer de título que justificara el pago, por prohibirlo el art. 141 de la propia Ley Presupuestaria. Por ello, hecha efectiva la cantidad dentro del plazo previsto, el Tribunal Supremo entiende que no se le imponga a la entidad gestora este gravamen.

La STS de 10 de julio de 2001, I.L. J 1909, analiza un supuesto en el que se discute la competencia del orden jurisdiccional social en el supuesto en que se produce el incremento de las bases de cotización como consecuencia de un incremento salarial (durante un período de ocho años). Según el Tribunal Supremo, la competencia es del orden social, ya que en este caso no se está tratando de resolución alguna de la TGSS, sino simplemente de cuantificar el importe de la base de cotización, con el consiguiente reflejo en la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social.

En la STS de 20 de junio de 2001, I.L. J 1816, en unificación de doctrina se reitera la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, según la cual existe una falta de competencia del orden jurisdiccional social para entender de las tercerías de mejor derecho, surgidas en el marco de un procedimiento administrativo de recaudación en vía ejecutiva.

Según la STS de 23 de julio de 2001, I.L. J 1876, se da incongruencia omisiva en un caso en el que no se entró a conocer de todos los puntos litigiosos. El trabajador solicitaba que se le declarase en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, y subsidiariamente, parcial para la profesión habitual derivada de accidente no laboral. El Tribunal Superior de Justicia entendió que las dolencias padecidas por el solicitante no impedían el correcto desempeño de sus tareas, pero ninguna referencia se contenía en la sentencia respecto a la petición subsidiaria, por lo que el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que se incurrió en incongruencia omisiva.

En relación al aspecto de si las entidades gestoras gozan del beneficio de justicia gratuita, se pronuncia la STS de 23 de octubre de 2001, I.L. J 2511, en unificación de doctrina, reiterando la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, según la cual el INSALUD también debe disfrutar de este beneficio, y de conformidad con ello no puede ser condenado en costas, salvo en el caso excepcional en el que se apreciara temeridad en su actuación y se argumentara sobre ello previamente.

El Tribunal Supremo, en la STS de 29 de octubre de 2001, I.L. J 2506, ha señalado que la responsabilidad derivada de los daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por los centros sanitarios concertados con la Seguridad Social, da

lugar a la tramitación administrativa, correspondiendo a dicha jurisdicción su revisión. Las instituciones y centros sanitarios de las mutuas tienen la condición de entidades del Sistema Nacional de Salud, y en consecuencia la exigencia de responsabilidad por los daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria defectuosa se han de regir por la Disposición Adicional Duodécima de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. En este sentido, los ingresos que las mutuas obtengan como consecuencia de las primas de accidentes de trabajo, así como los bienes muebles e inmuebles en que puedan invertir dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de éstas. Además, el Ministerio de Trabajo ostenta las facultades de dirección y tutela sobre las mutuas.

Sin embargo, la **STSJ de Asturias de 28 de septiembre de 2001**, I.L. J 2035, se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo expuesta con anterioridad, al señalar que, en el supuesto en el que la demandada es una mutua patronal –y, por tanto, una persona de derecho privado–, la competencia es del orden social. De las responsabilidades en que incurra por incumplimiento o cumplimiento negligente de sus obligaciones asistenciales (en el supuesto de hecho se trata de la reclamación de una indemnización, a cargo de la mutua aseguradora, por daños y perjuicios derivados de la incorrecta prestación de asistencia sanitaria) no tiene por qué entender la jurisdicción contenciosa, ya que la relación que la mutua gestiona, aunque sea una relación de Seguridad Social, y como tal, perteneciente al Derecho público, no hay en este caso ningún sujeto administrativo.

En la **STSJ de Cantabria de 3 de septiembre de 2001**, I.L. J 2144, se discute cuándo debe ser computado el momento en el que comienzan a correr los intereses por mora de la entidad Gestora. Éstos se computan desde la sentencia de instancia, pero hay que distinguir entre firmeza de la sentencia y ejecutoriedad de la misma, lo que hace posible considerar que los intereses han de correr desde los tres meses desde el dictado de la sentencia de instancia.

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 responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilación anticipada. f) Jubilación complementaria. g) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 9 a 12 de 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1770 a J 2626).

### 1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

#### C) Nivel contributivo

##### a) Sujetos beneficiarios

Nuevamente vuelve a plantearse ante los tribunales el problema del encuadramiento en el sistema de Seguridad Social de los socios-administradores de las sociedades de capital, y de la procedencia o no de la concesión de la prestación por desempleo a los mismos. Así, respecto a un trabajador de una empresa de la que es titular del 25 por ciento de las participaciones sociales, la cuestión principal se centra en determinar si existe o no relación laboral. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones entendiendo que la simple condición de socio no es incompatible con la de trabajador en la misma sociedad y que la pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad no es obstáculo al reconocimiento de una relación laboral común desarrollada simultáneamente con dicha sociedad.

La compatibilización de relaciones societarias y laboral, no conllevan, si se acredita el predominio de la laboral, la exclusión del derecho a la prestación por desempleo, pues se cumple la condición de ajenidad del socio. En consecuencia, en el caso resuelto por la **STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2001**, I.L. J 2211, la condición de socio se limita a una participación minoritaria, que, por sí sola no puede imponer su voluntad, ni tomar decisiones capaces de vincular a la sociedad, por tanto ha de considerarse a este trabajador como trabajador por cuenta ajena y reconocer su derecho al percibo de la prestación por desempleo. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 26 de octubre de 2001**, I.L. J 2535.

La **STS de 8 de octubre de 2001**, I.L. J 2062, sin embargo, condena al demandado a la devolución de las cantidades percibidas en concepto de capitalización de la prestación por desempleo en su nivel contributivo, pues el mismo, en virtud de escritura pública tiene conferidos poderes para realizar las mismas funciones que los estatutos sociales atribuyen al gerente, en consecuencia, su cargo de apoderado es equiparable al de administrador. Hemos de resaltar, que sin embargo, se llegó a la solución contraria en la **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1999**, en la que se estableció que: siguiendo una doctrina consolidada del Tribunal Supremo, los cargos de gerente, director general financiero, comercial, etc., aparecen como funciones diferentes a las desempeñadas por el Consejo

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de Administración, subordinándose a éste. Por tanto, estas funciones resultan perfectamente compatibles con la relación laboral por cuenta ajena, protegida e incardinada en el artículo 205 LGSS.

### b) Requisitos de acceso a la protección

De nuevo el Tribunal Supremo se pronuncia acerca de si procede o no sancionar con la extinción de la prestación por desempleo a un trabajador que no ha comunicado al INEM, sin causa justificada, la realización de un trabajo por cuenta ajena al tiempo de percibir la prestación. El Tribunal, en este caso, mantiene la línea ya contenida en numerosas sentencias anteriores y tipifica como infracción grave la conducta del trabajador, pues no es determinante la modificación fáctica operada en la LISOS por la Ley 50/1998 ya que el contenido del precepto suprimido (artículo 30.2.2 de la LISOS) se mantiene, si bien incardinado en diferente artículo (artículo 17.3 de la LISOS). **STS de 12 de julio de 2001**, I.L. J 1899. en el mismo sentido, **SSTS de 11 de junio de 2001**, I.L. J 2160, de **3 de julio de 2001**, I.L. J 1690, de **19 de julio de 2001**, I.L. J 2171, de **20 de julio de 2001**, I.L. J 1736 y de **24 de septiembre de 2001**, I.L. J 1997.

Las situaciones de fraude de ley para lograr la obtención de las prestaciones por desempleo siguen suscitando una numerosa labor jurisprudencial, así, concretamente la **STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2001**, I.L. J 1937, deniega la prestación por desempleo a una trabajadora que cesó voluntariamente en la prestación de servicios por tiempo indefinido, para posteriormente suscribir un contrato por circunstancias de la producción. El Tribunal entiende que no puede estimarse constitutiva de situación legal de desempleo la contratación de corta duración que sigue a una relación laboral por tiempo indefinido si las circunstancias de la nueva contratación no revelan otra finalidad que la obtención de las prestaciones de desempleo, como ocurre en el caso estudiado. En este sentido la STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2000, I.L. J 492, establece que cuando se produce el cese voluntario en un empleo fijo con posterior contratación temporal en condiciones menos favorables, sirviendo esa contratación posterior únicamente para “preconstituir” una situación legal a la que, atendiendo a la realidad frente a la apariencia, no se tendría derecho, cabe apreciar existencia de fraude de ley. Sin embargo, hemos de decir que los Tribunales Laborales vienen utilizando la técnica de la sanción por fraude de ley prevista en el artículo 6.4 CC con excesiva amplitud, y no siempre su aplicación es correcta, pues es necesario estar al caso concreto, sopesando cuidadosamente los diversos elementos probatorios para determinar si existe o no conducta fraudulenta, ya que el fraude de ley nunca se presume. Así, la **STSJ de Murcia de 8 de octubre de 2001**, I.L. J 2488, establece que: “el fraude de ley requiere la probanza de hechos inequívocamente reveladores de la intención fraudulenta”. En el mismo sentido se expresan las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2001, I.L. J 612, y Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2001, I.L. J 647.

A pesar de lo que venían manteniendo determinados Tribunales Superiores de Justicia e incluso en propio TS (Sentencia de 22 de septiembre de 1992), la jurisprudencia más reciente coincide en la posibilidad de considerar como situación legal de desempleo aquellos casos en lo que se produce un despido improcedente conciliado administrati-

vamente con una indemnización menor de 35 días de salario, si la misma se justifica por la escasa duración del contrato; lo contrario supondría asignar a la norma una finalidad diversa de la perseguida ya que erradicaría prácticamente la posibilidades de conciliación en estos casos. En este sentido se expresa la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1859, en el mismo sentido STSJ de Valencia de 1 de febrero de 2000, I.L. J 1031. Sin embargo, recientemente es posible encontrar pronunciamientos contrarios, como el establecido por la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2001**, I.L. J 2446, que establece que: “hay que dar pleno valor a la conciliación, y por tanto, a la cantidad pactada, de tal forma que si no alcanza los 35 días de salario no puede obtenerse la prestación por desempleo”.

#### f) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STSJ Andalucía (Granada) de 25 de junio de 2001**, I.L. J 2122, se pronuncia acerca de la procedencia o no de la prestación por desempleo cuando se produce el cese en un contrato temporal en actividad agraria. El recurrente suscribió un contrato temporal “por lanzamiento de nueva actividad” con una duración inicial de doce meses, que posteriormente se ven prorrogados hasta tres años y este hecho sirve al recurrente para fundamentar el carácter fijo de su relación laboral, por haberse superado el período de un año en la prestación de servicios ( y ello por aplicación del Convenio Colectivo que rige en su relación en el cual se puntualiza que tienen la condición de fijos los trabajadores adscritos a una o varias explotaciones de un mismo titular una vez transcurrido un año ininterrumpido desde la fecha en que hubiese comenzado la prestación de servicios).

No obstante el TSJ entiende que las normas que regulan la duración de los contratos temporales legalmente reconocidos son de derecho necesario y como tales integran el orden público laboral, quedando sustraídas a la autonomía de la voluntad, por tanto, concluye el TSJ que la relación laboral no ha sido como trabajador fijo, sino temporal, y como tal no se encuentra incluido en las previsiones del RD 1469/1991, de 19 de junio, ni, en consecuencia, en el ámbito de protección de la prestación por desempleo.

Como es sabido, como regla general, cuando el cese en el empleo se produce por voluntad del trabajador no se estima existencia de situación legal de desempleo, y por tanto, no se puede tener acceso a la prestación por desempleo. Sin embargo, en el caso resuelto por el **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 2 de julio de 2001**, I.L. J 2125, el INEM no aporta ninguna prueba que demuestre que el cese en el empleo ha sido voluntario, por lo que se desestima el recurso interpuesto, y se entiende que el trabajador tiene derecho a percibir la prestación por desempleo del nivel contributivo que le corresponde. Es más, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, se entiende que:

“(…) la falta de reclamación jurisdiccional del trabajador ante la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo suscrito por tiempo determinado no convierte a dicha extinción en cese por voluntad del trabajador ni equivale por tanto a renuncia del derecho”.

En este sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla La Mancha de 25 de abril de 2001**, I.L. J 916.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Del artículo 221.1 LGSS se deriva la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo a tiempo parcial. En el supuesto de cese en un trabajo a tiempo completo y posterior realización de un trabajo a tiempo parcial, es necesario para que exista esa compatibilidad que el trabajador solicite la prestación al cesar en su trabajo a tiempo completo, si no lo hace así el momento del hecho causante será el cese efectivo en el trabajo a tiempo parcial, pues como establece la **STSJ Asturias de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1795,

“(…) es cierto que si el actor hubiese solicitado las prestaciones de desempleo al cesar en su trabajo a tiempo completo hubiese recibido prestaciones de desempleo de mayor importe, pero esa situación obedece a sus propios actos, pues ningún obstáculo tenía para solicitarlas en el momento de su cese sin que sea admisible admitir violentar las normas para llegar a un resultado que es contrario a las reglas imperativas aplicables al supuesto litigioso como es el fijar como hecho causante un momento diverso al cese efectivo en el trabajo”.

### D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

#### a) Requisitos generales

Para acceder al subsidio por desempleo es necesario acreditar la existencia de una efectiva situación de necesidad, que se evidencia mediante el cumplimiento del requisito de carencia de rentas superiores en importe mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional. En la materia se ha vertido numerosa jurisprudencia destinada a esclarecer el concepto de renta. De entre esta jurisprudencia destaca la **STS de 31 de mayo de 1999**, dictada en unificación de doctrina, según la cual renta equivale a la utilidad o beneficio que recibe anualmente una cosa, o lo que de ella se cobra y también lo que paga en dinero o en frutos un arrendatario. No tienen el concepto de rentas las cantidades destinadas a compensar un gasto ajeno a necesidades personales y de subsistencia, como son el plus de desgaste de herramientas ni los gastos de desplazamiento. **STS de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2360, en análogo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2001**, I.L. J 2253.

Basándose en esta orientación jurisprudencial, la **STSJ de Extremadura de 3 de septiembre de 2001**, I.L. J 2151, no computa como renta lo concedido a la actora por la Junta de Extremadura por la construcción en autopromoción de vivienda, a fin de superar o no el umbral que señala el artículo 3.2 del RD 5/1997, para la obtención del subsidio por desempleo agrario. En este sentido es interesante la **STS de 18 de septiembre de 2001**, I.L. J 2186, que resuelve un caso en el que la renta de unidad familiar supera el umbral exigido legalmente para tener acceso al subsidio por desempleo, estableciendo el tribunal qué conceptos deben computarse para obtener el nivel de renta de la unidad familiar.

Cuando se trate de rentas plurianuales, éstas habrán de imputarse al espacio temporal que corresponda. **STSJ de Madrid de 10 de julio de 2001**, I.L. J 2081.

Respecto al supuesto debatido frecuentemente por la jurisprudencia, relativo a la percepción de la prestación de desempleo por trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en empresas familiares, el artículo 1.3.e) ET y el artículo 7.2 LGSS excluyen de

la protección de la Seguridad Social los trabajos familiares, siempre que exista convivencia con el empresario, salvo que se demuestre, por quien la invoca, la condición de asalariado de quienes lo llevan a cabo. Por tanto deberá quedar destruida la presunción mediante la acreditación suficiente de la condición de asalariado del familiar. En este sentido, llama la atención la conclusión a la que se llega por la **STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2001**, I.L. J 2268, en la que se resuelve un caso en el que concurren dos elementos de los que se podría extraer la existencia de fraude de ley para la obtención del subsidio por desempleo. Estos dos elementos son, en primer lugar el parentesco de la actora con la administradora de la empresa, y en segundo lugar, el hecho de que la prestación de servicios sólo durara un mes, el tiempo suficiente para completar el período de carencia necesario por la actora para poder acceder al subsidio por desempleo. De ambos hechos se podría derivar la existencia de connivencia entre la actora y su hermana, administradora de la empresa, para percibir el subsidio por desempleo; sin embargo el Tribunal entiende que al no existir otro dato que la relación de parentesco de la actora, la Sala no puede compartir la conclusión de que no existía ajeneidad en la prestación de servicios, porque además de que el vínculo familiar no es relevante cuando se trata de una sociedad anónima, ni siquiera consta que la hermana de la recurrente tuviera la más mínima participación económica en dicha entidad. Concluye el Tribunal que el hecho en exclusiva de que la efectiva prestación de servicios sólo durara un mes, no permite presumir el fraude. También en un sentido favorable a la concesión de la prestación por desempleo en el supuesto de trabajos familiares, se pronuncian las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de mayo de 2001**, I.L. J 2438 y de **25 de julio de 2001**, I.L. J 2448.

## **b) Beneficiarios**

### **a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares**

La **STSJ de Valencia de 25 de abril de 2001**, I.L. J 1837, contempla un supuesto que versa sobre la inclusión como carga familiar del hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes al momento del hecho causante. Del artículo 18.2 RD 625/1985, de 2 de abril, se desprende que las responsabilidades familiares habrán de concurrir en la fecha del nacimiento del derecho al subsidio, excepto en el supuesto de hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes. Dicha excepción determina que sea la fecha del nacimiento del hijo la coincidente con el hecho causante a efectos de comprobar los requisitos de acceso al subsidio. Este criterio se extrae asimismo de otras Sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas las de 30 de junio y 27 de julio de 2000.

### **b') Subsidio de prejubilación**

Los períodos en los que ha existido inactividad forzosa, y por tanto, falta de obligación de cotizar, han de considerarse como paréntesis no computable a efectos de carencia específica exigible para la prestación que se solicita. La razón de este paréntesis se encuentra en la imposibilidad de cotizar durante el período de paro voluntario. **STS de 25 de mayo de 1999**, I.L. J 793 y **STSJ Galicia de 26 de septiembre de 2001**, I.L. J 2218.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

El momento para determinar la concurrencia del requisito de carencia de rentas superiores al mínimo legal, debe identificarse con la fecha de la última solicitud y no con la del momento en que el demandante cumplió 52 años. En todo caso, si se extinguiese el derecho por superar el límite de rentas, cabe solicitar, una vez iniciada la percepción, nuevamente el derecho si en el futuro vuelven a concurrir los requisitos legales. Esta línea jurisprudencial es la que ha inspirado al Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, pues entiende que, si la carencia de rentas y la tenencia de responsabilidades familiares son exigibles en todo el tiempo en que dura la prestación, debe entenderse que el cumplimiento sobrevenido de estos requisitos constitutivos en quien no concurría en un momento anterior significa la producción del hecho causante del subsidio del nivel asistencial, y el acceso de los mismos a las prestaciones correspondientes. **STS de 3 de julio de 2001**, I.L. J 2162, en el mismo sentido **STS de 3 de febrero de 1999**, entre otras.

Sigue suscitando la actividad de los tribunales la procedencia o no del cómputo de las cotizaciones efectuadas por trabajadores españoles en países integrados en la Unión Europea para la cobertura de los períodos que condicionan el acceso a las prestaciones por desempleo. Esta cuestión se resuelve en un sentido positivo por el Reglamento 1408/1971, en su artículo 67, y concretamente para el subsidio por desempleo para mayores de 52 años encontramos pronunciamientos favorables dictados por el TJCE, como por ejemplo, la Sentencia M.L. y otros de 20 de febrero de 1997. Asimismo, el Tribunal Supremo sigue reconociendo la posibilidad de acceder al subsidio de prejubilación computando los períodos cotizados en otros países europeos. **STS de 15 de octubre de 1999**.

En esta materia, el **TSJ de Andalucía (Granada) en Sentencia de 5 de junio de 2001**, I.L. J 2118, determina que si el interesado no presenta ante la institución competente, junto con su solicitud del subsidio, un certificado que acredite los períodos de seguro o empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación a que haya estado sometido en otro Estado miembro, será dicha institución la que deberá dirigirse a la correspondiente del otro Estado para obtenerla. Por tanto, el INEM tenía que haber interesado de la autoridad competente, Francia, en este caso, los datos correspondientes a las cotizaciones del trabajador si pretendía demostrar que tales cotizaciones no eran útiles a efectos del subsidio por desempleo solicitado.

