

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. MAGISTRADA. **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, 48 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

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

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] **La progresiva extinción del “trabajo cívico” y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación**

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

- [51] **Opciones sobre acciones (*stock options*): naturaleza salarial y la necesidad de considerar el período que están remunerando**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [31] **El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social. Breves apuntes tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[279] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA PROGRESIVA EXTENSIÓN DEL “TRABAJO CÍVICO” Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DE INTERÉS

Las sociedades industrializadas de economías de mercado poseen una estructura social caracterizada por la existencia de tres sectores: el sector público, el sector privado mercantil y el sector privado no lucrativo. El tercer sector es aquel en el que se realizan actividades sin ánimo de lucro, es decir, actividades en las que ninguna parte de los beneficios netos va a parar a ningún accionista individual o persona particular o, por expresarlo en términos normativos, aquellas que no pagan impuestos, porque socialmente queda entendido que sus objetivos se cifran en el deseo de acrecentar de forma desinteresada la calidad de vida de las personas. Este tercer sector se ocuparía de aquellos que quedan desatendidos por las esferas empresarial y política.

Estas nuevas formas de trabajo cívico, en la conocida expresión de Beck, se están generalizando hasta tal punto que comienza a ser relativamente frecuente encontrar problemas resueltos por la jurisprudencia vinculada a estas nuevas situaciones y en la que se discuten diferentes aspectos de este nuevo tipo de supuestos. Tómense como ejemplo la STSJ de Valencia de 30 de septiembre de 1999 (I.L. J 1999/2167) relativa a trabajadores que prestan sus servicios en un centro de rehabilitación de drogodependientes y que venían desempeñando su actividad en contacto directo con los internos, estando expuestos a riesgos de agresiones y contagios por ser éstos, en ocasiones, portadores de enfermedades de tal carácter, o la STSJ de Valencia 14 de octubre de 1999 (I.L. J 1999/2177), en el caso de una monitora educadora en el centro de atención de día a mujeres toxicómanas prostitutas, siendo sus funciones el asesoramiento, orientación y reinserción social de mujeres prostitutas drogodependientes que presentan enfermedades como SIDA, hepatitis B, tuberculosis, etc. A estas situaciones se añaden otras como la cuestión resuelta por la STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2001 (I.L. J 2001/1356), dictada en reclamación de diferencias salariales, en el caso de un trabajador que prestaba servicios con categoría de educador para una asociación dedicada al cuidado de “niños privados de ambiente familiar” o a la que da solución la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de junio de 2001 (I.L. J 2001/1587), en la que una persona acompañaba a otra en la rea-

lización de actos de caridad y en la asistencia a actos religiosos. El compromiso solidario alcanza pues a un entero sector de la actividad económica que da a luz a nuevas fórmulas de empresas en las que el beneficio económico queda desplazado a favor del compromiso social pero donde lo laboral, como vemos, no se olvida.

Una cuestión que ha suscitado un importante volumen de pronunciamientos judiciales es la de la validez de las cláusulas incluidas en los contratos de obra o servicio, identificando su duración con la de la prestación de servicios mercantiles a otra empresa en régimen de contrata. Como es sabido, en ciertos sectores de actividad existen empresas cuya actividad se centra exclusivamente en la prestación de servicios para otras entidades, lo que conforma el supuesto más clásico de descentralización productiva. Para este tipo de empresas de servicios, su necesidad de mano de obra se encuentra, por ello, absolutamente condicionada por el volumen de encargos exteriores actuales, y cualquier variación sobre los mismos repercute en la adecuación entre tamaño de plantilla y necesidades de mano de obra. El Tribunal Supremo admitió esta posibilidad en una línea doctrinal que se abrió con la conocida y discutida STS de 15 de enero de 1997, luego confirmada por las SSTs 8 de junio de 1999 y 20 de noviembre de 2000. Esta orientación se cierra definitivamente con la STS de 26 de junio de 2001 (I.L. J 2001/1498). En ella se da la circunstancia de que la extinción del contrato de trabajo temporal como consecuencia del fin de la contrata de limpieza a la que estaba vinculado el trabajador, se produce unos días después de la adjudicación a la empresa empleadora del contrato de mantenimiento de limpieza de otro centro de trabajo distinto. Ante tal situación y frente a la pretensión de la trabajadora de considerar su cese constitutivo de un despido improcedente, la Sala entenderá que: “al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquélla se refería. Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, para la limpieza de un establecimiento comercial, sito en local distinto de los dos anteriores y con diferentes pactos. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora”.