### c') Subsidio de desempleo para trabajadores eventuales del campo

Para la obtención de este subsidio es necesario, como pone de manifiesto el RD 5/1997, de 19 de enero, haber cotizado un mínimo de 35 jornadas, y por tanto las jornadas cotizadas como trabajador fijo-discontinuo no pueden ser utilizadas para la obtención de esta prestación asistencial, pues la condición de trabajador fijo-discontinuo no está dentro del ámbito de protección del subsidio para trabajadores eventuales del REA, y como establece el **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en Sentencia de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1858, “no es posible la interpretación que entiende que los trabajadores discontinuos habrán de ser considerados como contratados por tiempo determinado, es decir, eventuales”. En el mismo sentido **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1860.

#### d') Otros subsidios especiales

Para poder tener acceso al subsidio por desempleo para liberados de prisión, el artículo 215.1.d) LGSS exige haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. La razón de ser del subsidio es proteger a quien al salir de prisión estuvo desvinculado de la actividad normal y privado de realizar un trabajo cotizable durante más de seis meses, por lo que es exigible una ininterrupción en la privación de la libertad real y efectiva, que no es superable, como ocurre en el caso estudiado por la **STSJ de Valencia de 18 de mayo de 2001**, I.L. J 1853, con lo días que estuvo el recurrente privado de libertad por la misma causa, pero en tiempo muy distante del período debido a considerar. En el mismo sentido **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de junio de 1999**.

#### E) Prestaciones accesorias y complementarias

La Orden Ministerial de 5 de abril de 1995 [artículos 1, apartados 4 y 5; y 2.e) y f)], establece las normas con carácter general en orden a la concesión de ayudas extraordinarias y complementarias de las prestaciones por desempleo con la finalidad de paliar la falta de cobertura de la prestación de desempleo de aquellos trabajadores que se hayan visto afectados por otros expedientes de regulación de empleo anteriores, con suspensión de las relaciones de trabajo de los mismos. Sin embargo, para poder disfrutar las mismas, es necesario que se agoten las prestaciones por desempleo que fueron concedidas, siguiendo en dicha situación. La **STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2001**, I.L. J 1947, resuelve un caso en el que el causante fallece antes de ocurrir lo señalado e incluso antes de dictarse la resolución en la que se concedía la ayuda. Sus herederos pretenden que se les conceda la ayuda extraordinaria reconocida al causante. Sin embargo, el Tribunal entiende que "(...) si las ayudas no se conceden a aquellos trabajadores que hayan encontrado empleo, precisamente por no encontrarse en la situación de desempleo, de igual forma debe entenderse que no se da dicha situación en el caso de autos por fallecimiento del trabajador".

#### F) Gestión, financiación y pago

La ley reconoce a la Entidad Gestora especiales facultades sobre todo en materia de vigilancia y control del abono de las prestaciones, reanudación y suspensión de las mismas, reintegro de las abonadas indebidamente, etc. Así, ya la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, dispuso de forma clara, en su artículo 22, equivalente al actual artículo 227 LGSS, que corresponde al INEM exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores, lo que implica la facultad del Instituto de revisar la concesión de aquellas prestaciones que hubieran sido incorrectamente reconocidas, puesto que la efectividad de la devolución, exige, previamente, dejar sin efecto el reconocimiento inicial de la correspondiente prestación. La actora en la **STS de 29 de junio de 2001**, I.L. J 1821, alega la infracción del artículo 145 LPL ya que entiende que el INEM debió plantear demanda ante el Juzgado de lo Social, en lugar de invalidar por sí mismo el acto de concesión de la prestación anteriormente reconocida. El Tribunal

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Supremo entiende, siguiendo un criterio jurisprudencial constante consagrado por la sentencia de la Sala General de 29 de abril de 1996, que en el ámbito de las prestaciones por desempleo no entra en juego el artículo 145 LPL, sino el artículo 227 LGSS, en relación con el artículo 226; el actual artículo 227 LGSS se configura como una norma especial que constituye una excepción al principio y regla general que contiene el artículo 145 LPL. En el mismo sentido se expresan las SSTS de 10 de febrero de 2000, I.L. J 116, 28 de febrero de 2000, I.L. J 150 y de 14 de junio de 2001, I.L. J 1814.

### G) Valoración final

La jurisprudencia analizada durante este período mantiene una sustancial identidad con las líneas de política judicial del derecho ya afirmadas precedentemente por el Tribunal Supremo, y por la doctrina judicial en materia de desempleo, de manera que no se han producido importantes novedades ni en lo cuantitativo, ni en lo cualitativo, en relación con los principales puntos firmes de la prestación por desempleo.

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### a) Requisitos de acceso a la protección

– Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados

El cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados sigue siendo una cuestión objeto de sentencias contradictorias pese a existir ya una reiterada jurisprudencia al respecto dictada, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo. De nuevo este órgano jurisdiccional vuelve a establecer 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 sólo los posteriores al 1 de enero de 1962, fecha en que se creó la primera mutualidad de trabajadores autónomos. En la **Sentencia de 5 de octubre de 2001**, en u.d., I.L. J 2060, el Tribunal Supremo considera, en base al principio de igualdad que consagra el art. 14 de la CE, que:

“lo que ya no resulta posible sostener es que la Ley 13/1996 haya pretendido, además, establecer para el colectivo de sacerdotes y religiosos/as de la Iglesia Católica secularizados un nivel de protección para la jubilación superior aquel que la legalidad vigente dispensa al resto de los trabajadores, incluidos aquellos que quedaron encuadrados en el RETA desde el momento mismo de la creación de éste y venían desarrollando su actividad con anterioridad a esta creación”.

En el mismo sentido se pronuncian también las SSTS de 10 de octubre de 2001, I.L. J 2069; de 25 de noviembre de 2001, I.L. J 2200; de 24 de octubre de 2001, I.L. 2350; de 25 de octubre de 2001, I.L. J 2352 y de 28 de noviembre de 2001, I.L. J 2423.

También a efectos de la pensión de jubilación de religiosos secularizados la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2001, I.L. J 2581, pone de manifiesto que “el legislador ha permitido a los religiosos secularizados para el cómputo de los años de actividad en la Iglesia Católica, en que no pudieron cotizar, en su momento, la cotización posterior, mediante la capitalización del capital coste”, por lo que esto no puede considerarse como “compra de pensión”.

## b) Contenido de la prestación

### a') Base reguladora

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en distintos países

Diversas cuestiones se han planteado en el período reseñado en relación con la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación cuando se trata de trabajadores migrantes que han completado los períodos de cotización en diversos países pertenecientes a la Unión Europea.

En la STS de 9 de octubre de 2001, u.d., I.L. J 2321, se plantea si para la aplicación del “principio *pro rata temporis*” a efectos de determinar el porcentaje de pensión que corresponde abonar a la Seguridad Social española (el actor había cotizado a la Seguridad Social alemana y a la española, habiendo estado incluido en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar), ha de tomarse en consideración tan sólo los períodos realmente cotizados por el trabajador correspondientes al tiempo durante el que estuvo empleado, o si por el contrario procederá computar también algunos períodos no cotizados pero a los que la legislación española les atribuye tal condición, como ocurre respecto a las cotizaciones que se hubieran realizado antes del 1 de enero de 1967 al Mutualismo Laboral (1 de agosto de 1970, en relación con el Régimen Especial del Mar), y la bonificación de cuotas que derivan de la previsión reductora de la edad de jubilación para los trabajadores de este Régimen Especial.

En cuanto a las cotizaciones ficticias por edad su inclusión en el principio *pro rata temporis* es aceptada por el Tribunal Supremo ya que quedan incluidas en la expresión “período de seguro” que se utiliza en el art. 46 del Reglamento 1408/1971 (“significa períodos de cotización, empleo o actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideraran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro”) (tesis mantenida también en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 y de 26 de junio de 2001, I.L. J 1697 y 1497, a las que se hace referencia en el número 9 de esta Revista).

En cambio, por lo que se refiere a las cotizaciones ficticias por bonificación legal no pueden aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que “no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios”, puesto que se trata de cotizaciones completamente ficticias que no obedecen a ninguna presunción de realidad y ni siquiera son anteriores al hecho causante.

Sobre si el cálculo de la pensión teórica debe efectuarse sobre las bases reales de cotización del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española con las correspondientes revalorizaciones o, por el contrario, se debe calcular la pensión utilizando como base de cotización las bases mínimas, la **STS de 11 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2326, partiendo de la respuesta dada por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, como respuesta a una cuestión prejudicial, considera que, de acuerdo con el Reglamento (CEE) 1248/92, la pensión debe ser calculada sobre las bases reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza. Ello sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, al margen de las normas comunitarias, un convenio bilateral de seguridad social, suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTSJ de Asturias de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1794, y **de 5 de octubre de 2001**, I.L. J 2464.

Estos criterios son aplicados en la **STS de 15 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2408, donde, por un lado, se declara la aplicación preferente del Convenio Hispano-alemán de seguridad social al ser más beneficioso para el asegurado; y, por otra parte, se determina el cómputo del abono de años de cotización por edad a efectos del porcentaje aplicable a la pensión efectiva española.

– Bases de cotización mejoradas

En la **STSJ de Valencia de 4 de mayo de 2001**, I.L. J 1842, se reconoce el derecho consolidado a una mayor base reguladora de la pensión de jubilación como consecuencia de unas bases mejoradas que fueron autorizadas administrativamente, por las Entidades gestoras de la Seguridad Social, ya que aunque a partir de 1979, con el nuevo sistema de cotización que estableció el RD 82/1979, no cabe aceptar el incremento por bases mejoradas, la ley no puede alterar los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia.

### e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones y bajas incentivadas

En diversas Sentencias se plantean problemas de interpretación relacionados con los Planes de prejubilaciones y bajas incentivadas, poniéndose de manifiesto por la jurisprudencia que dichos Planes constituyen un negocio jurídico estipulado en base a la

autonomía privada de las partes y no un contrato de adhesión. “Así la **STSJ de Aragón de 20 de septiembre de 2001**, I.L. J 2030, señala que “carece de cualquier eficacia (...) cuestionar de forma alguna la voluntariedad de la suscripción de contratos, así como pretender una oscuridad de su contenido (que no existe) que lleve a la interpretación que se pretende, con alegación de construcción unilateral de tales contratos, que se califican de adhesión”.

Por otro lado, la **STSJ de Valencia de 10 de mayo de 2001**, I.L. J 1846, sobre la interpretación de lo que constituye la “base de garantía” de la compensación económica mensual pactada en el Plan de Jubilaciones Anticipadas. Se debe atender al criterio de interpretación literal, que es el prevalente ex art. 1281 del Código Civil, de tal forma que acotada en el Plan la garantía a determinados conceptos (“la base de garantía, o retribución neta mensual, estará constituida por la doceava parte de la cuantía anual de la suma de los conceptos: Salario base, Escalón de actividad y Plus de antigüedad, una vez deducidas las retenciones por IRPF y Seguridad Social que corresponda”), a ellos en exclusiva debe atenderse, también a los efectos de determinar su importe neto.

Más interesante resulta la **STSJ de Navarra de 23 de julio de 2001**, I.L. J 1964. En primer lugar, en la Sentencia se establece que “no existiendo error o vicio en el consentimiento adquieren plena validez las estipulaciones pactadas en el contrato de prejubilación y en la póliza aseguratoria suscrita”, atendiendo a la autonomía de la voluntad de los contratantes, de conformidad con lo que establece el Código Civil, pudiendo pactarse las diferentes condiciones que regulen la prejubilación y jubilación anticipada. En segundo lugar, y planteando una cuestión bastante debatida, la sentencia establece que:

“las aportaciones del Promotor al Plan de Pensiones se conceptúan como una mejora de Seguridad Social que tiene una naturaleza similar o próxima a la cuota empresarial de la Seguridad Social o a las mejoras que mediante el establecimiento de tipos adicionales de cotización se prevén legalmente o al abono de primas a compañías de seguros como consecuencia de mejoras de cobertura establecidas en virtud de Convenio, sin que ninguno de tales conceptos tenga la consideración de salario”.

De ahí, concluye la sentencia, que el salario regulador anual para el cálculo de las rentas de prejubilación y de jubilación anticipada no pueda incrementarse incluyendo el importe de las aportaciones que la empresa hace al Plan de Pensiones de los empleados.

– Requisitos para la jubilación anticipada

Según la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo, el beneficio de jubilación a los sesenta años que se otorga por la Disposición Transitoria Décima núm. 9 de la OM de 18 de enero de 1967 a quienes hubiesen tenido la condición de mutualistas en cualquier Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena en 1 de enero de 1967 o en cualquier otra fecha con anterioridad, es propio del Régimen General de la Seguridad Social y no es extensible al Régimen Especial Agrario. Su justificación se halla en que la jubilación anti-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cipada tuvo su origen en el art. 57 del Reglamento del Mutualismo Laboral, que concedía el derecho a obtener pensión a los 60 años (frente a la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria y el anterior Régimen Especial Agropecuario que no reconocían este derecho hasta los 65 años). Su razón de ser se encuentra, por lo tanto, en el “respeto a los derechos adquiridos en el precedente régimen mutualista” (STS de 28 de noviembre de 2001, u.d., I.L. J 2565).

Sin embargo, según la STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2001, I.L. J 2529, las cotizaciones efectuadas a la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria quedan asimiladas a las efectuadas al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) y al Mutualismo Laboral a los efectos de poder jubilarse anticipadamente con la aplicación del correspondiente coeficiente reductor.

### f) Jubilación complementaria

– Revalorización del complemento de pensión de jubilación

Pese a desestimar el recurso de unificación de doctrina por falta de contradicción, la STS de 25 de septiembre de 2001, I.L. J 2201, establece el criterio, en relación con la revalorización del complemento de pensión de jubilación que abona la empresa que venía impuesta por el Convenio Colectivo aplicable, de que, a partir de la importante modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, “cada nuevo pacto estatutario ‘parte de cero’ y hace ‘tabla rasa’ de los anteriores y, en todo aquello que no recoja expresamente el nuevo convenio de eficacia general, habría que entender derogadas las condiciones de todo orden pactadas precedentemente”.

### g) Compatibilidades e incompatibilidades

La STSJ de Asturias de 6 de julio de 2001, I.L. J 1791, reitera la doctrina conforme a la cual la incompatibilidad de prestaciones dentro del mismo régimen especial de la minería del carbón sólo opera en relación con las prestaciones reconocidas por el mismo régimen pero no en relación a situaciones nacidas y consolidadas con anterioridad a la propia vigencia de ese régimen especial, por lo que se declara compatible la percepción de una invalidez permanente parcial reconocida en el año 1955, con las prestaciones de jubilación del régimen especial de la minería del carbón.

### C) Gestión, financiación y pago

– Error en el reconocimiento de la pensión

En relación con la retroacción de los efectos iniciales del reconocimiento de la pensión de jubilación cuando no fue reconocida debido a un indudable error de la Entidad Gestora, la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2001, I.L. J 1439, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, dictada en unificación de doctrina, determina que la modificación, en este caso, el reconocimiento de la pensión, ha de retrotraerse a la fecha de con-

cesión de la pensión inicial por menor importe, salvo, en su caso, si resulta aplicable el período de prescripción largo de cinco años del art. 43 de la LGSS.

También la **STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2001**, I.L. J 2231, determina la retroacción de los efectos de la pensión al momento de solicitud de la misma, que fue inicialmente denegada, ya que la prescripción queda interrumpida por los múltiples procedimientos judiciales interpuestos tanto para el reconocimiento de determinados períodos trabajados y no cotizados por la empresa como para el reconocimiento de suscripción de Convenio Especial.

– Extinción de la pensión de jubilación causada por el síndrome tóxico

Se sigue manteniendo en este período objeto de reseña en diversas sentencias 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. Supuesto al que ya se hizo referencia en la reseña aparecida en el núm. 9 de esta revista, y respecto al cual vuelven a pronunciarse las **SSTS de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1879; **8 de octubre de 2001**, I.L. J 2065; **30 de octubre de 2001**, I.L. J 2372; **31 de octubre de 2001**, I.L. J 2374, y **17 de octubre de 2001**, I.L. J 2508.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### a) Concepto. Grados y baremos

##### c') Incapacidad permanente total

La **STSJ de Valencia de 3 de abril de 2001**, I.L. J 1825, entiende correcta la estimación de la sentencia de instancia que reconoce la incapacidad permanente total al actor, de profesión subalterno, que padece un trastorno depresivo de larga evolución que comporta fases invalidantes de larga duración que resultan incompatibles con las exigencias de “continuidad” profesionalidad y eficacia con las que deben desempeñarse, en términos generales, cualquier profesión u oficio.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de julio de 2001**, I.L. J 1961, estima el recurso planteado por el actor (peón de la construcción) contra la sentencia de instancia que le declaró no afecto de invalidez permanente en ninguno de sus grados. La Sentencia reseñada sintetiza la reiterada doctrina jurisprudencial sobre los requisitos para declarar una invalidez permanente como total, doctrina de cuya aplicación el tribunal colige la estimación del recurso, toda vez que las dolencias que se estima afectan al beneficiario no permiten apreciar la subsistencia de una capacidad de trabajo suficiente para

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, con continuidad y eficacia, al estar aquejado de importantes lesiones artrósicas.

### d') Incapacidad permanente absoluta

Estimatoria del grado de incapacidad permanente absoluta es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2001**, I.L. J 1865, para la que resulta indiscutible que el trabajador está afecto de tal grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, no sólo porque las secuelas que presenta le impiden el desempeño de cualquier clase de trabajo; sino también porque tales secuelas le producen constante dolor intenso que no cede ni con tratamiento especializado dispensado en la unidad del dolor, lo que impide someterse a cualquier disciplina laboral por liviana que ésta sea. Además la Sentencia estima que si bien en el caso enjuiciado existe una concurrencia de dolencias, una procedente de accidente de trabajo y otra de etiología común, la decisiva y causante de la incapacidad permanente absoluta es la originada en el accidente de trabajo, con las consecuencias pertinentes respecto a la responsabilidad en el pago, por lo que no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial de compartición entre las entidades responsables cuando una invalidez por accidente de trabajo, a cargo de una Mutua, se agrava por concurrir posteriormente una dolencia de naturaleza común.

Igualmente estimatoria de este grado de incapacidad es la **STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2001**, I.L. J 2208, que desestima el recurso interpuesto por la entidad gestora contra la sentencia de instancia que reconoció a la actora, de profesión peluquera, el derecho a pensión por incapacidad permanente absoluta, señalando la sentencia reseñada que las lesiones que padece le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio, recordando la doctrina del TS según la que este grado de incapacidad debe reconocerse al trabajador no sólo cuando carece de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquel que “aun con aptitudes para algunas actividades no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia las tareas que componen cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el mundo laboral por liviana que sea, incluso las sedentarias sólo puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, permanencia en él durante toda la jornada laboral, debe poder realizarse con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia”.

Desestimatorias, en cambio, son la **STSJ de La Rioja de 3 de julio de 2001**, I.L. J 1975, respecto a las dolencia de un Oficial de primera en fábrica de terrazo, por entender que su situación clínica no encaja en el tipo de la invalidez permanente absoluta para toda profesión u oficio, y la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de octubre de 2001**, I.L. J 2458, por entender que el cuadro clínico de actor, viajante en situación de desempleo, cuya agudeza visual está restringida al 52 por ciento, no puede reputarse insuficiente para el desempeño de aquellas actividades profesionales que no precisen de un gran sentido de la vista.

**e') Gran invalidez**

La **STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2001**, I.L. J 1924, desestima la pretensión del actor de ser declarado afecto de gran invalidez, sobre el argumento principal de que mientras las demás incapacidades son en esencia profesionales, de manera que en principio se relacionan con las normas que regulan el ejercicio de la profesión habitual o de cualquier otra de quien las padezca, la “gran invalidez” no se vincula con el desempeño de una actividad retribuida sino con las más elementales normas de subsistencia (que las pérdidas anatómicas y funcionales impidan a quien las padece realizar, por sí solo, los actos más esenciales de la vida).

**b) Requisitos del beneficiario**

Obviamente, el primer requisito a cumplir por quien pretenda generar derecho a pensión por incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, es que su situación sea susceptible de encuadrarse en el concepto general establecido en el art. 136.1 LGSS, razón por la que la **STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2001**, I.L. J 2608, deniegue la pretensión de la actora (labradora por cuenta propia) por entender que sus padecimientos no tienen naturaleza invalidante de tipo alguno, amén que tales dolencias tienen carácter moderado y “le permiten no sólo labores de dirección y vigilancia, sino la realización de actos acompañados de actividad física que constituyen el núcleo esencial de su trabajo agrario (...) sobre todo cuando su cualidad de trabajadora por cuenta propia le permite una dosificación del esfuerzo y una planificación del trabajo”.

Respecto al requisito de alta o situación asimilada al alta, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de julio de 2001**, I.L. J 2128, entiende que el actor (peón de albañil) si bien en el momento del hecho causante si bien no se encontraba en alta en el Sistema sí ha de entenderse que estaba en situación asimilada al alta, toda vez que, de acuerdo con la doctrina del TS, reiteradamente advertida en anteriores crónicas de *Justicia Laboral*, la situación de paro involuntario supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de la prestación o subsidio por desempleo, y que tal *animus laborandi*, si bien ha de evidenciarse normalmente por el mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo, la situación de baja en el INEM “no revela la voluntad de apartarse del mundo laboral, ni desvirtúa la consideración de encontrarse en situación asimilada al alta”, al efecto de lucrar la prestación que se solicita. En la conocida interpretación humanizadora del requisito del alta, incide, igualmente, en el período acotado en esta crónica, la **STSJ de Cantabria de 21 de noviembre de 2001**, I.L. J 2148, recogiendo doctrina del TS de que la exigencia del alta ha de referirse al momento en que se manifieste el accidente o la enfermedad de que derive la incapacidad.

En el ámbito del período de carencia necesaria se inscribe la **STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2001**, I.L. J 1929, que resuelve la cuestión de si se han de computar a efectos de carencia las cotizaciones correspondientes a determinados períodos que fueron ingresadas por la actora con posterioridad al hecho causante en el RETA, solución que es nega-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

tiva pues las disposiciones normativas aplicables (art. 30.1 RD 2530/1970, y art. 2 Ley 26/1985, al fijar el período de carencia mínima exigible para causar la prestación por invalidez precisan que sólo se computarán las correspondientes a tiempo anterior al momento en que se produzca el hecho causante, advirtiendo el Tribunal que admitir lo contrario, como declara la STS de 26 de enero de 1994, produciría una injusta compra de pensiones. Añade el tribunal que tampoco pueden computarse las nuevas cotizaciones realizadas a través del Convenio Especial posteriores a la incapacidad sin derecho a prestaciones por falta de carencia.

Como hemos advertido en anteriores crónicas, la cuestión de si puede ser declarado en situación de invalidez permanente quien no ha estado sujeto a la previa situación de incapacidad temporal ya ha sido resuelta por el TS en unificación de doctrina (STS de 10 de noviembre de 1999, u.d., ) en sentido positivo, doctrina que reitera, entre otras, la STS de 16 de enero de 2001, u.d., y la **STS de 1 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2048, sobre el recuerdo de la STS de 26 de mayo de 1972 en que se estableció que “si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro, de tipo transitorio, hay realidades patológicas en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible”, de manera que la referencia del art. 136.3 LGSS no puede considerarse como un requisito autónomo para el acceso a la protección por incapacidad permanente, porque lo que describe es el proceso lógico de articulación de la protección en el tiempo, pero ésta es sólo una regla general que tiene excepciones, como las contenidas en el propio art. 136.3 LGSS, enumeración que no puede considerarse cerrada, sino que puede ampliarse por analogía a otros supuestos como el analizado, esto es, lesiones consolidadas como definitivas sin que sea necesario un proceso de curación.

### c) Prestaciones económicas

#### a') Clases y cuantía de las prestaciones

Al incremento del 20 por ciento de la pensión vigente en el Régimen General para la incapacidad permanente total cuando el trabajador tenga más de cincuenta y cinco años y no tenga otro empleo (la doctrinalmente llamada incapacidad permanente total cualificada), refiere la **STSJ del País Vasco de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 2022, señalando que cuando se obtiene empleo no puede percibirse dicho incremento. Por su parte, la **STSJ de Asturias de 6 de julio de 2001**, I.L. J 1792, que desestima la pretensión del actor de lucrar el mencionado incremento sobre el argumento principal de que el interesado tiene 74 años, por lo que carece de sentido racional y lógico reconocer un incremento de pensión de invalidez permanente total en razón a la dificultad de encontrar empleo a quien no sólo tiene ya reconocida una edad de jubilación, sino que, además, alcanza una edad en la que resulta imposible acceder al mercado laboral.

#### b') Base reguladora de las prestaciones

En los números de I.L. reseñados en esta crónica volvemos a encontrar numerosos casos de aplicación de la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora. Así la **STS de 25 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2351, que recuerda que la Sala ha tenido en cuen-

ta para llegar al resultado de calcular la base reguladora en función de las últimas cotizaciones ingresadas el carácter equívoco del término “hecho causante”. Aplican la doctrina del paréntesis la **STS de 18 de septiembre de 2001**, u.d., I.L. J 1986; la **STS de 1 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2046; la **STS de 4 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2306; la **STS de 16 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2336; la **STS de 29 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2367; la **STS de 19 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2412 y la **STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2001**, I.L. J 2516.

Al cálculo de la base reguladora de una pensión de invalidez permanente causada en el RETA refiere la **STS de 13 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2403, que establece que el beneficio de integración de lagunas previsto en el art. 140.4 LGSS no es aplicable en el RETA.

La **STS de 13 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2404, resuelve que la retribución en especie consistente en la cesión al trabajador del uso de una vivienda y el pago por parte del empleador de los suministros de la misma (agua, luz y calefacción), por su carácter inequívocamente salarial deben quedar comprendidos en la amplia fórmula de conceptos cotizables del art. 109.1 LGSS.

### c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

En el período acotado en esta crónica son varios los pronunciamientos judiciales que inciden en materia de responsabilidad del pago de las prestaciones. La **STSJ de Extremadura de 20 de julio de 2001**, I.L. J 1800, reparte entre la las Mutuas Patronales en las que, sucesivamente, ha estado asegurada la empresa para la que prestaba servicios, la prestación a que tiene derecho un trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, atendiendo a que en el tiempo que transcurre entre el accidente y la declaración de invalidez, se produce prestación de servicios y cambio de entidad aseguradora de la contingencia, por lo que, señala la sentencia, no puede atribuírsele a la primera la totalidad de la responsabilidad porque la segunda también ha ingresado durante cierto tiempo, las cuotas correspondientes a la contingencia.

La **STS de 12 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2400, sobre el recuerdo de la doctrina establecida en la **STS de 12 de junio de 2000**, señala que ante una declaración de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común, posterior al reconocimiento de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, no pueden tomarse dos bases para una sola protección, sino que debe computarse una única base reguladora, pero no para desechar la base reguladora del riesgo profesional y asumir el de la enfermedad común, sino para mantener aquella base inicial y aplicar sobre ella el nuevo porcentaje, distribuyendo después la pensión en la proporción correspondiente a la responsabilidad de cada una de las entidades (Colaboradora y Gestora) que cubren cada uno de los ámbitos (profesional y común) de los que deriva la situación protegida. La incapacidad permanente total no ha desaparecido, ha sido incrementada o agravada, pero sin

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

una previa curación o recuperación de las pérdidas anatómicas o limitaciones funcionales pretéritas y así calificadas. Por ello, añade el tribunal, la responsabilidad de la Mutua de accidentes (y también de la empresa por la cobertura insuficiente) es mantenida intacta, para añadir sobre ella la derivada de la nueva y más grave situación.

La **STS de 31 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2514, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado y estima el derecho de la Mutua accionante al reintegro de la cantidad abonada por la misma a una trabajadora en concepto de prestación correspondiente a una incapacidad permanente parcial, toda vez que en vía judicial se declaran las lesiones de la actora constitutivas de lesiones permanentes no invalidantes, y la responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS, dado que la resolución de INSS resultaba “inmediatamente ejecutiva”.

### e) Compatibilidad e incompatibilidades

En los números de I.L. aquí reseñados, son varias las sentencias que inciden en este terreno. Así, respecto a la pensión por incapacidad permanente total, la **STS de 27 de noviembre de 2001**, u.d., I.L. J 2009, que no admite el recurso por falta del presupuesto procesal de contradicción, permite recordar la posibilidad que permite nuestro ordenamiento a quien se halle afecto de una incapacidad permanente total de desempeñar un nuevo puesto de trabajo, con o sin descuento en su retribución, según los casos y situaciones, pues el art. 24 de la OM de 15 de abril de 1969 establece que la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual será compatible con la percepción de salario en la misma empresa o en otra distinta, y que cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, puede convenirse que el salario asignado a este puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su nueva capacidad, sin que tal reducción pueda exceder del 50 por ciento del importe de la pensión.

La **STSJ de Aragón de 2 de julio de 2001**, I.L. J 1781, estima correcto el ofrecimiento por el Organismo demandado de un puesto de trabajo de Ordenanza adecuado a las aptitudes físicas residuales del actor, en cumplimiento de las previsiones contenidas en el convenio colectivo aplicable. La **STSJ de Aragón de 20 de septiembre de 2001**, I.L. J 2028, declara la compatibilidad de la prestación por incapacidad permanente total del recurrido con el trabajo por cuenta ajena al no poder identificarse la profesión para la que se declaró incapacitado permanente con la actual. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001**, I.L. J 2532, declara la compatibilidad entre la incapacidad permanente total causada por accidente de trabajo y la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, con la consiguiente compatibilidad entre las prestaciones económicas lucradas por una y otra, toda vez que las profesiones del actor al ocurrir los respectivos hechos eran distintos como distintas son, igualmente, las lesiones causales.

En el ámbito de la compatibilidad de la doctrinalmente llamada incapacidad permanente total cualificada incide la **STSJ del País Vasco de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 2022, señalando que cuando se obtiene empleo no puede percibirse dicho incremento. En la

misma lógica, desde el ángulo contrario, se inscribe la **STSJ de Asturias de 28 de septiembre de 2001**, I.L. J 2038, que estima el derecho del incremento del 20 por ciento de la pensión al pensionista por incapacidad permanente total mayor de 55 años que cesa voluntariamente [ex art. 49.1.d) ET] en el trabajo que desempeñaba compatible con su pensión, señalando que puede calificarse de “verdadero dogma jurisprudencial” el que, salvo pruebas incontestables, precisas y directas, el inválido permanente que no trabaje y cumpla las condiciones previstas en el art. 11 de la Ley de 21 de junio 1972 y del art. 6 de su Decreto de desarrollo, tiene derecho al incremento de la pensión previsto en el art. 139.2 LGSS.

#### **B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)**

##### **c) Cuantía de la pensión**

Entre las escasas sentencias atinentes a la modalidad no contributiva en los números reseñados en esta crónica, se halla la **STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2001**, I.L. J 2227, que deniega el incremento del 50 por ciento por ayuda de tercera persona en la pensión de invalidez no contributiva que tiene reconocida el actor, toda vez que el art. 145.6 LGSS establece que para tener derecho a tal complemento es necesario acreditar previamente una minusvalía en grado igual o superior al 75 por ciento, siendo el caso que el recurrente tiene acreditada una minusvalía en grado del 68 por ciento.

##### **d) Dinámica de la prestación**

Respecto al ámbito de las facultades revisoras de las entidades gestoras de las prestaciones no contributivas, merecen reseñarse las **dos SSTS de 3 de octubre de 2001**, u.d., I.L. J 2058, y 2303, que, sobre la interpretación de la regla y la excepción genéricamente recogidas en el art. 145.1 y 2 LPL, estiman que ante una declaración inexacta de la actora, se permite no sólo que la Entidad Gestora revise la cuantía sino también que reclame de oficio el reintegro sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia, tanto más cuanto que también respecto de las prestaciones no contributivas existe un precepto reglamentario que obliga a los interesados a hacer las declaraciones anuales de ingresos y autoriza a la Entidad Gestora a hacer las revisiones correspondientes.

## **4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

#### **A) Requisitos del sujeto causante**

Respecto al requisito general de que el causante se encuentre en alta o situación asimilada en el momento del fallecimiento, exigido en los artículos 124.1 y 172.1.a) de la LGSS, en relación con el artículo 21.4.e) de la Orden de 13 de febrero de 1967, la **STSJ de Valencia de 5 de abril de 2001**, I.L. J 1828, en supuesto en el que el causante desde el cese en el trabajo (8 de marzo de 1996) y la muerte (ocurrida el 1 de enero de 1997 en

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

el hospital en el que había ingresado previamente por neumología e insuficiencia respiratoria), presenta una laguna en la inscripción como demandante de empleo de seis meses, aplica la reiterada Doctrina del Tribunal Supremo (entre otras de 23 de julio de 1998 y 9 de diciembre de 1999), que flexibiliza tal exigencia en estas prestaciones cuando la enfermedad que produce la muerte aparece de forma grave antes de la baja en el sistema, lo que impide inscribirse como demandante de empleo o produce interrupciones en la inscripción. En este supuesto se acreditan las patologías previas al cese en el trabajo de cirrosis hepática, varices esofágicas y hábito tabáquico. De esta manera, se puede concluir que el requisito de alta y las situaciones asimiladas al alta han sido interpretados de modo no formalista, estimando en general que sí concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por concluido.

Tal doctrina jurisprudencial tiene como asiento la que mitiga el rigor literal del requisito sobre el criterio del *animus laborandi* o la voluntad decidida de seguir trabajando, pese a carecer de empleo. En esta línea la **STS de 19 de julio de 2001**, I.L. J 2170, la aplica en un supuesto en que concurren varios períodos de actividad laboral discontinuos, entre los que se intercalan períodos de paro involuntario con inscripción en la oficina pública como demandante de empleo, siendo esta inscripción el instrumento justificativo de la involuntariedad del paro. Pero pese a considerarse en situación asimilada al alta tal inscripción, cuando el riesgo causante es enfermedad común, el artículo 7.1.b) de la Orden de 7 de febrero de 1967 exige al causante haber completado 500 días de cotización en los cinco años anteriores al fallecimiento. Y si bien no acredita tal período en los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, en la vida laboral se superó la cotización en el tiempo que pudo estar empleado, de manera que en aplicación de la doctrina ya consagrada del “paréntesis” (lo que supone descartar el tiempo que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad –como la situación de desempleo involuntario–), por lo que la citada sentencia considera cumplidas las exigencias legales para causar derecho a las prestaciones. Todo ello sobre la base de que el causante cumplía sobradamente la carencia precisa tras una dilatada vida de trabajo (**STS de 28 de noviembre de 2001**, I.L. J 2563, para otro supuesto en el que no entra en el fondo del asunto por falta de contradicción).

Ahora bien, “la situación asimilada al alta de paro involuntario no puede apreciarse cuando se advierte el transcurso de un período significativo de tiempo sin la más mínima constancia que exteriorice esa voluntad de trabajo” (**STS de 31 de enero de 1995**); criterio que aplica la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1861, en un supuesto en el que el causante fallecido no se encontraba en alta ni en situación asimilada al alta desde hacía más de 5 años y sólo acreditaba 35 días cotizados. En el mismo sentido, la **STSJ de Valencia de 18 de mayo de 2001**, I.L. J 1852, desestima la pensión, por falta de alta y no acreditar 15 años de carencia, en un supuesto en que el tiempo transcurrido desde la baja como demandante de empleo y el diagnóstico de la enfermedad es de casi un año, y no se acredita causa suficiente para apartarse del sistema, sin que el hecho de que el causante fuese pensionista de invalidez no contributiva pueda ser un beneficio, “pues la enfermedad que genera dicha invalidez también tiene que producir-

se antes de la baja” (STS de 22 de julio de 1998 y 26 de octubre de 1998). Por el contrario, hay que entender cumplido el requisito de alta, cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la seguridad social, tal y como recuerda la **STS de 2 de octubre de 2001**, I.L. J 2056, en un supuesto en que consta que el causante se inscribió como demandante de empleo por cuenta ajena muy poco tiempo después de la declaración de invalidez no contributiva, lo que pone de relieve la voluntad de utilizar, si era posible, la capacidad de trabajo residual que hipotéticamente pudiera quedarle.

Por otro lado, la aplicación de los beneficios (en los requisitos para el acceso a la prestación, en las garantías para acceder a ella y en la misma intensidad de la protección), derivados de la consideración de que la muerte tiene su causa en un accidente de trabajo (o enfermedad profesional), exige por otro lado la existencia de que el accidente fuese causa directa e inmediata de la muerte; requisito de controvertida aplicación en los supuestos de fallecimiento por infarto de miocardio (entre otros). En este sentido, la **STSJ de Asturias de 6 de julio de 2001**, I.L. J 1790, revoca la resolución impugnada en un supuesto en el que el fallecido antes de la muerte tenía reconocida una incapacidad permanente total para su profesión habitual de palista y en el momento de sufrir el infarto, acababa de trabajar con una máquina excavadora, conducta que viene a interrumpir el nexo causal del accidente de trabajo, por lo que no es posible aplicar la presunción del artículo 115.3 de la LGSS.

Pese a la equiparación de las prestaciones de muerte y supervivencia del RETA a las del Régimen General por la Disposición Adicional Decimotercera del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero, sigue existiendo una diferencia, la obligación de hallarse el causante al corriente en el pago de las cotizaciones (ya que en este supuesto el responsable del pago es el propio trabajador). En relación con este requisito, es significativo que la **STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2001**, I.L. J 2238, considere cumplido el requisito por la concesión del aplazamiento en el pago de las cuotas (art. 24.2 de la OM de 8 de abril de 1992), pero en un supuesto en que la solicitud de dicho aplazamiento es posterior al fallecimiento y, en consecuencia, posterior al hecho causante de la prestación de viudedad, en base a considerar suficiente, la respuesta favorable de la Tesorería General de la Seguridad Social a la solicitud; lo que supone que la pensión debe abonarse y descontársele el importe de lo necesario para que la recurrente haga frente a su deuda con la Seguridad Social.

## **B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos**

### **a) Viudedad**

La exigencia para ser acreedor de la prestación de viudedad de haber sido cónyuge legítimo (art. 174.2 de la LGSS), ha sido zanjada definitivamente por el Tribunal Constitucional (SS. de 14 de febrero y 11 de abril de 1991), al establecer que el vínculo matrimonial con el causante es inexcusable para acceder a la pensión de viudedad, con

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la única excepción de aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio como consecuencia de la legislación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por lo que la **STSJ de Asturias de 6 de julio de 2001**, I.L. J 1789, reitera, que a efectos de causar pensión de viudedad no es admisible la convivencia *modo uxorio*, pues como recuerda el Tribunal Constitucional, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes.