Particular interés tiene, también, la STS de 26 de junio de 2001 (I.L. J 2001/1648), de Sala General, que se ocupa de la discutida cuestión de los pactos de permanencia en los contratos en prácticas, que había dado lugar a jurisprudencia contradictoria y a que buena parte de la doctrina científica negara su validez en este tipo de cláusulas. El Tribunal parte precisamente de las peculiaridades de esta modalidad contractual, que se centran en tratar de proporcionar una práctica profesional, para, si bien no negar la posibilidad de estos pactos, si limitar su aplicación en los contratos en prácticas cuando no se produce una auténtica especialización profesional”. En caso de controversia, incumbe a la empresa la probanza de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica “especialización profesional” que, por una parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la

función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro, y, por otra, que origine al propio tiempo a la empresa un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado”.

La temporalidad y el ejercicio de derechos colectivos constituyen magnitudes inversamente proporcionales. Un ejemplo de un uso desviado de la temporalidad para fines contrarios al derecho de huelga es el que resuelve la STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 (I.L. J 1032). En la misma se cuestiona la actuación del empresario, quien, para reducir la efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la producción, decidió ampliar la jornada de 16 trabajadores contratados por una ETT. Ante esta actuación, los sindicatos UGT, CCOO y ELA-STV interpusieron demanda solicitando una declaración de vulneración del derecho de huelga y la correspondiente declaración de nulidad de dicha conducta. También solicitaron el cese inmediato en la misma y la condena de la empresa a indemnizar a los demandantes con tres millones de pesetas en concepto de reparación por las consecuencias derivadas de su actuación. El TSJ de Navarra admitió que la conducta descrita suponía una vulneración del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, al considerar que el motivo de la ampliación de la jornada no era un incremento ocasional de la productividad de la empresa, sino un mero instrumento para privar de efectividad a la huelga y, por ello, calificó dicho comportamiento como conducta antisindical. La indemnización quedó reducida a las doscientas mil pesetas que se habían establecido en la instancia.

En materia de despido es importante destacar dos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo. En la primera de las sentencias se discute la interpretación de la causa de despido económico o por necesidades de la empresa. La STS de 29 de mayo de 2001 (I.L. J 1125) cuestiona si existe o no amortización de puestos de trabajo en un supuesto en el que el empresario (titular de una empresa de panadería) asume personalmente como trabajador autónomo el trabajo que desempeñaba el trabajador despedido (oficial en el obrador), en un caso en el que se produce una situación negativa para la empresa “que ha acumulado pérdidas en los tres últimos ejercicios económicos”. Confirma el Tribunal como correcta la interpretación de la sentencia recurrida al acordar la procedencia de la extinción de la relación de trabajo. Fundamenta su decisión en que: “la amortización de una plaza para que sus tareas o funciones sean desarrolladas por el propio empresario da lugar a la desaparición del puesto de trabajo, y este dato, junto con la necesidad objetivamente acreditada” es lo que importa a efectos de la integración del supuesto de hecho del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, y de la consiguiente calificación de la extinción del contrato de trabajo acordada por el empresario. Como dice la sentencia recurrida, la “amortización” mencionada en la Ley se refiere a los puestos y no a las funciones o cometidos laborales. En el presente caso, la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo concurre en su manifestación más apremiante de pérdidas continuadas del negocio (...) aumentando con ello las posibilidades de superación de la situación negativa”.

De interés es también la STS de 25 de junio de 2001 (I.L. J 1494), que resuelve en unificación de doctrina y estima la falta de acción de la empresa para despedir a un trabajador prejubilado, al considerar que en tal supuesto la relación laboral no se encuentra en suspenso, sino extinguida por el acuerdo de prejubilación. Motiva la Sala que: “la suspensión lleva consigo la expectativa de reiniciar la prestación laboral, mientras que la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijan las condiciones de prejubilación. Extinguido el contrato de trabajo existente entre las partes y sustituida la relación entre las mismas por lo estipulado en el pacto de prejubilación mediante el que se nova de forma extintiva aquél, la consecuencia es que carece de eficacia jurídica la decisión unilateral empresarial de poner fin mediante un despido disciplinario a una relación laboral ya inexistente”.