### C) Cuantía de las pensiones

La regla según la cual la pensión de viudedad es aminorada en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (parámetro menor), por comparación con el tiempo que va desde el matrimonio de que se trate hasta el fallecimiento del causante (parámetro mayor), es de aplicación a quien es cónyuge legítimo (separado judicialmente) y a quien ha sido cónyuge legítimo (divorciado), por aplicación del artículo 174.2 de la LGSS; la **STSJ de Valencia de 25 de abril de 2001**, I.L. J 1836, determina que es la fecha del auto de medidas provisionales en el que ya se decreta la separación, aunque sea provisional, de los cónyuges (por lo que cesa la obligación de vivir juntos), la que ha de tomarse como fecha final del cómputo (parámetro menor), sobre todo si ninguna prueba ha sido practicada en orden a demostrar que hasta la sentencia de separación hubo convivencia. De esta manera, aunque el elemento de la convivencia ya no es condición esencial para alcanzar la prestación de viudedad, sí ha de tenerse en cuenta a efectos de determinar el porcentaje de la pensión, incluso en los supuestos en que los cónyuges no han contraído nuevas nupcias, reiterando la **STSJ de Andalucía de 13 de julio de 2001**, I.L. J 1959, que el módulo temporal para calcular la pensión de viudedad arranca en la fecha de celebración del matrimonio y concluye en el momento en que finaliza la convivencia (no en la fecha posterior de disolución judicial del vínculo mediante la sentencia de divorcio).

Respecto a la cuestión de la obligación del reintegro de prestaciones indebidas y su alcance, regulado en la actualidad en el artículo 45.3 de la LGSS (y que entró en vigor el 1 de enero de 1998 en virtud de la Ley 66/1997) y cuya redacción actual por Ley 55/1999, de 21 de diciembre, reduce el período de cinco a cuatro años (plazo de prescripción de dicho reintegro). Ahora bien, este plazo de prescripción, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, sólo puede operar, como contempla con claridad la nueva Disposición Final Tercera del Real Decreto 2032/1998, de 25 de septiembre, por el que se modifica el reglamento general de recaudación de recursos, respecto a las cantidades indebidamente percibidas a partir de la entrada en vigor de aquella Ley, el 1 de enero de 1998, tal y como recuerda la **STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2001**, I.L. J 2233. Además, dicha regla general admite –lo correcto sería decir admitía, como luego se verá–, excepciones, y en concreto la reducción a tres meses del plazo de reclamación de la entidad gestora cuando en la percepción de las prestaciones indebidas ha habido buena fe inequívoca del beneficiario y demora en la regulación de la situación. Elementos que considera existentes la **STS de 17 de septiembre de 2001**, I.L. J 1978, en un supuesto en el que el causante empleado de notarias desde 1955, había estado incluido en la Mutualidad de Empleados de Notarias durante su vida laboral hasta la fecha de fallecimiento (1982); y el Ente Gestor ha procedido con un manifiesto retraso, pues inte-

grada la Mutualidad en el Régimen General por OM de 21 de febrero de 1996, hasta el 18 de marzo de 1998, cuando se insta la regularización de lo indebidamente percibido (la Entidad Gestora pudo conocer con facilidad desde el primer momento que no disponía de la cotización necesaria para la prestación que disfrutaba).

Pero la cuestión es interpretar este segundo elemento que permite la aplicación del plazo excepcional de tres meses; en concreto la demora prolongada de la Entidad Gestora en relación con la redacción literal del artículo 45.3, pues permite ejercitar la acción “con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora”; de tal manera que ya no es posible desde la entrada en vigor del artículo citado aplicar analógicamente el plazo excepcional de tres meses, al existir una norma expresa que fija el plazo en cinco años (hoy cuatro) con independencia de la causa (**STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2001**, I.L. J 2241); por lo que, en estas condiciones no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita (STS de 11 de junio de 2001). Es decir, en todo caso habría que reintegrar la prestación percibida indebidamente desde la fecha de entrada en vigor del precepto (1 de enero de 1998) —**STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2001**, I.L. J 2234—.

#### **D) Dinámica de la protección**

Pese a la limitación de que los efectos del reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia (imprescriptibles) se produzca a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (artículo 178 de la LGSS en relación con el 43.1 del mismo texto legal), la **STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2001**, I.L. J 2242, en un supuesto en el que la hija no había sido reconocida como tal por su padre en el momento del fallecimiento, y que posteriormente es reconocida como tal por auto del Juez responsable del Registro Civil, considera que la fecha de tal auto es la determinante a efectos de contar el plazo de prescripción de tres meses de efectos retroactivos de la prestación, pues en base al artículo 121 del Código Civil, la filiación produce efectos desde que tiene lugar y su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroacción sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiera lo contrario, “lo que resulta aplicable al caso de autos”.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M<sup>a</sup>. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ M<sup>a</sup>. VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

**XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad**

**Social.** A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo**

**Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo.

Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.

a) Seguridad Social. b) Empleo y prestaciones de desempleo. c) Salud laboral.

d) Materia laboral.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica examina los pronunciamientos judiciales de mayor relieve dictados en los últimos meses en el área del Derecho Administrativo Laboral: en concreto, se analizan sentencias laborales y contencioso-administrativas publicadas en los números 9, 10, 11 y 12 (2001) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, y asimismo, se comentan también algunas otras decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, por el momento, no han sido aún objeto de publicación.

En una valoración general del conjunto de sentencias estudiadas, debe reconocerse que buena parte de ellas no son más que un calco o concreción de tesis e ideas sólidamente asentadas en la jurisprudencia. Ahora bien, junto a las anteriores, existen otros pronunciamientos que, por su interés y trascendencia, ya en esta introducción merecen una reseña especial: éste es el caso de la **STS de 12 de noviembre de 2001**, en la que se sienta doctrina legal sobre el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador (*infra*, 3.A); lo mismo cabe decir de la **STS de 11 de octubre de 2001**, I.L. J 2328, que más que por su novedad, destaca por constituir un paso más en el difícil camino de delimitar el orden jurisdiccional competente para conocer de las diferentes pretensiones que pueden surgir de las infracciones muy graves en materia de prestaciones por desempleo (*infra*, 3.C.b); y de igual modo, considerablemente llamativo es el fallo de la **STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001**, I.L. J 2614, en la que se niega la existencia de tipo infractor para sancionar las diferencias de trato fundadas en el carácter temporal de la relación laboral (*infra*, 3.C.d).

## 2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

### A) Organización

En esta materia, la atención se centra como casi siempre en las auditorías practicadas sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, aun cuando los pronunciamientos del período no son sino reiteración de afirmaciones ya proclamadas en sentencias anteriores. Prueba de ello son las **SSTS de 22 de octubre de 2001** y **de 22 de enero de 2002**, Sala Tercera, respectivamente recursos de casación 2674/1996 y 6910/1996, que aún hoy en día continúan teniendo que remarcar el carácter justificado del control administrativo sobre las Mutuas, declarando al respecto que no existe contradicción entre la responsabilidad mancomunada e ilimitada de los mutualistas asociados y las facultades de tutela y vigilancia de la Administración.

Reproducción de otros pronunciamientos anteriores es también la **STS de 26 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 3392/1996, que en relación al procedimiento de auditoría vuelve a insistir en los conocidísimos criterios que una y otra vez han sido subrayados por el Tribunal Supremo, afirmando en concreto: que los RRDD 3307/1977 y 1373/1979, por los que se regía este procedimiento y en los que se declaraba la competencia de la Administración sobre las cuentas de las Mutuas, son normas que en el momento de los hechos mantenían su vigencia —la resolución administrativa es de 1988— y que tenían suficiente cobertura legal desde el momento de su promulgación en el inicial art. 5 LGSS de 1974; que la Secretaría General de la Seguridad Social tiene asignada la competencia de tramitar el procedimiento de auditoría y dictar la resolución correspondiente; que la Intervención General de la Seguridad Social goza de competencia para decretar la auditoría; que el procedimiento de auditoría no se rige directamente por la Ley de Procedimiento Administrativo, sino que debe atenerse al procedimiento especial establecido en el art. 6 RD 1373/1979; que no se ha producido indefensión por el hecho de que la Mutua sólo haya formulado alegaciones tras la presentación del informe provisional; e igualmente, que en la tramitación seguida no ha existido infracción del art. 25 CE, en tanto que el procedimiento de auditoría carece de carácter sancionador.

Del mismo modo, escasa innovación se aprecia también en cuanto a las consideraciones jurisprudenciales de índole contable. Así la ya citada **STS de 22 de octubre de 2001** recuerda una serie de conceptos cuyo gasto no corresponde ser asumido por el sistema de la Seguridad Social: la puesta a disposición de los trabajadores de materiales e instrumentos de prevención de riesgos, en tanto constituye una obligación cuyo coste económico debe atribuirse a las empresas y no a las Mutuas; las cantidades empleadas en servicios de selección de personal contratado por la Mutua, por cuanto implica un beneficio para los asociados sin conexión con la prevención de accidentes de trabajo; el pago de las camas proporcionadas por una clínica hospitalaria, cuando el concierto de tales camas no se ha efectuado con el visto bueno de la Administración exigido por los arts. 12.1 y 2 RD 1509/1976 —actual art. 12.1 RD 1993/1995—; los gastos de los reconocimientos médi-

## XI. Administración Laboral

cos efectuados a mutualistas, sin que mediara la correspondiente autorización administrativa; las cuantías correspondientes al abastecimiento de botiquines a las empresas por parte de la Mutua; y asimismo, tampoco son imputables a la Seguridad Social los incentivos económicos satisfechos a empleados de la Mutua que han intervenido en la asociación y captación de nuevas empresas (art. 2 de la OM de 2 de abril de 1984). Por su parte, la también aludida **STS de 26 de noviembre de 2001** pone de relieve las siguientes ideas: de un lado, insiste en el ya conocido principio de que las reservas a constituir al amparo del actual art. 65.2 RD 1993/1995 sólo pueden incluir el importe presunto de las prestaciones pendientes de reconocimiento a los accidentados o sus beneficiarios cuando el pertinente expediente se hubiese iniciado antes de terminar el ejercicio correspondiente; de otro lado, respecto a una provisión efectuada por la Mutua para atender los excesos de pérdidas, la Sentencia señala que, a estos efectos, la Mutua podía o bien constituir el oportuno depósito o bien concertar un reaseguro complementario, pero lo que no podía era quedarse y disponer de unas cantidades que debía haber depositado en la Tesorería conforme al vigente art. 63.2 RD 1993/1995; finalmente, el Tribunal aclara que el control de la Administración alcanza también al patrimonio histórico de las Mutuas, pese a que la facultad de fiscalización sobre el mismo haya sido reconocida expresamente en disposiciones promulgadas con posterioridad al acto recurrido, por cuanto dicha tutela se hallaba ya implícita en la ley entonces aplicable.

Aun cuando en un plano diferente, debe tenerse en cuenta que este elenco de pronunciamientos sobre las Mutuas debe completarse con la **STS de 23 de octubre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 2408/1996, cuyo contenido se expondrá al hablar de las infracciones en materia de Seguridad Social (*infra*, 3.C.a).

### B) Actas de liquidación

No podían faltar en este epígrafe los habituales y uniformes pronunciamientos sobre la determinación de la cuantía económica a atribuir a la pretensión derivada de un acta de liquidación, a efectos de acceder o no a los recursos de casación ordinario o para la unificación de doctrina. Reiterando la doctrina ya consolidada, las sentencias emitidas en estos últimos meses insisten en recalcar que, tratándose de la cuantía del asunto en materia de débitos a la Seguridad Social, se ha de computar el valor principal de las liquidaciones por meses y sin incluir los recargos. Por ello, dado que en los supuestos enjuiciados ninguna de las cuotas mensuales comprendidas en los períodos liquidados supera el mínimo económico exigido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para tener acceso al recurso, el Tribunal Supremo concluye que estamos ante una causa de inadmisibilidad del indicado recurso, lo que, estando ya en fase de trámite de sentencia, supone tener que declarar su desestimación (**SSTS de 27 de diciembre de 2001**, recurso de casación 212/1996, **de 21 de enero de 2002**, recurso de casación para la unificación de doctrina 4419/1996, y **SSTS de 28 de enero de 2002**, recursos de casación 799/1996 y 3206/1996, todas ellas de la Sala Tercera).

### 3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Procedimiento sancionador

De entre los pronunciamientos analizados, algunos de ellos se han ocupado de efectuar determinadas precisiones sobre los principios que inspiran la potestad sancionadora de la Administración. Sin perjuicio de otras sentencias citadas en epígrafes posteriores, éste es el caso de la **STS de 18 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1991, que respecto a la decisión disciplinaria de un sindicato de sustituir provisionalmente en sus funciones a algunos de sus cargos directivos, se apresura a esclarecer que el principio de legalidad de las sanciones penales y administrativas previsto en el art. 25 CE limita claramente su campo de acción al Derecho punitivo del Estado, hasta el punto de que su aplicación analógica está vedada en el ámbito de las organizaciones y asociaciones privadas, entre las que se encuentran los sindicatos. Por su parte, en torno a las consecuencias de la discutida naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la **STS de 9 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2067, se atiene a su doctrina establecida en unificación de doctrina y recuerda que la posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio *non bis in idem*, dado que esta regla no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden cuando los contemplan desde perspectivas diferentes, y en este último sentido destaca que doctrinalmente es indudable que el recargo de prestaciones y la sanción administrativa no contemplan el hecho desde “la misma perspectiva de defensa social”.

Ya en aspectos estrictamente relacionados con el procedimiento sancionador en el orden social, seguramente la decisión judicial más relevante es la **STS de 12 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación en interés de la Ley 256, mediante la que se precisa el  *dies a quo*  y el  *dies ad quem*  del plazo de caducidad de seis meses previsto en el art. 20.3 RD 928/1998. Atendiendo a la literalidad de este precepto, y con apoyo además en el art. 13 RD 928/1998, el Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina legal:

“El cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador.”

De interés resulta también la **STS de 12 de noviembre de 2001**, recurso de casación 3158/1996, que en relación a la competencia para imponer una sanción de ocho millones de pesetas por cesión ilegal de trabajadores, considera demostrado que la resolución sancionadora fue debidamente adoptada por el Ministro competente conforme ordena el

## XI. Administración Laboral

actual art. 48.1 LISOS, sin que el hecho de que dicha resolución estuviera firmada por la Consejera Técnica del Ministerio de Trabajo altere esta conclusión, puesto que no debe confundirse el órgano que acuerda la sanción con el funcionario que da traslado o comunicación de la misma.

Muy diferente es la cuestión tratada en la **STC de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2384, donde con ocasión de un proceso laboral de oficio para determinar si ha existido infracción por cesión ilegal de trabajadores, el Tribunal Constitucional aprovecha para explicar el carácter vinculante de la sentencia firme sobre la resolución administrativa, y precisamente —pese a existir un voto particular disidente—, esta intersección entre ambos procedimientos es la que lleva a la Sentencia a concluir que si al sindicato recurrente se le ha otorgado la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador previo también debe reconocérsele legitimación para actuar como parte en el proceso judicial de oficio.

Finalmente, tan sólo resta adelantar que existen algunos otros aspectos del procedimiento sancionador tratados en diversos pronunciamientos judiciales, cuyo comentario se reserva a los posteriores epígrafes en que se aborde la materia de que traigan causa: es el caso de los criterios de graduación de la sanción (*infra*, 3.C.b, c, d), y también, de cuestiones relativas a la posterior fase de revisión jurisdiccional de resoluciones administrativas sancionadoras recaídas en materia de prestaciones de desempleo (*infra*, 3.C.b).

### **B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza**

Son varias las sentencias que han dedicado su atención al juego de la eficacia probatoria de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo. Aparte de otras que se irán señalando en los sucesivos epígrafes, una de las que más extensamente recoge la doctrina jurisprudencial sobre la presunción de certeza es la **STS de 17 de septiembre de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 2040, donde se ponen de relieve dos ideas sobradamente conocidas: que las actas inspectoras no gozan de una veracidad absoluta e indiscutible, sino que su valor probatorio puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas; y que su eficacia probatoria se extiende tan sólo a los hechos comprobados directamente por el funcionario, pero no a las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones. Con apoyo en estas consideraciones, la Sentencia otorga valor probatorio a unas reclamaciones efectuadas por el trabajador y el comité de empresa ante la Inspección de Trabajo; y lo mismo sucede en otros pronunciamientos en los que se concede eficacia probatoria a la percepción por la Inspección de las medidas de seguridad observadas en las empresas (**SSTSJ de Navarra de 30 de julio de 2001**, I.L. J 1967, **de La Rioja de 24 de julio de 2001**, ambas de la Sala Social, I.L. J 1977, y **STS de 14 de octubre de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 2387).

## C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

### a) Seguridad Social

Respecto a este tipo de ilícitos, dos son los pronunciamientos que interesa destacar.

Concretamente, poniendo el acento en cuestiones probatorias, la **STSJ de Cantabria de 5 de julio de 2001**, Sala Social, I.L. J 1949, confirma la anulación de la sanción de pérdida de la pensión durante tres meses impuesta a un pensionista de jubilación, al que el acta de infracción imputaba la compatibilización de dicha prestación con la realización de una actividad por cuenta propia, con fundamento en los siguientes hechos observados en la visita inspectora: estar presente en el centro de trabajo de su esposa ocupando una mesa de despacho, encargarse de atender a la Subinspectora y aportarle la documentación de la empresa, y haber manifestado personalmente dedicarse a realizar pequeñas gestiones necesarias para el funcionamiento de la empresa. A la vista de estos datos, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial sobre la presunción de certeza de las actas, el Tribunal recuerda la imposibilidad de otorgar eficacia probatoria a las meras deducciones o valoraciones, y con apoyo en esta máxima, ratifica la decisión de la sentencia de instancia de dejar sin efecto la sanción, al considerar que los hechos plasmados en el acta son excesivamente endebles para sustentar la resolución sancionadora:

“circunstancias que para la sentencia no tiene ningún valor que apunte a la existencia de una relación laboral por cuenta propia, es decir, la conducta subsumible en el artículo 17 de la Ley 8/1988 [actual art. 25 LISOS], sin que existan razones poderosas que autoricen a suplantar al Magistrado de Instancia en sus conclusiones, ni ilógicas, ni disparatadas, sino perfectamente, coherentes con el principio de presunción de inocencia y con la aplicación restrictiva de la potestad sancionadora”.

Con un contenido muy diferente, la **STS de 23 de octubre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 2408/1996, da su conformidad a la resolución sancionadora impuesta a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional por la comisión de dos infracciones. De un lado, corrobora que el abono por la Mutua de una cantidad dineraria al Director Gerente para el pago por éste de sus impuestos constituye una conducta encuadrable en la infracción muy grave de “no aplicar el patrimonio estrictamente al fin social de la entidad” (art. 29.6 LISOS), en la medida en que la concesión genérica de dinero para satisfacer impuestos no puede ser considerada como salario. Asimismo, de otro lado, el Tribunal asevera que la concesión de autorización al Director Gerente para desarrollar otras actividades retribuidas ocasionales –incluidas las realizadas por cuenta de otra Mutua– debe calificarse como constitutiva de la infracción grave de “no observar las normas relativas a (...) la constitución y funcionamiento de sus órganos de gobierno” (art. 28.3 LISOS), desde el momento en que los estatutos de la Mutua sancionada impiden ser miembros de la Junta Directiva a aquellos asociados que desempeñen cargos o funciones en otras Mutuas; y tal hecho se considera sancionable con independencia de que el Director Gerente utilizara o no esa autorización, pues, según razona la

## XI. Administración Laboral

Sentencia, dicha circunstancia podría afectar a la graduación de la sanción, pero no a su existencia, dado que la infracción queda ya consumada con la mera concesión del permiso en contra de lo establecido en la norma estatutaria.

### b) Empleo y prestaciones de desempleo

Como de costumbre, las sanciones sobre esta materia han generado un abundante número de pronunciamientos a comentar.