Finalmente, la STS de 6 de junio de 2001 (I.L. J 1396) vuelve sobre cuestiones ligadas a la impugnación de convenios colectivos, también sumamente interesantes. Lo que en ella se plantea es si es posible la impugnación de un pacto colectivo por parte de una denominada “Asociación de viudas en defensa de la igualdad de derechos”, asociación que no tenía naturaleza sindical y que no había intervenido en la negociación colectiva correspondiente. Se trataba de un pacto alcanzado entre la empresa Hunosa y los sindicatos Soma-UGT, CCOO y Federación de Cuadros de la Minería, en el que se disponía, en relación con los beneficiarios del llamado “vale del carbón” por fallecimiento del titular (el trabajador de la empresa), que tal vale se calcularía con arreglo a un procedimiento que se especificaba en preceptos anteriores del propio pacto y que ello se aplicaría durante un período de quince años, “sin perjuicio del derecho que asiste al resto del personal pasivo de Hunosa”. La asociación impugnante estimaba dicha cláusula nula por discriminatoria, en cuanto que para las viudas se establecía un plazo máximo de quince años, que no existía para los restantes grupos que componían el “personal pasivo” (prejubilados, jubilados, inválidos, etc.) contemplado a estos efectos por el convenio.

Con carácter previo, el TS se pronuncia sobre la viabilidad de una impugnación que se refería a un pacto que no era exactamente convenio colectivo, señalando a tal efecto que no había problema alguno desde el momento en que el cauce previsto en los artículos 161 y siguientes de la LPL puede utilizarse, por disposición expresa de tales normas, para todo tipo de convenio colectivo, “cualquiera que sea su eficacia”. Pero también declara el TS que, a la vista de lo dispuesto en el art. 163 LPL, “es evidente (...) que la asociación recurrente constituida al amparo de la Ley 1917/1964, de asociaciones, no encaja en ninguno de los órganos o entidades dotadas de legitimación activa, conforme al precepto denunciado”, que tan sólo habla de sindicatos o representantes institucionales de trabajadores y empresarios. Recuerda, asimismo, el TS que el concepto de “tercero” a efectos de impugnación de un convenio colectivo por lesividad, “se reserva a quienes no están dentro del campo de aplicación del convenio”, razón por la cual tampoco conviene a las viudas afectadas, dado que sus derechos son objeto directo de regulación en el mencionado pacto; podría ser tercero, por no estar contemplada en el acuerdo en cues-

ción, la Asociación demandante, pero para que prosperara una impugnación por lesividad a cargo de la misma debería acreditarse “perjuicio grave e ilegítimo en intereses jurídicamente protegidos del sujeto que plantea la impugnación”, algo que según el TS aquí no sucedía, pues el perjuicio no lo sufría la asociación como tal, sino sus miembros.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario:

I. Introducción. II. La prohibición general de aportar nuevos documentos.

III. Documentos excepcionalmente admisibles. A) Por prescripción de la Ley de

Enjuiciamiento Civil. a) La remisión al artículo 506 LEC y sus problemas.

b) Los supuestos admitidos: requisitos generales. c) Documentos posteriores.

d) Documentos desconocidos. e) Documentos indisponibles pero anteriormente

designados. B) Por exigencias constitucionales. **IV. Trámite procesal. V. Efectos sobre**

el procedimiento. Notas bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La lógica ordenación de los trámites procesales quiere que la presentación de documentos relativos al fondo del litigio y aportados por las partes intervinientes se lleve a cabo sólo en determinados momentos procedimentales. En el seno del proceso civil se apunta como tal el de la presentación de la demanda o el de su contestación (art. 265.1 LEC), aunque en ciertas ocasiones se admite como tempestivo el acto de audiencia previa al juicio (art. 265.3 LEC); cuando se siga la modalidad de juicio verbal, el demandado aportará los documentos en el acto de la vista (art. 265.4 LEC). En el proceso laboral la situación puede resumirse del siguiente modo: 1º) No es imprescindible que los documentos sobre el fondo del asunto acompañen a la demanda (art. 80.1 LPL) aunque, desde luego, sí resulta posible y está expresamente contemplado que así suceda (el art. 80.2 LPL se refiere a los “documentos que la acompañen”; en similares términos, el art. 82.2 LPL). 2º) Es inexistente el trámite de contestación escrita a la demanda. 3º) En el propio acto del juicio es cuando se prevé de manera expresa la práctica de la prueba documental (art. 87 LPL), debiendo constar en el acta del mismo la “relación circunstanciada de los docu-

mentos presentados” [art. 89.1.c) 2º LPL]; de la prueba documental que se presente, se dará traslado a las partes, en el mismo acto del juicio, para su examen (art. 94.1 LPL).

Tras el acto del juicio no viene prevista la aportación de documentos, al margen de cuanto pueda acordarse a través de diligencias para mejor proveer (art. 88 LPL; arts. 435 y 436 LEC sobre diligencias finales); y sin embargo, también es fácilmente imaginable que con posterioridad, estando en trámite un recurso frente a la resolución recaída, se quiera aportar un documento que sea trascendente, surgiendo una tensión entre la búsqueda de la verdad material y el respeto al diseño procesal de instancia única. Porque se trata de que una vez recaída la sentencia sobre el pleito en cuestión alguna de las partes tuviese interés en aportar documentación relevante para su tutela judicial efectiva; esa aportación podría realizarse al presentar el recurso (suplicación, casación, casación unificada) o su impugnación, así como mediante un trámite autónomo.

En suma, se trata de saber cuándo y cómo cabe la aportación de documentos más allá de la fase inicial del proceso, sabiendo que el carácter extraordinario de los recursos tanto de casación (en sus dos modalidades) como de suplicación lleva a que el Tribunal *ad quem* no pueda estar permanentemente sometido a las iniciativas o argumentaciones que las partes del proceso puedan activar en cualquier momento. Intentando combinar el principio general (respeto a los trámites procesales) con la imprescindible flexibilidad que la tutela judicial reclama (presentación excepcional de documentos) el artículo 231.1 LPL afronta la cuestión, estando situado entre las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, con el siguiente tenor:

“La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si el recurrente presentara algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto motivado contra el que no cabrá recurso de súplica.”

En las presentes notas se trata de aquilatar el alcance y estructura de esta previsión, a cuyo efecto ha parecido pertinente comenzar por el examen de la regla general que contiene (“2. La prohibición general de aportar nuevos documentos”), para luego examinar con detalle las clases de documentos que escapan de la misma y pueden presentarse excepcionalmente (“3. Documentos excepcionalmente admisibles”), pasando luego al modo en que haya de canalizarse tal aportación (“4. Trámite procesal”) y finalizando con los efectos derivados de los documentos en cuestión (“5. Efectos sobre el procedimiento”).

El interés práctico de la cuestión parece indiscutible: aportación de pruebas nuevas justo cuando está prohibido (en el marco de recursos extraordinarios); y no de pruebas cualesquiera, sino, precisamente de una (la documental) singularmente relevante (GARCÍA-PERROTE).

II. LA PROHIBICIÓN GENERAL DE APORTAR NUEVOS DOCUMENTOS

Con imprecisa formulación, como se ha visto, el artículo 231.1 LPL dispone que “la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos”. Evidentemente, lo que quiere poner de relieve la norma es que el Tribunal *ad quem* no puede dar curso a razonamientos (alegaciones) o documentos procedentes de las partes a través de un cauce procesal inexistente; sería absurdo —y contradictorio con otros muchos preceptos de la propia LPL— entender el precepto de manera que, por ejemplo, ni siquiera los escritos exigidos por la Ley (formalización, impugnación, aportación de apoderamiento, etc.) pudieran tener cabida.

Nos encontramos ante una consecuencia del referido carácter extraordinario de los recursos de suplicación y casación, ninguno de los cuales puede entenderse como constitutivo de segunda instancia, por lo que resulta imposible que las partes procesales planteen al órgano decisor cuestiones nuevas que no fueron objeto de debate y decisión en el proceso. Por eso la Sala *ad quem* “no se halla facultada para acordar ni ordenar práctica de prueba alguna sino únicamente admitir, en su caso, los documentos que aportados por las partes reúnan los requisitos [legalmente exigidos] concernientes a los hechos fijados definitivamente en el litigio, devengan útiles y pertinentes” [STSJ de Cataluña de 15 mayo de 2001 (AS 2001, 1137)].