En un primer bloque encontramos varias sentencias sobre sanciones impuestas a los empresarios por la infracción muy grave consistente en la percepción indebida de ayudas de fomento de empleo. Dos de estas decisiones judiciales abordan un mismo supuesto: la contratación en prácticas con la categoría de auxiliar administrativo de varios trabajadores con titulaciones diversas (Derecho, Ciencias Económicas, etc.), que permite a las respectivas empresas disfrutar de las correspondientes bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social. Reiterando el criterio jurisprudencial ya reflejado en crónicas anteriores, las **SSTS de 5 de noviembre de 2001**, recurso de casación para unificación de doctrina 2689/1996 y **de 6 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 2597/1996, confirman la imposición de la sanción por cuanto que para el válido disfrute de los beneficios derivados de los contratos en prácticas es necesario que el puesto de trabajo ofrecido sea adecuado a la finalidad de proporcionar práctica profesional al trabajador, perfeccionando sus conocimientos y adaptándolos al nivel de estudios cursados, de modo que, al no existir tal adecuación en los casos enjuiciados, el Tribunal aprecia la comisión del ilícito (art. 16.3 LISOS). Además, a fin de corroborar la concurrencia de culpabilidad en el infractor, la **STS de 5 de noviembre de 2001** recuerda que, con carácter general, el visado de los contratos es un mero requisito formal que no convalida por sí mismo eventuales defectos o incumplimientos. Asimismo, a efectos de defender la proporcionalidad de la sanción impuesta, la **STS de 6 de noviembre de 2001** considera adecuada la agravación de la multa en atención a la importancia de la empresa —cifra de negocio— y a la reiteración del ilícito —número de 39 trabajadores contratados—, aclarando además que el monto de la sanción no está en función de la cuantía de las bonificaciones obtenidas, sino que debe estarse a las cantidades previstas por la ley para este tipo de infracción.

Respecto a un supuesto similar en que la contratación bonificada y subvencionada no reunía los requisitos debidos, pero enfrentándose a un problema distinto, la **STS de 22 de octubre de 2001**, Sala Tercera, recurso de instancia 281/1999, se pronuncia sobre la responsabilidad del empresario sancionado, quien había celebrado el contrato ilícito a través de su gestor y a quien la Inspección había levantado acta de infracción con apoyo en los siguientes hechos: las labores de gestión en asuntos laborales que la asesoría prestaba regularmente a la empresa, la domiciliación de la documentación laboral de la empresa en la sede de la asesoría, y también el ingreso de la subvención en una cuenta a nombre del empresario sancionado y reintegrada en su mismo nombre. A partir de estos datos, también aquí el Tribunal Supremo repasa ampliamente los principios más importantes mantenidos por la jurisprudencia en materia de presunción de certeza de las actas y, si bien admite que la prueba de cargo en el procedimiento sancionador puede ser por

indicios, lo cierto es que en el supuesto enjuiciado considera que de los hechos constatados por la Inspección no es posible deducir que la contratación irregular fuera efectuada con conocimiento y para beneficio del empresario sancionado. A juicio de la Sentencia, tal inferencia resulta excesivamente débil por cuanto las circunstancias comprobadas no acreditan la colaboración del inculcado en la comisión del ilícito, ni tampoco excluyen la posibilidad de que el gestor abusara de la confianza del empresario y realizara en su nombre un contrato ilegal, máxime cuando la trabajadora suscriptora del contrato ha declarado haber sido contratada por el gestor y no por el empresario sancionado –a quien no conocía–, y teniendo además presente que, aunque la cuenta en que se ingresó la subvención estaba a nombre del gestor y del empresario, la realidad es que sólo había sido abierta con la firma del primero, sin que el sancionado hubiera registrado la suya. En consecuencia, en la medida en que estas observaciones siembran la duda respecto a la autoría de la infracción, el Tribunal opta por anular la resolución sancionadora.

Junto a las anteriores, otro grupo de sentencias se refieren a sanciones relacionadas con la percepción de prestaciones por desempleo. Así, respecto a la extinción del subsidio de desempleo por haber indicado el empresario que la trabajadora había declinado el trabajo ofrecido (art. 17.2 LISOS), la **STSJ de Murcia de 9 de julio de 2001**, Sala Social, I.L. J 1954, niega la existencia de conducta infractora, por cuanto que para entender que estamos ante un rechazo ilícito de oferta de empleo es necesario que medie una renuncia expresa y consciente del trabajador, y en cambio, en este caso lo único demostrado es que la desempleada había manifestado al empresario que estaba embarazada y que por prescripción médica debía guardar reposo absoluto por riesgo de aborto, circunstancia esta última que, al haber quedado debidamente acreditada, es considerada por el Tribunal como causa justificativa suficiente para no aceptar el empleo.

Sobre la misma materia, aun cuando en relación a un tipo infractor distinto, existe un buen número de decisiones del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre una cuestión que no es nueva, pero que el órgano judicial se ve en la necesidad de aclarar de forma insistente: concretamente, ante la infracción grave de no comunicar al INEM que se han dejado de reunir los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación de desempleo, son bastantes las sentencias dictadas en suplicación que vienen anulando la resolución sancionadora por considerar que el precepto en que se tipificaba este ilícito –art. 30.2.2 Ley 8/1988– fue suprimido por la Ley 50/1998, a la que hay que dotar de carácter retroactivo por ser una norma sancionadora más favorable; y frente a este criterio, el Tribunal Supremo una y otra vez corrige esta interpretación y responde que, aunque efectivamente la Ley 50/1998 derogó el art. 30.2.2 Ley 8/1988, lo cierto es que también dio nueva redacción al art. 17.3 Ley 8/1988, y es en este precepto donde en ese momento quedaba incardinada la conducta infractora examinada, por lo que se estima que, aun cuando sistemáticamente se encuentre en un precepto distinto, el ilícito cuestionado sigue estando normativamente tipificado y, por tanto, continúa siendo sancionable –cfr. actual art. 25.3 LISOS– (**SSTS de 12 de julio de 2001**, I.L. J 1899 –por no comunicar que la unidad familiar había empezado a superar el nivel de rentas exigido–; **de 24 de septiembre**

## XI. Administración Laboral

de 2001, I.L. J 1997 –por no comunicar que había empezado a prestar servicios por cuenta ajena–; de 11 de junio de 2001, I.L. J 2160 –por no comunicar la inexistencia de cargas familiares– y de 19 de julio de 2001, I.L. J 2171 –por no comunicar el cobro simultáneo de la prestación social sustitutoria–; todas ellas de la Sala Cuarta).

Por último, acercándose a esta materia desde su vertiente procesal, cabe hacer referencia a dos pronunciamientos judiciales. Uno de ellos es la **STS de 11 de octubre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2328, cuyo contenido constituye un nuevo intento de esclarecer la siempre polémica delimitación del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones derivadas de sanciones impuestas por infracciones muy graves cometidas por perceptores de prestaciones de desempleo –en este caso, por compatibilizar la prestación con el ejercicio de una profesión liberal–: a este respecto, el Tribunal señala que, en tanto no entre en vigor la nueva redacción del art. 3.2.a) LPL, es la jurisdicción contencioso-administrativa la que sigue gozando de competencia para resolver la impugnación de la resolución administrativa sancionadora dictada por la Dirección Provincial de Trabajo, en cuanto atañe a la procedencia y consecuencias de la sanción de extinción de la prestación; ahora bien, la Sentencia se encarga de enfatizar que, cuando la impugnación viene referida a la cuantía fijada en la resolución administrativa del INEM por la que se requiere el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, en tal supuesto es la jurisdicción social la que en virtud del art. 233.a) LGSS resulta competente para decidir. Esto admitido, una muestra concreta de que la revisión de las sanciones de extinción de las prestaciones de desempleo se dirige a la jurisdicción contencioso-administrativa es la **STS de 26 de septiembre de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 2044, en la que se declara la inadmisibilidad –y por consiguiente la desestimación– del recurso de casación presentado, por cuanto la suma de las cantidades a considerar para valorar la pretensión –esto es, las cuantías correspondientes a la extinción de la prestación y a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas– no alcanza el límite cuantitativo mínimo que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la viabilidad del recurso.

### c) Salud laboral

En esta materia, la mayoría de pronunciamientos emitidos en el período analizado se refieren a los diversos problemas que plantean las infracciones sobre prevención de riesgos en los supuestos de contratas y subcontratas. Entre ellos, por el amplio número de cuestiones abordadas, debe ser destacada la **STS de 10 de diciembre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 5694/1996. Referida al art. 40.2 de la Ley 8/1988 en su redacción anterior a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, esta Sentencia remarca que, de acuerdo con el tenor del precepto, cuando la contrata correspondía a la propia actividad y la infracción se producía en el centro de trabajo del empresario principal, surgía para éste una responsabilidad que no era solidaria ni subsidiaria, sino de carácter directo y compatible con la del contratista, y que no era objetiva, sino que estaba fundada en el principio de culpabilidad implícito en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que le incumbían en punto a la organización del centro; con todo, debe tenerse en cuenta que, como el propio Tribunal advierte, el posterior art. 42.2 de la Ley 31/1995 modificó la normativa precedente y hoy en día la responsabilidad que pesa sobre el empresario principal en los supuestos descritos es de tipo solidario (cfr. el vigen-

te art. 42.3 LISOS). Aclarada esta cuestión, la Sentencia aborda otros aspectos que han sido también objeto de atención en algunos de los restantes pronunciamientos seleccionados en esta materia.

En el terreno de la calificación de la infracción, y habida cuenta de que, conforme al tipo infractor, la gravedad y la inminencia del riesgo son las notas que en concurrencia conjunta diferencian una falta muy grave de una falta grave (cfr. actuales arts. 12 y 13 LISOS), la **STS de 10 de diciembre de 2001** y la **STS de 12 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 3173/1996, constituyen dos ejemplos fácticos en que el ilícito se declara como muy grave y que, en consecuencia, permiten ilustrar el alcance concreto que el Tribunal Supremo atribuye a estos ambiguos términos: en cuanto a la gravedad, para la primera de las sentencias citadas no hay duda de que tal elemento concurre cuando se está ante una falta generalizada de medidas de seguridad en lugares con riesgo de caída superior a dos metros, e igualmente, precisando aún más, para el segundo de los pronunciamientos tal circunstancia está presente en la prestación de unos trabajos en tejados resbaladizos sin los preceptivos tableros de paso y sin cinturones de seguridad eficaces; por su parte, el Tribunal asevera que la inminencia del riesgo queda acreditada en ambos casos por el hecho de que el peligro se acabó materializando en sendos accidentes de trabajo —en el segundo de los supuestos, de carácter mortal y ocurrido en la misma mañana en que se iniciaron las labores—.

Estas dos sentencias citadas coinciden también en tratar cuestiones relacionadas con la graduación de la sanción, si bien prestando atención a factores diferentes. Así, la **STS de 10 de diciembre de 2001** considera ajustada a Derecho la decisión adoptada en la instancia de valorar la cifra del presupuesto de la obra como agravante de la multa impuesta, en atención a la referencia a la cifra de negocios de la empresa contenida en el anterior art. 36 Ley 8/1988 (cfr. el vigente art. 39 LISOS), negando el Tribunal Supremo que la consideración de esta circunstancia resulte inconstitucional, en tanto que “la capacidad económica del infractor constituye uno de los factores que el principio de individualización de la sanción aconseja considerar, si ésta es de carácter económico, para determinar su cuantía”. Por el contrario, la **STS de 12 de noviembre de 2001** sí corrige el criterio de la sentencia impugnada y, en lugar de fijar la sanción en su grado máximo, la reduce a su grado medio, dado que en el caso no pueden ser tenidas como agravantes ni el número de trabajadores afectados —dos—, ni tampoco los riesgos generados por el trabajo —ya considerados para la calificación de la infracción—. En palabras de la Sentencia:

“La aceptación efectuada por la sentencia de instancia de la agravación (...) por esos únicos dos motivos, aparte de no razonada, no es correcta. El número de trabajadores afectados por los daños ocasionados a consecuencia de la falta de precauciones reglamentarias no consta que haya excedido de los dos lesionados, ni que la falta de dichas precauciones se hubiese extendido a otras personas de la plantilla. Tampoco cabe apreciar como circunstancia de agravación los riesgos inherentes a la operación que estaban realizando, ya que precisamente ha sido la inminencia de esos riesgos la que ha servido para calificar de

## XI. Administración Laboral

‘muy grave’ la falta cometida, sin que quepa reduplicar sus efectos imponiendo esa falta muy grave en su grado máximo.”

Haciendo frente a otra más de las objeciones planteadas por los particulares, la reiterada **STS de 10 de diciembre de 2001**, y también una sentencia de nueva cita –la **STS de 3 de diciembre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación 4507/1996–, se encargan de responder a la alegación de los recurrentes sobre las importantes diferencias existentes entre la multa impuesta a la empresa principal –algo más de ocho millones de pesetas– y la recaída sobre la empresa contratista o subcontratista –respectivamente, 550.000 y 1.000.000 de ptas.–. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo rechaza en ambos pronunciamientos que exista vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE, en la medida en que las conductas sancionadas no son idénticas y además no estamos ante una misma y única responsabilidad, sino ante dos bien diferenciadas que surgen como consecuencia del respectivo incumplimiento de las obligaciones propias de cada empresario en la esfera de la prevención de riesgos.

Al hilo de las anteriores sentencias sobre la existencia de una doble y diferente sanción, cabe también hacer mención a la **STS de 14 de octubre de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 2387, que ante el incumplimiento de diversas disposiciones de seguridad que ocasionaron el accidente mortal de dos trabajadores, uno de la empresa contratista y otro de una empresa subcontratista, pone de relieve que la apertura de expediente sancionatorio a una y otra empresa por los mismos hechos no implica infracción del principio *non bis in idem*, dado que no concurre la identidad de sujetos necesaria para apreciar la vulneración de este principio.

Finalmente, también merece la pena destacar las dos principales precisiones que efectúa la **STSJ de Navarra de 30 de julio de 2001**, Sala Social, I.L. J 1967, a raíz de un recargo de prestaciones impuesto a una empresa contratista de seguridad privada por no haber ofrecido la suficiente formación e información al trabajador destinado a la empresa principal: de un lado, cuestionada la aplicación de la Ley 31/1995 sobre prevención de riesgos laborales, el Tribunal responde que del art. 3 de esta Ley se deduce claramente que la exclusión que en él se establece alcanza únicamente a las actividades de seguridad propias de la función pública, pero que los trabajadores de las empresas de seguridad privada sí quedan inmersos dentro del campo de aplicación de la Ley de Prevención; de otro lado, ante la alegación de que la responsabilidad corresponde a la empresa principal por ser la generadora del riesgo causante del accidente, la Sentencia contesta que, con independencia de los eventuales ilícitos en que haya podido incurrir la empresa principal, el art. 24 LPRL no exime a la contratista de adoptar las medidas necesarias para obtener la información e instrucciones que sean precisas para proteger la integridad física de sus trabajadores.

### d) Materia laboral

La exposición de los pronunciamientos emitidos sobre este tipo de ilícitos puede reducirse a tres tipos de cuestiones diferentes.

Un primer grupo de sentencias corresponde a incumplimientos relativos a cesión ilegal de trabajadores. Aparte de la ya aludida **STC de 29 de octubre de 2001**, I.L. J 2384, que aprovecha una infracción en esta materia para reflexionar sobre la interrelación entre el proceso judicial de oficio y el procedimiento administrativo sancionador (*supra*, 3.A), ha de destacarse la **STS de 17 de octubre de 2001**, Sala Tercera, recurso de casación para unificación de doctrina 2247, en la que se aclara que, pese a que el art. 43 de la Ley 8/1980 fue derogado por la Ley 10/1994, lo cierto es que esta misma ley vuelve a configurar como ilícito laboral la cesión de trabajadores que contravenga los estrictos términos legales, manteniéndose igualmente tipificada en el anterior art. 8.1 Ley 8/1988 –actual art. 8.2 LISOS–, de tal forma que no cabe admitir la alegada aplicación retroactiva de normas más favorables, por cuanto la nueva normativa que sustituye a la derogada sigue calificando como infracción la conducta imputada y el ordenamiento jurídico continúa estableciendo sanciones del mismo tipo y cuantía. Sobre este último aspecto relativo a la cuantificación de la sanción, aparte de precisar el órgano competente para imponer una multa de ocho millones de pesetas por cesión ilegal de trabajadores (*supra*, 3.A), la **STS de 12 de noviembre de 2001**, recurso de casación 3158/1996, añade algunas observaciones respecto a las circunstancias de graduación consideradas: en concreto, la Sentencia confirma la virtualidad graduatoria del perjuicio causado y la cifra de negocios de la empresa, en tanto estima que deben ser precisamente las empresas importantes las que extremen el cumplimiento de sus deberes laborales; ahora bien, aparte de recordar el margen de discrecionalidad de que disfruta el órgano resolutor en la determinación de la cuantía concreta de la multa, el Tribunal matiza que lo improcedente es deducir la existencia de atenuantes de la mera ausencia de algunos criterios que podrían agravar la sanción –v.gr., fraude o incumplimiento de advertencias previas de la Inspección–.

Un segundo bloque de pronunciamientos sobre ilícitos laborales trae origen de dos procesos laborales de oficio, en los que se clarifica si las conductas imputadas constituyen o no infracciones administrativas. Esto es lo que hace la **STSJ del País Vasco de 18 de septiembre de 2001**, Sala Social, I.L. J 2273, en la que se confirma que la falta de determinación en los contratos de obra o servicio del concreto trabajo a realizar, del lugar de prestación de servicios o del tiempo de duración aproximado debe calificarse como una transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales tipificada en el vigente art. 7.2 LISOS. De considerable relevancia resulta asimismo la **STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001**, Sala Social, I.L. J 2614, en la que se discute si la exclusión de un trabajador temporal de la aplicación de los calendarios laborales de la empresa debe catalogarse o no como una infracción muy grave por discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. El supuesto enjuiciado versa sobre un trabajador sujeto a sucesivos contratos eventuales cuya finalización siempre coincidía con los períodos vacacionales de verano, Navidad y Semana Santa, y cuya nueva contratación se producía al término de dichos períodos de descanso, de tal forma que, durante esos días intermedios desde el cese hasta el siguiente contrato, la empresa eludía la obligación tanto de mantener el alta y cotización del trabajador a la Seguridad Social, como de abonarle la consiguiente retribución. A efectos de dilucidar si esta acción empresarial es constitutiva de una infracción administrativa, el Tribunal empieza recordando que la imposición de una sanción sólo es

## XI. Administración Laboral

posible cuando la conducta imputada está tipificada, debiendo efectuarse una interpretación restrictiva del precepto y no siendo admisible la aplicación analógica de las normas punitivas. Hecha esta precisión, y centrándose ya en la resolución del caso, la Sentencia reconoce que la conducta empresarial carece de justificación objetiva, puesto que su intención es la de defraudar los derechos del trabajador. Ahora bien, pese al reproche que pueda merecer, el Tribunal subraya que este comportamiento del empresario no es encuadrable en el tipo previsto en el anterior art. 96.12 ET –actual art. 8.12 LISOS–, por cuanto el carácter temporal de la relación laboral no está incluido entre las diversas causas de discriminación contempladas en el precepto. Como la propia Sentencia explica:

“Si ello es así, y su conducta es reprochable, sin embargo, no se encuadra dentro del supuesto del art. 96, núm. 12, pues no hay una discriminación desfavorable que se funde en las circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a un sindicato, vínculos de parentesco y lengua del Estado Español. Es por tanto necesaria la concurrencia de una de estas causas para que se aplique el supuesto sancionador, en otro caso, incluso podrá estarse en el supuesto tipificado por el código penal (delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 313 y siguientes donde en el art. 314 se recoge la discriminación grave, sin incluir la condición social). Entiende esta Sala que la condición social no hace referencia a la modalidad del contrato de trabajo, sino a circunstancias específicas de trabajador, bien en su persona o en su entorno, pero excluye la posible inclusión del supuesto de relación laboral en cualquiera de sus formas.”

Por último, para poner fin a este repaso sobre los pronunciamientos judiciales en materia de infracciones laborales, simplemente cabe remitirse a lo ya dicho sobre las SSTs de 5 de noviembre de 2001, recurso de casación para unificación de doctrina 2689/1996 y de 6 de noviembre de 2001, Sala Tercera, recurso de casación 2597/1996, relativas a sendos supuestos de contratación en prácticas de varios trabajadores a los que se ofrece un puesto de trabajo que no se corresponde con su titulación, y que aparte de implicar una vulneración del art. 16.3 LISOS por disfrutar indebidamente de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, por sí solos constituyen también una contravención del art. 11 ET encuadrable en el art. 7.2 LISOS (*supra*, 3.C.b).

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) Competencia territorial de los Tribunales españoles. Despido de trabajador extranjero. B) Agente de seguros. C) Variación de la base de cotización a la Seguridad Social. D) Descuentos en nómina. Impuestos. E) Sanciones impuestas por el INEM. F) Contrato de agencia.

**3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Administración Pública. Convocatoria de plazas laborales de nuevo ingreso. B) Voluntariado. C) Transportistas con autorización administrativa. D) Expediente de regulación de empleo. Impugnación de acuerdo autorizado por resolución administrativa. E) Reclamación de Mutua contra la TGSS. Capital coste prestaciones. F) Reportero gráfico. G) Contrato de embarque en buque de bandera extranjera. Empresa argentina. H) Abogado. I) Jugadora profesional de baloncesto extranjera. Negación de licencia por la Federación Española. Derechos fundamentales.

**4. Conciliación extrajudicial.** A) Agotamiento de la conciliación administrativa previa. Despido. B) Ejecución. Vía de ejecución de sentencia. **5. Actos de comunicación procesal. Notificación defectuosa. 6. Demanda.** A) Acciones declarativas. B) Subsanación. C) Reconvención. **7. Acumulación. Acciones. 8. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. Legitimación del Sindicato cuando la sentencia afecta al interés conjunto de la plantilla. B) Inadecuación de procedimiento. Conflicto colectivo. C) Caducidad. D) Prescripción. **9. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. a) Reclamación salarial. b) Inversión. Vulneración derecho fundamental. B) Prueba indiciaria. Acoso sexual.

**10. Sentencia.** A) Incongruencia. B) Motivación. C) Hechos probados. Insuficiencia. Apreciación de oficio. **11. Audiencia al rebelde. Inadecuación de procedimiento.**

**12. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. B) Reclamación al Estado. C) Descuentos. No proceden si los trabajos prestados son familiares. **13. Recurso de suplicación.** A) Legitimación activa. Sentencia absolutoria. B) Falta de consignación. Despido. C) Afectación general. **14. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos procesales y materiales. B) Falta de motivación. **15. Recurso de revisión.** A) Documento recobrado. B) Maquinación fraudulenta. **16. Recurso de amparo. Agotamiento de la vía judicial ordinaria. 17. Ejecución de sentencia.** A) Ejecución

provisional. Prestaciones indebidas. B) Relatividad de la inmunidad de Estados extranjeros. **18. Costas procesales. 19. Temeridad y mala fe.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral y que han sido publicadas en los números 9 a 12 (ambos inclusive) del año 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Competencia territorial de los Tribunales españoles. Despido de trabajador extranjero

La STS de 25 de mayo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1812, declara la competencia de la jurisdicción laboral española frente a una demanda por despido de un trabajador nacional suizo que impartía clases en un centro educativo situado en Madrid, patrocinado y financiado por el Estado suizo. Igualmente, el TS considera que el Derecho suizo aplicable al contrato por las partes no había sido probado en la vista del juicio oral, por lo que estima la demanda aplicando la normativa española.

### B) Agente de seguros

La STSJ de Valencia de 3 de mayo de 2001, I.L. J 1840, concluye que el orden social es competente para conocer de una demanda por despido presentada por un trabajador que prestaba sus servicios para una compañía aseguradora, considerando que no debe primar la naturaleza mercantil del vínculo existente entre las partes, al quedar constatado el carácter laboral de su relación, considerando la existencia de dependencia en el desarrollo de las funciones y de la fijación de objetivos a cumplir por parte de la empresa.

### C) Variación de la base de cotización a la Seguridad Social

La STS de 10 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1909, declara la competencia del orden social ante la demanda de un trabajador reclamando un incremento de salario y la inclusión de tal cantidad en la base reguladora de su cotización, considerando que no se está ante un acto recaudatorio de la TGSS, ni ante la impugnación de una resolución de dicho organismo.

### D) Descuentos en nómina. Impuestos

En una discusión derivada de un cambio de la normativa fiscal del IRPF, la STS de 5 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2315, afirma la competencia de la jurisdicción social

## XII. El Proceso Laboral

para conocer de un litigio entre un empresario y sus trabajadores, generado por la procedencia o improcedencia “(...) de que la empresa decida por su propia autoridad efectuar descuentos o compensaciones sobre las cantidades mensuales objeto de normal abono en la nómina salarial para resarcirse de las deudas [generadas por ese cambio de la legislación fiscal] que con ella puedan tener sus trabajadores (...)”.

### E) Sanciones impuestas por el INEM

Conforme a la STS de 11 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2328, el orden social será competente para resolver de la impugnación de sanciones impuestas por el Instituto Nacional de Empleo por percepción indebida de prestaciones. Según dicha sentencia, en el caso de sanciones emanadas de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa.

### F) Contrato de agencia

La STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2001, I.L. J 2584, declara la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de la pretensión de despido de un supuesto agente, habiéndose constatado la inexistencia del contrato de agencia. El TSJ considera que no dan en este caso los requisitos exigidos por la Ley de Agencia, existiendo en consecuencia una relación laboral entre las partes.

## 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

### A) Administración Pública. Convocatoria de plazas laborales de nuevo ingreso

La STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2001, I.L. J 1926, manifiesta la incompetencia de la jurisdicción laboral para resolver de la impugnación contra el acto administrativo de convocatoria de unas oposiciones, al hallarse el procedimiento en sede administrativa, sin que se hubiera superado aún el proceso concreto de selección.

### B) Voluntariado

La STSJ de Aragón de 27 de julio de 2001, I.L. J 1788, declara la incompetencia del orden social ante una demanda por despido de una persona que prestaba voluntariamente sus servicios, sin retribución alguna, en un programa de voluntariado, al entender que tal relación debe quedar excluida del ámbito laboral.

### C) Transportistas con autorización administrativa

La STC 187/2001, de 19 de septiembre, recurso de amparo 3992/1997, I.L. J 2134, analiza la constitucionalidad del artículo 1.3.g).2 ET (exclusión del ámbito laboral de los transportistas autónomos), con motivo de un recurso de amparo presentado por un transportista que reclama que la jurisdicción laboral se declare competente para conocer de su despido. El TC se remite a su propia jurisprudencia (STC 227/1988) para reafir-

mar la constitucionalidad del citado precepto, manifestando que el carácter mercantil de la relación justifica la incompetencia del orden social. En idéntico sentido se pronuncia la STC 179/2001, de 17 de septiembre, recurso de amparo 5498/1997, I.L. J 2133.

#### **D) Expediente de regulación de empleo. Impugnación de acuerdo autorizado por resolución administrativa**

La SAN de 17 de mayo de 2001, I.L. J 2114, establece la incompetencia de la jurisdicción laboral para resolver sobre la impugnación de parte sustancial de un acuerdo asumido por una resolución administrativa autorizando un expediente de regulación de empleo, remitiéndose a la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a la propia jurisprudencia de la Sala y a las decisiones de la Sala de Conflictos de Competencia.

#### **E) Reclamación de Mutua contra la TGSS. Capital coste prestaciones**

Conforme a la STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2001, I.L. J 2225, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de una reclamación planteada por una Mutua contra la TGSS solicitando el reintegro de un ingreso indebido, derivado de un error en el capital coste de prima ingresado para cubrir prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo. No se trata de una controversia que afecte a prestaciones ya reconocidas en su día, ni existir responsabilidad empresarial alguna.

#### **F) Reportero gráfico**

La jurisdicción laboral no es competente para conocer de la reclamación por despido interpuesta por un reportero gráfico que prestaba sus servicios para TVE en virtud de un contrato verbal de arrendamiento de servicios, figurando inscrito en los correspondientes registros profesionales, estando de alta en el RETA y en la licencia fiscal, e incluyendo en su facturación el correspondiente IVA, tal y como establece la STS de 25 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2261. Igual criterio se contiene en la STS de 19 de noviembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2411.

#### **G) Contrato de embarque en buque de bandera extranjera. Empresa argentina**

Conforme a la STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2001, I.L. J 2596, cabe apreciar la excepción de incompetencia de jurisdicción al versar la controversia sobre un contrato de embarque suscrito en Portugal con una empresa domiciliada en Argentina, para prestar servicios en un buque de bandera y registro portugueses. El actor no había prestado sus servicios en España, no se había celebrado el contrato en territorio español, ni se ha acreditado que se hubiera recibido oferta de trabajo alguna en España.

#### **H) Abogado**

La jurisdicción laboral no es competente para resolver de la reclamación presentada por un abogado contratado para la prestación de sus servicios profesionales, en virtud de

## XII. El Proceso Laboral

contrato escrito. A este respecto, se considera la ausencia del elemento de dependencia, el pago del correspondiente IVA sobre la retribución económica satisfecha y, especialmente, la expresa denominación de su vínculo por las partes como “no laboral”. Todo ello conforme a la STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001, I.L. J 2590.

### **I) Jugadora profesional de baloncesto extranjera. Negación de licencia por la Federación Española. Derechos fundamentales**

La STSJ de Navarra de 22 de octubre de 2001, I.L. J 2543, declara la incompetencia del orden jurisdiccional social y la competencia del contencioso-administrativo, para resolver de una demanda de protección de derechos fundamentales interpuesta por una jugadora profesional de baloncesto de nacionalidad polaca, contra la Federación Española de Baloncesto, ante la negación de concesión de la licencia solicitada por la actora. El TSJ se remite al criterio sentado por la Sala de Conflictos del TS, determinando el carácter administrativo de los actos realizados por la llamada “Administración corporativa” (como son las federaciones deportivas), en ejercicio de las funciones delegadas de la administración deportiva.

## **4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

### **A) Agotamiento de la conciliación administrativa previa. Despido**

La STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2001, I.L. J 1927, no aprecia una falta de agotamiento de la conciliación administrativa previa a la demanda judicial de despido, por haberse proporcionado un domicilio incorrecto de la empresa que impidió su asistencia al acto de conciliación. Según el TSJ, considerar lo contrario produciría un efecto excesivo y desproporcionado, pues no se llegó a ocasionar indefensión a la demandada que “(...) llegó a tener conocimiento de la celebración del juicio, asistió al mismo y pudo efectuar las alegaciones y practicar las pruebas pertinentes en defensa de sus intereses (...)”.

### **B) Ejecución. Vía de ejecución de sentencia**

La STS de 26 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2358, establece que el acuerdo contenido en una conciliación extrajudicial, aun careciendo de la fuerza de cosa juzgada, sí tiene naturaleza de contrato transaccional, no cabiendo por lo tanto exigir su cumplimiento por la vía de un proceso declarativo ordinario, sino acudir a la vía de ejecución de sentencia, dado el carácter del citado título.

## **5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA**

La STS de 25 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2002, dictada en unificación de doctrina, ordena la reposición de los autos al momento de señalamiento para juicio, al no haberse notificado la citación en el domicilio de la demandada, sino en una dirección errónea. Dado que la demandada era una asociación empresarial, la sentencia señala que el sindicato demandante pudo haber localizado fácilmente el domicilio correcto.

## 6. DEMANDA

### A) Acciones declarativas

La STS de 22 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1817, dictada en unificación de doctrina, confirma la jurisprudencia que señala la falta de acción en aquellas acciones declarativas en las que “(...) el interés del actor no es directo, actual y concreto, sino que viene referido a una situación de proyección futura (...)”. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 20 de julio y de 25 de septiembre de 2001, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1881 y 2198, al detectar que la controversia real objeto de la acción declarativa se refiere a un “conflicto meramente preventivo”; así como la STS de 21 de noviembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2558, al señalar que el demandante está ejercitando “una acción de futuro”. Por el contrario, la STS de 2 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2301, señala que la acción por la que se solicita que se condene a la empleadora a una más prolongada y cuantiosa cotización a la Seguridad Social, no es una mera declaración de futuro, no existiendo falta de acción.

### B) Subsanción

La STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2001, I.L. J 2243, declara la nulidad de la sentencia de instancia y el archivo de las actuaciones por inconcreción de los conceptos reclamados en la demanda. Requerido por el Juzgado para subsanar dicho defecto, el actor presentó escrito de aclaración de la demanda fuera del plazo de establecido en el artículo 81 de la LPL, por lo que el TSJ declara que dicho escrito no puede tomarse en consideración. Concorre además la circunstancia de que la demanda era, a juicio del TSJ, idéntica a una anterior presentada por el mismo actor, que dio lugar a una sentencia del mismo Juzgado de lo Social también declarada nula por el TSJ por idéntica falta de concreción.

### C) Reconvenición

La STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2001, I.L. J 2017, autoriza la compensación de la deuda salarial de la empresa con la deuda del trabajador por incumplimiento del plazo de preaviso, tal y como recogía el convenio colectivo aplicable, señalando que no se trata de una sanción, sino de un resarcimiento por el perjuicio producido a la empresa al privarle de unos servicios sin avisar con la antelación suficiente. Por otro lado, la STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2001, I.L. J 2598, autoriza la ejecución parcial de la sentencia dictada en reclamación de cantidad en cuanto al importe por el que se condena a la empresa demandada, a pesar de que el mismo fallo reconocía la reconvenición planteada por la demandada contra el actor y condenaba a este último al abono de otra cantidad, condena que el actor reconvenido había recurrido en suplicación.

### 7. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STSJ de Madrid de 17 de julio de 2001, I.L. J 2086, declara válida la acumulación de demandas efectuada por el Juzgado de lo Social en relación con una ejecución de acta de conciliación, en la que se reconoce la nulidad del despido, y una impugnación de la decisión de movilidad geográfica. El TSJ señala que la pretensión subyacente es única, consistente en la reclamación contra la readmisión irregular de la actora por parte de la empresa, y señala que la decisión empresarial del desplazamiento de la actora, quien se encontraba en avanzado estado de embarazo, tenía como único objetivo no cumplir el acuerdo de conciliación. Por otro lado, la STS de 26 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2205, dictada en unificación de doctrina, declara la nulidad de todo lo actuado a partir del momento inmediatamente posterior a la interposición de la demanda, por haberse acumulado indebidamente las acciones de fijeza y de clasificación profesional. En relación con la clasificación profesional, la STSJ de Baleares de 29 de septiembre de 2001, I.L. J 2453, recuerda que la desestimación de la clasificación profesional determina que no pueda ser estimada la pretensión accesorio de la misma, en este caso la reclamación de diferencias salariales acumulada a la demanda.

### 8. EXCEPCIONES

#### A) Falta de legitimación activa. Legitimación del Sindicato cuando la sentencia afecta al interés conjunto de la plantilla

La STC 215/2001, de 29 de octubre, recurso de amparo 1990/1999, I.L. J 2384, estima la pretensión del sindicato recurrente y declara su legitimación activa en un procedimiento laboral de oficio consecuencia de un procedimiento administrativo sancionador por cesión ilegal de trabajadores. Señala la sentencia que, si bien es cierto que el pronunciamiento judicial afectará tan sólo a los empresarios y trabajadores afectados por la cesión, en la empresa usuaria existen importantes riesgos cancerígenos que desbordan esos intereses meramente particulares para afectar plenamente al interés del conjunto de los trabajadores. La sentencia cuenta con un voto particular disidente.

#### B) Inadecuación de procedimiento. Conflicto colectivo

La SAN de 23 de julio de 2001, I.L. J 2124, declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para decidir sobre el reconocimiento del derecho de todos los trabajadores de formar parte de un plan de previsión, puesto que la decisión en el caso de autos no puede ser homogénea e indiferenciada, sino que exige particularización.

#### C) Caducidad

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de julio de 2001, I.L. J 1962, sigue la línea jurisprudencial según la cual el que no se impugne en plazo la resolución de la Entidad Gestora denegatoria de la prestación solicitada únicamente produce la caducidad de la instancia, quedando a salvo el derecho del beneficiario de reabrir la vía administrativa

mediante una nueva reclamación previa. Según la **STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2001**, I.L. J 2098, el plazo de caducidad de 20 días hábiles no es aplicable a las acciones de conflicto colectivo que se dirijan contra decisiones empresariales sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo no amparables en el artículo 41 del ET, por no haber cumplido la empresa con los requisitos establecidos en dicho precepto. Finalmente, la **STS de 24 de septiembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2196, dictada en demanda de error judicial, señala que el plazo de 3 meses previsto para este tipo de demandas en el artículo 293.1.a) de la LOPJ es de caducidad y no se interrumpe por la previa presentación de un recurso de amparo ante el TC.

#### **D) Prescripción**

La **STS de 11 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2159, confirma, en relación con el plazo de prescripción para reclamar el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, que, tras la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 45.3º de la LGSS, introducida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, ha quedado sin efecto la jurisprudencia del TS que admitía un plazo excepcional de 3 meses adicionales a dicho plazo cuando en la percepción de prestaciones concurría la buena fe inequívoca del beneficiario y una demora prolongada por parte de la entidad gestora. La sentencia se remite a la literalidad del precepto citado, que establece un plazo de cuatro años “con independencia de la causa que originó la percepción indebida”. En materia de reclamación al FOGASA de la indemnización legal por extinción del contrato por causas objetivas, la **STS de 21 de noviembre de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 2556, dictada en unificación de doctrina, declara que el día a quo a partir del cual los trabajadores pueden reclamar al FOGASA, no ha de ser la fecha de firmeza de la sentencia, sino la fecha del auto de insolvencia empresarial.

## **9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA**

### **A) Carga de la prueba**

#### **a) Reclamación salarial**

En un procedimiento de reclamación de cantidad, seguido a instancias de un facultativo del Servicio Vasco de Salud, al que se le había venido reduciendo el número de cartillas asignadas en base al cual se fijaba su retribución, la **STSJ del País Vasco de 10 de julio de 2001**, I.L. J 2013, declara que los tribunales deben tener presente, en relación con la carga de la prueba, la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes. Alega el TSJ lo previsto en el artículo 217.6 de la nueva LEC. En consecuencia, el TSJ confirma la sentencia de instancia que estimó la reclamación salarial por falta de acreditación de las causas que dieron lugar a la disminución salarial del actor, al no poder controlar el demandante las altas y bajas de los pacientes, ni las variaciones que cualesquiera otros datos que pudieran influir en esa fluctuación.

### b) Inversión. Vulneración derecho fundamental

La STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001, I.L. J 2619, analiza un supuesto de despido en el que el actor solicitaba nulidad del acto extintivo por vulneración de su garantía de indemnidad: el actor alegaba que fue despedido por la empresa al haber ejercitado previamente acciones judiciales contra la misma. El TSJ, con cita de múltiples sentencias de TC –por todas, STC 82/1997– concluye que: (i) corresponde al demandante acreditar la existencia de indicios que indiquen la violación del derecho fundamental cuya tutela se reclama –no basta con introducir ante el tribunal meras sospechas–; (ii) el empresario debe acreditar que su conducta se haya totalmente desligada del móvil atentatorio de ese derecho fundamental, acreditando que las razones del despido eran reales y razonables. Es decir, una vez alegados y acreditados los indicios de esa vulneración, en el empresario recae la prueba de convencer al juzgador sobre la razonabilidad de las causas del despido que, verosíblemente se hubiera producido en todo caso. Por su parte, la STSJ de Madrid de 16 de octubre de 2001, I.L. J 2576, analiza otro supuesto de vulneración de derechos fundamentales –en esta ocasión de un representante legal de los trabajadores– en el que el actor no fue capaz de acreditar esos indicios indicativos de la presunta conducta vulneradora empresarial que, a su juicio, consistía en haberle suprimido un complemento retributivo. Dice literalmente la sentencia que “(...) no existe indicio que pudiera hacer presumir la violación del derecho de libertad sindical y determinara el traslado de la carga probatoria a la empresa (...)”.