El mandato legal quiere preservar al órgano superior ante su posible conversión en una segunda instancia: puesto que en el orden social no se ha instrumentado la misma, ni se admite la práctica de nuevas pruebas, hay que cerrar la posibilidad de que por la vía de aportación de documentos se quiebre ese diseño. La regla general es clara: ni juntamente con el recurso extraordinario que se formalice, ni con su impugnación, ni a través de trámite independiente es posible presentar nuevos documentos al Tribunal que ha de pronunciarse sobre la litis. Efecto reflejo de esa ordenación procesal es la preclusión, es decir, la inadmisibilidad de los documentos que pretendan aportarse con posterioridad al acto del juicio verbal (por todos, ORTELLS RAMOS).

El tema es tan relevante que se anuda al propio significado del principio de doble grado jurisdiccional (que los Tribunales de Suplicación reexaminen lo decidido por los Juzgados Sociales, en función de las pretensiones ante ellos deducidas), por lo

**LA PROHIBICIÓN GENERAL
DE APORTAR NUEVOS
DOCUMENTOS TIENE UN
DOBLE ALCANCE:
IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR
HECHOS QUE NO RESULTEN
DE LOS AUTOS E
IMPOSIBILIDAD DE APORTAR
DOCUMENTOS MATERIALES**

que “si la petición que se suscita en vía de recurso no fue debatida en la instancia constituye cuestión nueva, artículo 231 LPL, y su planteamiento en vía de recurso chocaría con el principio de contradicción” [STSJ de Murcia de 6 de septiembre de 1999 (AS 1999, 2911)]. Numerosas sentencias ven en este precepto una prohibición expresa de introducir modificaciones fácticas que no deriven de los propios autos y puedan discurrir por los cauces revisorios previstos para la suplicación o casación; cfr. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 1992 (AS 1992, 4607) y de 4 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4558).

Por lo demás, aunque aquí nos vamos a centrar en la aportación de documentos, es claro que la regla general transcrita posee un “doble alcance” (CAVAS MARTÍNEZ): 1) Imposibilidad de alegar hechos que no resulten de los autos, esto es, hechos nuevos, distintos de los que fueron alegados y discutidos en la instancia, y 2) Imposibilidad de aportar documentos materiales, es decir, aquellos que constituyen medio de prueba, ni siquiera respecto de hechos que fueron aducidos en la instancia; todas las pruebas documentales debieron presentarse y practicarse en el acto del juicio, siendo imposible en suplicación (o casación) intentar la acreditación de hechos que fueron alegados entonces a través de medios de prueba (“documentos”) que no se aportaron en la instancia.

III. DOCUMENTOS EXCEPCIONALMENTE ADMISIBLES

Si se observa el transcrito precepto de la LPL parece claro que, pese a la general prohibición de aportar documentos más allá del acto del juicio, en él anida una doble posibilidad de presentar “algún documento (...) o escrito” obviando la interdicción. En concreto, las partes intervinientes en el proceso tienen a su alcance: a) la facultad de aportar algún documento con arreglo a lo previsto en la LEC; b) la facultad de presentar un escrito a fin de preservar la vulneración de derechos fundamentales. En cualquier caso, se trata de la posibilidad excepcionalísima de aportar nuevas pruebas estando el pleito en fase de recurso extraordinario [en este sentido STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 1995 (AS 1995, 4437)]. Veamos con más detalle ambos supuestos.

No está de más resaltar que la LEC ha superado la estricta referencia a “documentos” de la LPL y alude también a los “medios e instrumentos”, si bien parece que la flexibilidad hermenéutica de la jurisdicción social puede convertir en similares las locuciones de los respectivos textos procesales. Por si acaso, nótese que las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de julio de 1994 (AS 1994, 2884) y de 24 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4194) descartan la toma en consideración de “una simple fotocopia de una publicación” donde aparece reproducida una sentencia pues “no tiene el carácter de prueba documental”.

A) Por prescripción de la Ley de Enjuiciamiento Civil

a) La remisión al artículo 506 LEC y sus problemas

Puede aportarse a través de esta excepcional vía “algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. La remisión normativa no ha sido actualizada tras la promulgación de la Ley 1/2000 y hace surgir la duda acerca de cómo interpretarla: si entendiendo congelada la regulación invocada (en cuanto expresamente incorporada a la LPL) o si haciendo jugar el precepto concordante de la nueva LEC; la cuestión no posee demasiada trascendencia, porque los contenidos son bastante similares, pero por diversas razones (modernidad, mejor acomodación al proceso laboral) parece preferible entender realizada la remisión a la vigente LEC (en este sentido ALONSO OLEA, MIÑAMBRES y ALONSO GARCÍA).

La verdad es que tanto el precepto nominalmente remitido (art. 506 LEC de 1881, derogado) cuanto su sucesor (art. 270 LEC de 2000, vigente) contemplan la “presentación de documentos en momento no inicial del proceso” (rúbrica del art. 270 LEC) pero dentro del ámbito del proceso declarativo (juicio ordinario o verbal, según el art. 248 LEC) y no de los recursos extraordinarios, con lo que los desajustes son importantes. En consecuencia, la cómoda remisión de la LPL obliga al intérprete a una imprescindible adaptación de cuanto en la LEC se dispone, pues en caso contrario se llegaría a un resultado absurdo, privando de sentido a la excepcional vía que se ha querido abrir.

No son pocos, en efecto, ni menores los problemas que suscita la admisión de estos documentos al hilo de recursos extraordinarios, como son los de suplicación y casación, que resultan así parcialmente desnaturalizados, hasta el extremo de que se ha censurado la novedad legislativa por haberse actuado “de manera inexplicable” (MONTERO AROCA).

b) Los supuestos admitidos: requisitos generales

Son tres los casos de “documentos” que pueden presentarse una vez iniciada la tramitación del correspondiente recurso de suplicación o casación (en sus dos variantes), pero todos ellos poseen un lógico denominador común: han de ser “relativos al fondo del asunto” (art. 270.1 LEC). Acerca de esta exigencia de conexión con el debate suscitado hay que resaltar lo siguiente:

– El término “fondo” no ha de entenderse de manera restrictiva, como equivalente a cuestión sustantiva, sino a lo realmente debatido; la existencia de prescripción, la titularidad dominical o la validez de una prueba decisiva, por ejemplificar, son materias que deben de entrar en la descripción legal. En realidad, lo que sucede es que la LEC distingue entre documentos “procesales” (art. 264 LEC: poder del procurador, acreditación de la representación, acreditación del valor de la cosa litigiosa) y “relativos al fondo del asunto” (art. 265 LEC).

— El “asunto” no es otro que el suscitado por la demanda y resuelto por la sentencia, aunque es claro que en el marco de un mismo proceso puede debatirse acerca de cuestiones varias y heterogéneas.

El documento ha de ser, al menos indiciariamente, decisivo para el signo del recurso interpuesto; la nota de trascendencia, claro, no equivale a que el Tribunal así lo entienda sino a que la parte razone de tal modo. En caso contrario (documentos intrascendentes para lo debatido, incluso a criterio de quien los aporta) carecería de sentido abrir el cauce excepcional.

En STSJ de Galicia de 6 de julio de 2001 (AS 2001, 1684) puede verse un buen ejemplo aplicativo de cuanto se dice: el documento se admite expresamente, pero se declara intrascendente para el signo del fallo. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2002 (AS 2000, 5139) admite la sentencia aportada (sobre despido de otro trabajador), dictada con posterioridad a la celebración del juicio, pero descartando su incidencia en el pleito que se resuelve.

Aunque de distinto signo, vale el caso de STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2001 (AS 2001, 567): se descarta la toma en consideración del documento (papeleta de conciliación) porque no acredita lo que interesaba (comparecencia al acto de conciliación); respecto de circunstancias diversas, STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1992 (AS 1992, 2262).

El documento en cuestión ha de resultar autosuficiente como medio de prueba y relevante para el tenor del fallo [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de diciembre de 1997 (AS 1997, 4992)], pues de lo contrario no se justificaría la necesidad de su presentación; de todos modos, la verdad es que tales circunstancias acabarán siendo valoradas por la Sala a la hora de fijar el contenido de su sentencia.