### B) Prueba indiciaria. Acoso sexual

La STC 207/2001, de 22 de octubre, recurso de amparo 1515/1998, I.L. J 2381, analiza una presunta vulneración de derechos fundamentales a instancias de una trabajadora que alegaba haber sufrido acoso sexual en el trabajo. En el proceso ordinario, la actora no logró acreditar dicha situación, pues únicamente utilizó un medio de prueba –informe pericial caligráfico– que no resultó indubitado a juicio del Juzgador *a quo* al basarse en un cuerpo de escritura inadecuado. Alega la demandante de amparo la inaplicación de la llamada prueba indiciaria en el proceso laboral, por cuanto dicho informe pericial, aun cuando no fuera concluyente, servía para aportar un principio de prueba. El TC declara que no puede cobijarse bajo ese principio la falta de prueba sólo imputable a la parte actora, pues podría haber interesado un cuerpo de escritura apropiado a los efectos probatorios perseguidos, lo que no hizo.

## 10. SENTENCIA

### A) Incongruencia

La STS de 23 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1876, declara incongruente la sentencia dictada en suplicación en un procedimiento sobre invalidez. El reclamante solicitaba se le reconociera una incapacidad permanente total y subsidiariamente parcial para la profesión habitual derivada de accidente no laboral. El TSJ entendió que las dolencias del actor no le impedían desempeñar adecuadamente las principales tareas de su puesto de

trabajo, desestimando por tanto su pretensión, sin ninguna referencia a su petición subsidiaria. El TS entiende que en dicha sentencia existe una incongruencia omisiva, pues no se resolvieron “(...) todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (...) con la consiguiente producción de indefensión (...)”.

### **B) Motivación**

La STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001, I.L. J 2618, resulta de particular interés por exponer la doctrina del TC sobre motivación de sentencias. Citando varias sentencias de TC, esta sentencia señala que estarán debidamente motivadas aquellas resoluciones que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales que han fundamentado la decisión del juzgador. Por el contrario, la falta de motivación existirá cuando la sentencia carezca de “(...) todo proceso argumentativo que permita deducir las razones en Derecho del órgano judicial (...)”. En el caso concreto enjuiciado, concluye el TS que la sentencia de instancia está perfectamente motivada, pues aun cuando no se haya efectuado cita expresa del precepto legal en que se basa la decisión, ello no impide en modo alguno que se puedan conocer las razones jurídicas en que se apoya su fallo.

### **C) Hechos probados. Insuficiencia. Apreciación de oficio**

La STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2001, I.L. J 2604, declara que la insuficiencia de hechos probados es cuestión de orden público que puede apreciarse de oficio. Dicha sentencia declara la nulidad de la de instancia por cuanto la misma no hacía constar un dato imprescindible para decidir sobre la pretensión de la parte actora –continuar percibiendo una prestación de invalidez no contributiva–.

## **11. AUDIENCIA AL REBELDE. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO**

La STS de 24 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2000, confirma una vez más el criterio de esa Sala declarando que “(...) desde que se modificó el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el incidente de audiencia al rebelde ha quedado reducido a sus justos límites de utilidad procesal, es decir para amparar, en su caso, a quien habiendo sido citado en forma legal, acredita la imposibilidad de haber comparecido al acto procesal para el que fuera convocado, sin culpa suya; pero cuando lo que ha sucedido es que se niega (...) la existencia de su citación en forma legal, y se atribuye a la Sentencia el haber sido dictada *inaudita parte*, es claro que el supuesto que se configura por la pretensión actuada es uno de los contemplados en el núm. 3 del mencionado art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a saber la concurrencia de un defecto procesal (...) con la indefensión consistente en no haber podido comparecer y defenderse en el juicio (...)”.

### 12. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

#### A) Ofrecimiento y depósito

La STSJ de Galicia de 25 de septiembre de 2001, I.L. J 2216, confirma la sentencia de instancia y condena a la demandada a abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, por cuanto el depósito de la indemnización y salarios de tramitación ofrecidos en el acto de conciliación administrativa no se ajustaba a lo establecido en el artículo 56.2 del ET. La empresa ofreció y depositó tales conceptos en base al SMI y no al salario establecido para la categoría laboral de la actora en el correspondiente convenio colectivo. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2001, I.L. J 2244, declara que los efectos interruptivos de los salarios de trámite son de aplicación aun cuando: (i) en el acta de conciliación no se hiciera constar expresamente que se reconoce la improcedencia del despido “(...) (pues) qué mayor reconocimiento que ofrecer y consignar las cantidades correspondientes a indemnización y salarios de tramitación (...)”; (ii) exista una mínima o insignificante diferencia entre lo reconocido y ofrecido; (iii) hayan transcurrido más de 48 horas para efectuar la consignación de las cuantías (en el caso analizado, la consignación se produjo en el plazo de 50 horas), siendo éste un mero error excusable. Dicha sentencia cita, entre otras, las SSTs de 15 de noviembre de 1996, de 30 de septiembre y 11 de noviembre de 1998, y la STSJ de Cantabria de 10 de agosto de 1999.

#### B) Reclamación al Estado

La STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2001, I.L. J 1932, analiza el período de salarios de tramitación computable a efectos de su reclamación al Estado en virtud de lo previsto en el artículo 119 de la LPL. En el procedimiento en cuestión se acredita su suspensión en tres ocasiones, dos de ellas de mutuo acuerdo entre las partes para ampliación de la demanda y otra a instancias del juzgador para ampliar demanda y citar a un codeemandado. El Estado deduce del cómputo total de los salarios a abonar, los períodos de tiempo de esas tres suspensiones de la tramitación, a lo que se opone la empresa demandante. La sentencia estima que, si bien dichas suspensiones amparan conceptualmente su deducción del cómputo salarial, no pueden imputarse todos esos períodos en su integridad a la demandante que, en todo caso, actuó con la debida diligencia ampliando la demanda al día siguiente en cada caso. En consecuencia, siendo el órgano judicial quien incumplió las previsiones del artículo 83 de la LPL respecto del plazo para un nuevo señalamiento, sólo cabrá deducir del cómputo los diez días a que alude la citada disposición en cada caso. En esta misma materia, la STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2001, I.L. J 2451, declara que el Estado sólo es responsable de los salarios de tramitación devengados desde la presentación de la demanda hasta la fecha de notificación de la sentencia, siempre que ese período supere los 60 días hábiles, cuyo coste debe, en todo caso, ser asumido por la empresa demandada.

**C) Descuentos. No proceden si los trabajos prestados son familiares**

Acreditado que la trabajadora despedida había venido prestando servicios durante el procedimiento por despido, se interesa de contrario en ejecución de sentencia la inaplicación de los correspondientes salarios de tramitación. La STSJ de Valencia de 5 de abril de 2001, I.L. J 1827, declara que no procede tal descuento por cuanto quedó evidenciado que esos trabajos fueron familiares, dado el grado de parentesco y convivencia de la trabajadora con el dueño de la empresa —que era su marido—, no existiendo por tanto relación laboral.

**13. RECURSO DE SUPLICACIÓN****A) Legitimación activa. Sentencia absolutoria**

La STSJ de Galicia de 25 de septiembre de 2001, I.L. J 2217, con referencia a la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2000, la cual contiene la doctrina del TS al respecto, declara la falta de legitimación activa para la interposición de un recurso de suplicación de quien no ha resultado perjudicado por la sentencia de instancia, sin que pueda entenderse que la mera apreciación subjetiva del litigante absuelto por unos lejanos y potenciales perjuicios extraprocesales sea suficiente para generar el interés protegido que confiere la legitimación para recurrir.

**B) Falta de consignación. Despido**

La STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2001, I.L. J 2283, concluye, en aplicación de la doctrina sentada por la STS de 17 de febrero de 1999, que la consignación efectuada para recurrir en suplicación una sentencia sobre despido que no incluye la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación, resulta insuficiente, por cuanto la obligación de consignar afecta a los dos términos de la condena —indemnización y salarios de tramitación— y ello aunque se opte por la readmisión del trabajador. El incumplimiento de esta obligación constituye un defecto insubsanable.

**C) Afectación general**

Las SSTS de 9 julio y de 19 de septiembre de 2001, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1904 y 1994, sintetizan la actual doctrina jurisprudencial unificadora respecto a la interpretación del requisito de “afectación general” del artículo 189.1.b) de la LPL en los siguientes puntos: (i) debe existir una “ (...) situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o un gran número de los trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma (...)”, sin que sea suficiente que dicha norma sea de aplicación en masa, pues en tal caso, determinados conflictos, como los de Seguridad Social, tendrían siempre acceso a la suplicación; (ii) la afectación general debe ser alegada y probada en el proceso seguido ante el Juzgado de lo Social, con reflejo en el acta del

## XII. El Proceso Laboral

juicio y en la sentencia, salvo que se trate de un hecho notorio o sobre el que exista conformidad de las partes; (iii) la notoriedad debe referirse al momento en que se dictó la sentencia de instancia, y debe ser necesariamente alegada por la parte interesada.

### 14. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

#### A) Contradicción: requisitos procesales y materiales

La STS de 19 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1887, declara que la exigencia del artículo 222 de la LPL consiste en precisar los puntos sobre los que se discrepa, especificando de manera individualizada los hechos, fundamentos y pretensiones de cada sentencia contrastada. Así, los términos de la comparación deben ser los hechos, fundamentos, pretensiones y pronunciamientos en Derecho, sin que baste una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias. Por su parte, la STS de 26 de septiembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2205, anula la sentencia recurrida por haber permitido el acceso a suplicación, y por consiguiente a la unificación de doctrina, a una acción de clasificación profesional que lo tiene vedado por mandato legal. El TS aplica así la doctrina sentada por la STS de 21 de noviembre de 2000, Sala Cuarta, dictada en Sala General, conforme a la cual, la regla general que impone la obligación de acreditar la debida contradicción en el plano sustantivo, también exigible para las infracciones procesales, quiebra a favor del examen *ex officio* de la competencia funcional de la Sala o a la falta manifiesta de jurisdicción. La STS de 29 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2364, aplica la doctrina jurisprudencial que exige que las sentencias de contraste tengan la condición de firmes (SSTS de 4 y 17 de diciembre de 1997, entre otras), así como que dicha firmeza se haya producido antes de la publicación de la sentencia recurrida (STS de 14 de julio de 1995). La STS de 28 de noviembre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2563, inadmite el recurso de casación a la vista de la insuficiente relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada por el recurrente. En la sentencia de contraste aportada no figuraban expresamente los hechos probados de la sentencia de instancia que se dan por reproducidos, por lo que el Tribunal carece de los términos hábiles para conocer el fondo del asunto. El recurrente debió haber aportado dicha sentencia de instancia.

#### B) Falta de motivación

La STS de 27 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1870, inadmite un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la base de que el escrito de interposición del recurso se limita a exponer comparadamente lo resuelto por las dos sentencias, sin fundamentar el motivo del recurso, ni citar norma alguna del ordenamiento jurídico que haya sido infringida por la resolución recurrida, afirmando únicamente que considera más acertada la solución de la sentencia de contraste que la de la recurrida.

## 15. RECURSO DE REVISIÓN

### A) Documento recobrado

La STS de 27 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1871, resume de forma clara la jurisprudencia que delimita lo que debe entenderse por “documento recobrado” a efectos de lo dispuesto en el artículo 1796.1 de la LEC de 1881 (artículo 510 de la LEC de 2000). El documento debe responder a las siguientes características: (i) que existiera en el momento de dictarse la sentencia impugnada; (ii) que no le hubiera sido posible a la parte su aportación al proceso por haber estado “detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia”; (iii) que sea decisivo, es decir, que tenga valor y eficacia suficiente para lograr que el fallo de la sentencia sea diferente o contrario al pronunciado; (iv) que haya sido recuperado después de que la sentencia alcance firmeza, y (v) que con esa base el recurrente realice una prueba cumplida de la causa de la revisión.

### B) Maquinación fraudulenta

La STS de 2 de octubre de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 2055, estima el recurso de revisión con fundamento en la maquinación fraudulenta del trabajador que no indicó correctamente el número de la calle del domicilio del demandado, conducta que dio lugar a su incomparecencia y consiguiente indefensión en el juicio. En el momento de interponer la demanda, el trabajador estaba en perfectas condiciones de consignar correctamente el número de la calle del domicilio del empresario, por cuanto había firmado diversos documentos contractuales y un recibo de finiquito donde constaba su dirección completa. El TS entiende que tal incorrección se produjo de forma dolosa o con falta de la diligencia procesal exigible, por lo que resulta de aplicación el elemento subjetivo de la maquinación fraudulenta del artículo 1796.4 de la LEC de 1881.

## 16. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La STC 190/2001, de 1 de octubre, recurso de amparo 4459/1997, I.L. J 2378, confirma la doctrina constitucional y con cita de múltiples sentencias de TC, señala que la parte no está obligada a interponer recursos de dudosa viabilidad –como lo puede ser el de casación para la unificación de doctrina– para agotar la vía judicial ordinaria a efectos de respetar la subsidiariedad del amparo. En consecuencia, el TC declara que ese requisito debe ser interpretado de manera flexible y finalista, siendo en todo caso exigible que en la vía jurisdiccional ordinaria a los tribunales se les haya dado la oportunidad de remediar la lesión cometida.

## XII. El Proceso Laboral

### 17. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

#### A) Ejecución provisional. Prestaciones indebidas

La STSJ de Valencia de 24 de abril de 2001, I.L. J 1838, interpreta, a sensu contrario, el artículo 292 de la LPL, declarando que la Entidad Gestora que ha obtenido una sentencia favorable en la instancia en materia de reintegro de prestaciones indebidas puede dejar de abonar la prestación durante la tramitación del recurso, pero el reintegro de lo abonado con anterioridad sólo podrá obtenerlo una vez firme la sentencia.

#### B) Relatividad de la inmunidad de Estados extranjeros

El artículo 21.2 de la LOPJ y las normas de Derecho Internacional público al que tal precepto se remite, no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros, sino que permiten afirmar la relatividad de la misma, asentada en la distinción entre bienes destinados a actividades *iure imperii*, es decir, en las que está empeñada la soberanía del Estado, y bienes destinados a actividades *iure gestionis*, o lo que es lo mismo, actividades en las que el Estado no hace uso de su potestad de imperio y actúa de la misma manera que un particular. Así lo ha declarado la STC 176/2001, de 17 de septiembre, recurso de amparo 1403/1997, I.L. J 2131.

### 18. COSTAS PROCESALES

Según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de julio de 2001, I.L. J 1774, la exención de efectuar consignaciones y depósitos que establece el artículo 227.4 de la LPL, no equivale a la concesión por ley del beneficio de justicia gratuita, por lo que procede pronunciarse respecto de las costas en la forma prevista en el artículo 233.1 de la LPL. Esta sentencia resuelve un recurso de suplicación interpuesto por la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, que resulta desestimado.

### 19. TEMERIDAD Y MALA FE

La STSJ de Madrid de 18 de julio de 2001, I.L. J 2090, confirma la sentencia de instancia que condena al abono de una multa por temeridad al trabajador que plantea un litigio de reclamación de cantidad tras haber firmado un recibo de saldo y finiquito, dándose por “satisfecho y liquidado de cuantas cantidades pudieran corresponderle por los servicios prestados a la empresa”, con renuncia expresa a cualquier reclamación posterior por cualquier concepto. La meritada sentencia entiende que el Magistrado de instancia ha interpretado correctamente el artículo 97.3 de la LPL que permite imponer un castigo pecuniario cuando el actor obra con mala fe o notoria temeridad, por cuanto “(...) el litigio planteado no tiene la más mínima consistencia (...)”.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ  
GONZALO XAVIER ARENAS CALLEJA  
IDOIA BENGOA GEISLER  
MARINA MENGOTTI GONZÁLEZ



**XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO****Sumario:**

**Consideración preliminar. 1. Responsabilidad contractual.** A) Falta de medidas de seguridad. B) Exoneración de la responsabilidad. C) Inaplicación del principio *non bis in idem*.

**2. Recargo de prestaciones.** A) Interpretación. B) Nexo causal.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En la presente crónica está incluido el análisis de las decisiones del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia aparecidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1770 a 2626), correspondientes a los meses de diciembre de 2001 y enero, febrero y marzo de 2002, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

La falta de cumplimiento por parte del empresario de los deberes de seguridad y salud, en sus distintas facetas, como la falta de formación e información a sus trabajadores, o la falta de medidas generales o particulares de seguridad, exigibles reglamentariamente, son objeto constante de examen judicial, imputándose al empresario la responsabilidad por omisión de la deuda de seguridad que tiene contraída con sus trabajadores.

**1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL****A) Falta de medidas de seguridad**

El deber de seguridad o “deuda de seguridad” del empresario con sus trabajadores viene configurado claramente en nuestro ordenamiento jurídico (SSTSJ de La Rioja de 21 de diciembre de 1994; 25 de mayo, 15 de noviembre y 5 de diciembre de 1995; 10 de abril de 1997; 2 de julio y 3 de noviembre de 1998; 3 de febrero y 10 de octubre de 2000). El art. 4.2.d) LET establece que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho (...) a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene”, derecho que ratifica el art. 19.1 de la misma Ley diciendo: “El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

Por su parte, el art. 7 de la Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprobó la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el que se concreta el alcance de las correlativas obligaciones del empresario para salvaguardar tal derecho, dispone, entre otras, que “son obligaciones generales del empresario (...) 2. Adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa (...) 11. Facilitar instrucción adecuada al personal antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle, y sobre la forma, métodos y procesos que deban observarse para prevenirlos o evitarlos”. En la misma línea el art. 16 del Convenio núm. 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 22 de junio de 1985 impone a los empleadores, en la medida en que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores.

Como pone de manifiesto la **STSJ de Navarra de 30 de julio de 2001**, I.L. J 1967, existe esta responsabilidad empresarial cuando la falta de medidas de seguridad consiste en:

“falta de formación e información al trabajador de los riesgos de su trabajo ha sido la causa directa del accidente de trabajo debido ‘al desconocimiento del funcionamiento correcto de la puerta de acceso’ pues tan sólo se conocía el mismo a través de su transmisión ‘boca a boca’”.

La falta de medidas de seguridad en la empresa y su consiguiente responsabilidad es apreciada por nuestros Tribunales cuando la misma se debe a alguno o algunos de los aspectos relacionados con su trabajo, como señala la **STSJ de Extremadura de 7 de septiembre de 2001**, I.L. J 2152:

“cuando los gases y vapores se venían detectando por el olor desde bastante tiempo atrás con pleno conocimiento del gerente de la gasolinera hasta el extremo de que fueron numerosas (...) las denuncias del vecindario que provocaron la correspondiente inspección (...) requiriéndose para que se hiciese por la propiedad las revisiones y se aumentara la frecuencia de limpieza de pozos de decantación, lo que no se llegó a realizar por problemas con la empresa habitual de limpiezas, tampoco se adoptó ninguna otra medida para evitar la concentración de vapores de donde emanaban (...)”

En efecto, el art. 14.2 LPRL establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo (...)”, señalándose en el art. 15.4 de la misma Norma: “que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Así lo tienen declarado las SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 1999, I.L. J 1831, de Navarra de 30 de noviembre de 1999, I.L. J 1609, de Cataluña de 4 de noviembre de 1999, I.L. J 2024 y 8 de noviembre de 1999, I.L. J 2025, y de Castilla y León (Burgos) de 20 de

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

marzo de 2000, I.L. J 484, entre otras muchas, donde se observa la conducta imprudente del trabajador que no utiliza las medidas adoptadas por la empresa y puestas a su disposición. Por su parte, el art. 17.1 LPRL establece que “el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores”.

En base a estos preceptos legales, la **STS de 8 octubre de 2001**, I.L. J 2316, estima que:

“el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esa protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de las medidas de seguridad, pero sí que la vulneración de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de esas infracciones”.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo contempla el caso de infracción del art. 41 del Real Decreto 1495/1986 relativo a seguridad en las máquinas y, concretamente, a la “parada de emergencia” que toda máquina debe contener para ser parada lo más rápidamente posible con el fin de evitar o minimizar los posibles daños. A luz de los hechos enjuiciados, el Tribunal Supremo advierte que:

“la máquina en que se produjo el accidente carecía, tanto de un mecanismo de paro que el trabajador pudiera accionar desde su puesto de trabajo en caso de emergencia, como de un mecanismo de parada automática que funcionara tan pronto se levantara la carcasa protectora”.

#### **B) Exoneración de la responsabilidad**

Pero el cumplimiento de las normas reglamentarias sobre seguridad por parte del empresario es un cumplimiento sumamente escrupuloso, de tal manera que si así ha sucedido, el empresario no será responsable de los accidentes producidos.

La **STSJ de La Rioja de 24 de julio de 2001**, I.L. J 1977, procede al estudio del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, concretamente estudia la obligación de disponer de plataformas de trabajo con barandillas de 90 cm cuando los trabajos se realicen a partir de los 2 metros de altura, llegando a la conclusión desestimatoria del recurso planteado por el trabajador, porque:

“el actor cayó mientras trabajaba a una altura de 1’75 metros (...) y no era preceptiva ni la colocación de barandillas ni la sujeción con arneses (...)”

Este cumplimiento normativo por parte del empresario queda también puesto de manifiesto en la **STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2001**, I.L. J 2232, cuando el acci-

dente ha tenido su causa exclusivamente en un descuido o caso fortuito por parte del trabajador, ya que:

“el accidente se produjo cuando el trabajador, peón de la construcción, estaba cortando mármol con una sierra y a la vez mojaba el instrumento de trabajo y el mármol con agua y así estando con las manos y la ropa mojada cogió una lámpara portátil enchufada en un cable, por lo que la corriente de paso por el portalámparas saltó el magnetotermómetro de la obra”.

### C) Inaplicación del principio *non bis in idem*

La STS de 14 octubre de 2001, I.L. J 2387, analiza la aplicación o no del principio *non bis in idem* a los procedimientos sancionadores seguidos por los supuestos infractores cometidos tanto por la empresa principal como por la subcontratista al haber omitido ambas empresas las pertinentes y obligatorias medidas de seguridad e higiene en el trabajo, cuyo resultado fue la muerte de dos trabajadores.

Con base jurisprudencial suficiente y con cita ejemplificativa de la STC de 15 de octubre de 1990 y SSTs de 16 diciembre de 1994 y de 12 julio de 2001, se declara ahora por el Tribunal Supremo que en este caso:

“no ha existido la identidad de sujetos necesaria para que se aprecie infracción del principio *non bis in idem*”.

## 2. RECARGO DE PRESTACIONES

### A) Interpretación

El art. 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social dispone que “Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajador habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por la STSJ de Cataluña de 22 de enero de 1993 y STSJ de La Rioja de 25 de mayo de 1995, entre otras muchas, el art. 123.1 TRLGSS, dado su carácter punitivo, debe interpretarse restrictivamente, lo que no ha de impedir la aplicación estricta de la norma o permitir la impunidad de la con-

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

ducta negligente de la empresa. Para que opere dicha norma se requiere que exista una adecuada relación de causalidad entre el siniestro productor del resultado lesivo para la vida o la integridad física del trabajador, generador de prestaciones económicas de la Seguridad Social, y la conducta del empleador; y que tal conducta consista en la omisión de las medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, artefactos o instalaciones, centros o lugares de trabajo, ya consista tal omisión en la falta de medidas preventivas o ya sea en su inutilización o deficiente funcionamiento, pudiendo afectar la omisión tanto a las medidas generales como a las particulares de seguridad e higiene exigibles, atendidas las características específicas de cada actividad laboral en concreto puesta en relación con la edad, sexo y demás condiciones del trabajador, aun cuando aquellas medidas de seguridad e higiene no consten detalladas en las normas de policía administrativa. Finalmente, para determinar la responsabilidad de la empresa es preciso un elemento de voluntariedad a título de dolo, culpa o al menos negligencia, responsabilidad que recae directamente sobre el empresario infractor como advierte el citado art. 123.1 TRLGSS, alcanzando a la empresa como responsable en esta materia por los hechos cometidos por sus empleados en su actividad laboral.

#### B) Nexo causal

El nexo causal que debe mediar entre el accidente del que trae causa el hecho lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la conducta pasiva respecto a las medidas de seguridad por parte de la empresa es uno de los factores esenciales para la imposición del recargo de prestaciones. Son numerosas las sentencias que se pronuncian en este sentido, a título de ejemplo, SSTSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2000, I.L. J 790 y 26 de junio de 2000, I.L. J 1542 y STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2000, I.L. J 1067.

La conducta pasiva del empresario puede consistir en una “omisión de aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias” respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, como así lo pone de manifiesto la **STSJ de Extremadura de 7 de septiembre de 2001**, I.L. J 2152, debiéndose producir un accidente a resultas de esta conducta. Es decir, el accidente debe ser consecuencia directa de la conducta omisiva empresarial, ya que como ha declarado la **STS de 8 de octubre de 2001**, I.L. J 2316:

“No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de las medidas de seguridad, pero sí que la vulneración de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de esas infracciones.”

Y, lo que es igualmente importante, esa omisión de medidas de seguridad puede detectarse fácilmente cuando lo que ha omitido el empresario es precisamente uno de los componentes básicos del deber de seguridad, cual es la formación e información al trabajador. La **STSJ de Navarra de 30 de julio de 2001**, I.L. J 1967, lo pone de relieve claramente condenando al empresario al recargo, ya que:

“la falta de formación e información al trabajador de los riesgos de su trabajo ha sido la causa directa del accidente de trabajo debido ‘al desconocimiento del funcionamiento

correcto de la puerta de acceso' pues tan sólo se conocía el mismo a través de su transmisión 'boca a boca'".

De la misma manera, puede haber ciertos elementos que rompan el nexo de causalidad entre la omisión de las medidas de seguridad y los daños causados. Señala, en este sentido, la **STSJ de La Rioja de 24 de julio de 2001**, I.L. J 1977, que el empresario ha cumplido con todas las medidas de seguridad que le señalaban, al respecto, las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (RD 1627/1997, de 24 de octubre), ya que:

“el actor cayó mientras trabajaba a una altura de 1'75 metros (...) y no era preceptiva ni la colocación de barandillas ni la sujeción con arneses (...)”

y la **STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2001**, I.L. J 2232, fijándose ya en concretos elementos de ausencia de esa causalidad, declara la misma cuando el accidente ha tenido su causa exclusivamente en un descuido o caso fortuito por parte del trabajador, ya que:

“el accidente se produjo cuando el trabajador, peón de la construcción, estaba cortando mármol con una sierra y a la vez mojaba el instrumento de trabajo y el mármol con agua y así estando con las manos y la ropa mojada cogió una lámpara portátil enchufada en un cable, por lo que la corriente de paso por el portalámparas saltó el magnetotermómetro de la obra”.

En este sentido se pronunciaron también las SSTSJ de Cataluña de 26 de junio de 2000, I.L. J 1542 y de Castilla y León (Valladolid) de 24 de abril de 2000, I.L. J 1101, refiriéndose bien al caso fortuito, la primera de ellas, o por no haber estado acreditada suficientemente la forma en que ocurrió el accidente, la segunda.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN  
MARGARITA APILLUELO MARTÍN  
RAFAEL GARCÍA LÓPEZ  
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA  
ELISA SIERRA HERNÁIZ

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**M.A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ**

**Manual para la formación de operadores de grúa torre**

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, 2002, 284 páginas]

LEX NOVA

Este manual 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.

El objetivo principal de este manual es aportar todos los contenidos teóricos y prácticos (características de las grúas torre, reglamentación aplicable, etc.) que la norma UNE 58-101-92 establece como de necesario conocimiento para quienes se dediquen a la profesión de gruista.

Contiene, al final de cada unidad, un cuestionario de autoevaluación que permite valorar el nivel de conocimiento adquirido.

**G.P. ROJAS RIVERO**

**El proceso de ejecución laboral**

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 582 páginas]

LEX NOVA

La obra ofrece un estudio sistemático completo de las distintas actividades ejecutivas –comunes y especiales–, en función de los distintos procesos que son competencia del orden social de la jurisdicción, extendiéndose especialmente según el tipo de ejecución –definitiva y provisional–. Distingue, cuando es necesario, los diferentes títulos susceptibles de llevar aparejada ejecución –sentencias, autos, certificaciones de conciliación y laudos–; y termina con el obligado repaso de los recursos susceptibles de interposición en el proceso de ejecución laboral, habiéndose realizado, naturalmente, todo el trabajo, teniendo en cuenta la reforma introducida por la vigente LEC 1/2000.

Estudio del procedimiento o actividad ejecutiva que, en poder del juez laboral, le permite imponer de manera forzosa el cumplimiento de lo juzgado (acordado o arbitrado) ante el incumplimiento voluntario de cualquiera de los títulos ejecutivos, básicamente las sentencias judiciales.

**J.R. MERCADER UGUINA****Derecho del Trabajo: nuevas tecnologías y sociedad de la información**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 296 páginas]

LEX NOVA

El presente estudio se destina a valorar el alcance que debe atribuirse al cambio institucional que las intensas transformaciones, tanto del sistema económico como del social, han producido en el ordenamiento laboral. La globalización de la economía, el impacto de las nuevas tecnologías y la construcción de la nueva “sociedad de la información” han traído consigo profundas modificaciones en aspectos tales como la dogmática del contrato de trabajo, los derechos fundamentales y poderes empresariales, la participación del trabajador en la empresa, así como, por extensión, en los clásicos agentes que han compartido junto al trabajador un papel protagonista en el mundo del trabajo: el empresario, el sindicato y el Estado. Finalmente, el estudio no sólo se ocupa de las mutaciones que están sufriendo los personajes de este universo, sino también de los cambios en los valores que esta nueva realidad social lleva consigo. La hospitalidad, la solidaridad, la integración o la inserción son algunos de los nuevos principios de un Derecho del Trabajo también nuevo.

**J. LLANEZA ÁLVAREZ****Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 536 páginas]

LEX NOVA

El presente manual está especialmente destinado a aquellas personas que, habiendo seguido el curso correspondiente a la parte obligatoria y común de los estudios destinados a la obtención del título de técnico

superior de prevención de riesgos laborales, pretenden continuar su preparación técnica y cursar la especialidad de Ergonomía y Psicología Aplicada.

También está dirigido a quienes sientan un especial interés por esta disciplina y puedan 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, no sólo desde el punto de vista ambiental y físico, sino también desde el organizativo y psicosocial.

Su pretensión de sencillez y utilidad ha requerido una previa definición de conceptos, dada la ausencia de un tratado de Ergonomía en castellano, aún por escribir, terminando por analizar el pasado y el presente preventivo del binomio formado por la interrelación del hombre y su actividad laboral.

**J.A. ESPEO SANTIAGO, F. FERNÁNDEZ ZAPICO, M. ESPEO EXPÓSITO y B. FERNÁNDEZ MUÑOZ****Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 990 páginas]

LEX NOVA

El presente manual está especialmente dedicado a aquellas personas que, habiendo seguido el curso correspondiente a la parte obligatoria y común del curso superior de Prevención de Riesgos Laborales, pretendan continuar sus estudios y cursar la especialidad de Seguridad en el Trabajo.

Se han seleccionado temas prioritarios desde el punto de vista preventivo para analizar pormenorizadamente una serie de actividades que representan, por su importancia, el noventa por ciento de la población activa que en ellas trabaja, sin perjuicio de poder extrapolar las indicaciones aquí recogidas a otros sectores de actividad, dado que

algunas instalaciones, equipamientos o puestos de trabajo son comunes.

Por otro lado, se ha tratado de adaptar la metodología a la gran variedad de actividades analizadas: unos temas recogen una evaluación completa de los riesgos de una empresa, y en otros se presentan los documentos legales y técnicos necesarios para realizarla, acompañados de los comentarios precisos para efectuar las aclaraciones o matizaciones necesarias.

**A.V. SEMPERE NAVARRO (coord.), L. CORDERO SAAVEDRA, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO y R. MARTÍN JIMÉNEZ**

### **Derecho Sancionador Público del Trabajo**

[Colex, Madrid, 2001, 493 páginas]

LEX NOVA

En el presente libro los autores abordan el Derecho Sancionador Público del Trabajo con la común tarea de aportar, de forma clara y objetiva, los conocimientos suficientes de esta materia encuadrada en la amplia parcela del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El manual se estructura en tres partes diferenciadas mostrando, en la primera de ellas, la teoría general del derecho sancionador, deteniéndose en el ámbito de las relaciones laborales y en el estudio pormenorizado de los principios aplicables al mismo.

La imposición de sanciones públicas se reserva en nuestro ordenamiento a la Jurisdicción Penal: sanciones penales, y a la Administración: sanciones administrativas. Trasladando esta afirmación al ámbito laboral los autores han dedicado, la segunda parte del libro, al estudio del Derecho Penal del Trabajo. En ella se exponen, los delitos existentes en materia laboral así como las consecuencias sancionadoras derivadas de tales delitos. Se aborda el delito de tráfico ilegal de mano de obra, de migraciones clandestinas, de discriminación laboral

grave, el delito contra la libertad sindical, contra el derecho a la huelga, y contra la seguridad y salud de los trabajadores y, por último, se incluye el delito de acoso sexual en el trabajo.

Asimismo los autores, en la tercera parte de la obra, examinan el derecho administrativo sancionador del trabajo. En primer lugar analizan la composición, funciones y el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues es el servicio público encargado de la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social. Posteriormente, se establece el procedimiento sancionador administrativo para, finalmente, adentrarse en el estudio detallado de las infracciones administrativas laborales existentes, tanto en materia de prevención de riesgos laborales, como en materia de empleo y de Seguridad Social.

El libro se completa con la exposición de concordancias, criterios jurisprudenciales y algunas indicaciones prácticas que hacen de esta obra una buena herramienta de formación destinada preferentemente a alumnos universitarios y a profesionales interesados, sin obviar a cualquier persona que desee un conocimiento sistemático y actualizado de la materia.

**A. CALONGE VELÁZQUEZ (coord.) y otros**

### **Políticas comunitarias: bases jurídicas**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 596 páginas]

LEX NOVA

Esta monografía realiza un análisis de todas y cada una de las políticas comunitarias que conforman la Tercera Parte del Tratado de la Comunidad Europea.

Introduce al estudio de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (visado, asilo e inmigración), la política agrícola comunitaria, así como a las normas comunes sobre competencia y fiscalidad.

Los antecedentes y estructura institucional de la política económica y monetaria, la

política comercial común, de educación y formación profesional o la salud pública son también algunos de los aspectos a destacar, junto al estudio de las redes transeuropeas, la industria, el medio ambiente, la investigación científica y el desarrollo tecnológico.

### S. AGUADO LÓPEZ

#### **El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal**

[Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 560 páginas]

LEX NOVA

El Código Penal incluye entre los delitos contra los derechos de los trabajadores conductas que infringen normas relativas a la seguridad de éstos y que comportan grave peligro para su vida, salud o integridad física (arts. 316 y 317). Lamentablemente estamos ante un tema de actualidad, con trascendencia en la medida que la infracción de las aludidas normas da lugar a la efectiva lesión o muerte de uno o varios trabajadores.

La autora aborda el análisis técnico-jurídico de los artículos 316 y 317 del Código Penal, centrándose con detalle en las cuestiones esenciales a partir de un detenido estudio sobre el interés jurídico protegido.

El objeto de este trabajo se centra, dentro de la protección penal del trabajador, en el análisis del delito de peligro para la vida, salud o integridad física del trabajador, pero sobre todo en los elementos del delito del art. 316, tanto objetivos como subjetivos: el bien jurídico y naturaleza del delito, conducta típica, sujetos activo y pasivo, culpabilidad y formas de aparición del delito. Además, al regular una materia (la seguridad e higiene en el trabajo) que sufre una fuerte intervención administrativa, reaviva cuestiones de parte general muy importantes en Derecho Penal: los bienes jurídicos colectivos, la clase de delito, la presencia

de elementos normativos, las leyes penales en blanco, la imprudencia, etc.

Este trabajo se estructura en cinco Capítulos en los que se reparte el estudio de los preceptos citados.

Se inicia esta obra con el estudio del bien jurídico porque éste representa la esencia del delito. La determinación de un bien jurídico digno de protección penal justifica, por una parte, la intervención penal y, por otra, ayuda a la interpretación del resto de elementos del delito (interpretación teleológica).

Después de estudiar los distintos elementos que forman parte de la estructura del delito, se ocupa de tres de los problemas más importantes que surgen en relación con las formas de aparición de este delito: el iter criminis, la autoría y la participación en los artículos citados; además de la problemática concursal que presenta este delito con otros del Código Penal.

Para finalizar este trabajo se exponen las conclusiones personales que se han alcanzado de cada uno de los puntos tratados. Se aporta también una relación de la bibliografía y de la jurisprudencia consultada para su realización.

Se trata de una obra de todo punto recomendable, especialmente dedicada a la resolución de los problemas que plantea este tema, sobre los que trata de profundizar y aportar soluciones que contribuyan a comprender mejor los preceptos.

### I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coord.) y otros

#### **La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002 (La Ley 12/2001 y el ANC 2002)**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 662 páginas]

LEX NOVA

El presente libro analiza la reforma laboral producida en el año 2001. Se centra por tanto, en el análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. Examinándose además el Acuerdo

Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 (ANC 2002), firmado el 20 de diciembre de 2001.

Tras un primer repaso general sobre la Ley 12/2001, los temas abordados en el libro por destacados Profesores y Magistrados son: La reforma de la contratación temporal, la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial, el nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo, los nuevos permisos y derechos relacionados con la hospitalización del hijo, la transmisión de empresas y el nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el régimen laboral de la subcontratación en el ET, analizando los cambios habidos desde la redacción original del ET hasta la Ley 12/2001; la reforma de la extinción del contrato de trabajo, y el ANC 2002.

**J.F. MARTÍNEZ SEPTIEN**

**Manual práctico de las prestaciones por viudedad, orfandad y en favor de familiares**

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, 2002, 420 páginas]

LEX NOVA

Esta obra realiza un estudio teórico-práctico de un tema de gran complejidad: las prestaciones por muerte y supervivencia dentro del Sistema de la Seguridad Social.

Entre otras muchas cuestiones, el autor pretende realizar un estudio pormenorizado de las citadas prestaciones. Así, desarrolla las distintas situaciones que se pueden producir a la hora de su obtención o de su cálculo, tanto en el caso de las pensiones causadas por enfermedad común o profesional como en los casos de terrorismo.

El estudio de estas prestaciones se realiza, en primer lugar, de forma teórica, a través de diversas explicaciones que aclaran los principales conceptos relativos al tema de desa-

rollo, ilustrados con algunos ejemplos prácticos. En segundo lugar, se resuelven treinta y cinco supuestos prácticos que reproducen todos los posibles casos reales con los que nos podemos encontrar a la hora de calcular estas prestaciones. Contiene, además, dos apéndices; el primero recoge la normativa aplicable a la materia a estudiar y el segundo recopila la más reciente jurisprudencia aclarativa de las cuestiones más complicadas, dudosas o conflictivas de esta prestación.

Por último, esta monografía incluye un CD-ROM que permite el cálculo real de la pensión de viudedad a recibir de la Seguridad Social, tanto en los casos de un único beneficiario como en el supuesto de la existencia de varios.

La presente edición está adaptada a las modificaciones introducidas, a partir del 1 de enero de 2002, por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre.

**R. HUERTAS, D. ÍÑIGUEZ, Y. MARTÍNEZ y P. SANTOLAYA**

**Comentarios a la Ley de Extranjería**

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, 2002, 560 páginas]

LEX NOVA

La segunda edición de esta obra es un detallado comentario de la Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, y del conjunto de la normativa de desarrollo producida durante el primer año de su vigencia, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante correcciones parciales a un texto legal, sino ante un nuevo modelo basado en la regulación de los flujos migratorios que pretende ser radicalmente distinto del inmediatamente anterior y que sólo puede ser analizado correctamente descendiendo a su desarrollo reglamentario.