Por descontado, hemos de estar ante verdaderos “documentos” (finiquitos, certificaciones, dictámenes médicos de organismos públicos, sentencias, etc.), por lo que habrá que descartar la posibilidad de amparar en el precepto la aportación de otros medios materiales de prueba. Muchísimas de las sentencias citadas a lo largo del estudio advierten sobre la necesidad de rechazar la presentación de fotocopias o de documentos que en realidad se limitan a corporeizar otros medios probatorios. Por ejemplo, la STSJ de Cantabria de 30 de marzo de 1993 (AS 1993, 1594) entiende que la prueba aportada ha de ser “materialmente documental” y reacciona frente al intento de subsumir en ella una “irregular prueba testifical”, esto es, un testimonio documentado por escrito. Igualmente, la STSJ de Murcia de 20 de abril de 1994 (AS 1994, 1509) rechaza la aportación de manifestaciones testificales incorporadas a acta notarial y de acta de la Inspección de Trabajo, pues considera que la valoración de lo acaecido corresponde al órgano jurisdiccional.

Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación

Las tres excepciones que a la prohibición general se recogen en la Ley contemplan la aportación de pruebas documentales, pero siempre sobre hechos debatidos en la instancia, sin que sea posible la alegación de hechos nuevos (GOERLICH PESET).

En modo alguno puede utilizarse esta vía para subsanar la pasividad probatoria de quien aporta el documento; así, unas manifestaciones testificales debidamente documentadas y ratificadas ante presencia judicial deben de rechazarse, pues debieron de haberse llevado al proceso o haber solicitado su práctica para mejor proveer, como advierte STSJ de Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 344).

Puesto que estamos ante un supuesto excepcional, las tres aperturas o “casos” previstos por la Ley han de interpretarse de manera más bien restrictiva, aunque ello no equivale a adoptar una visión formalista, sino atenta a los conocidos parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. Por eso, hay que acoger con muchas reservas la doctrina que fuerza la letra de la Ley y admite un documento que pudo presentarse en el acto del juicio, pero no se había hecho por ir referido a una excepción procesal allí esgrimida y difícilmente previsible [es el caso de STSJ de Cantabria de 1 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3327)]. Iguales reticencias genera el razonamiento conforme al cual “si estuviéramos ante un “olvido” del Juzgado de incorporar a los autos el citado informe escrito, bien pudiera la parte recurrente, al advertirlo en la fase de recurso, aportarlo de acuerdo con el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral” [STSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4487)].

Nótese la importancia de que el documento aportado se intente subsumir en alguno de los supuestos seguidamente examinados pues cuando se presente un documento fuera de los momentos y cauces legalmente previstos el órgano judicial “lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado” (art. 272 LEC).

Tras un debate doctrinal acalorado y después de haberse dictado varias sentencias en las que se descartaba el juego del artículo 231 LPL en el singularísimo marco del recurso de casación para la unificación de doctrina [SSTS de 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7745) y de 20 de julio 1992 (RJ 1992, 5634)], la STS de 5 de enero de 2000 (RJ 2000, 916) ha aceptado la evidencia de que el precepto en cuestión se encuentra en lugar que presupone la aplicación a esa singular modalidad casacional.

LOS DOCUMENTOS QUE SE PUEDEN PRESENTAR UNA VEZ INICIADA LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN O CASACIÓN HAN DE SER RELATIVOS AL FONDO DEL ASUNTO, DECISIVOS PARA EL FALLO Y AUTOSUFICIENTES COMO MEDIO DE PRUEBA

c) Documentos posteriores

La primera de las hipótesis contempladas refiere a los documentos que sean “de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales” (art. 270.1.1º LEC).

La señalada y preceptiva adaptación de las previsiones al proceso laboral lleva a tomar como momento cronológico de referencia el del juicio oral, por la ya apuntada razón de que es durante el mismo cuando la LPL determina que se lleve a cabo la práctica de la prueba, incluida la aportación documental. Por eso hay que rechazar de plano la aportación, en este trámite, de documentos anteriores, como los recibos de salarios obrantes en poder de la propia empresa [STSJ de Extremadura de 8 de junio de 1993 (AS 1993, 2730); STSJ de Murcia de 20 de abril de 1993 (AS 1993, 2124)].

Nótese la exigencia albergada en el segundo tramo de la previsión normativa de LEC de 2000, desconocida en la LEC de 1881 pero lógica, acerca de la imposibilidad de haber confeccionado u obtenido con anterioridad (al acto del juicio oral) el documento. No se exige sólo que el documento sea posterior, sino que al dato cronológico se añade otra exigencia para evitar posibles situaciones abusivas como la elaboración de documentos precisamente en determinado momento (RIBELLES ARELLANO). La jurisprudencia ya había venido entendiendo en este sentido la exigencia legal; así, la STS de 10 de julio de 1986 (RJ 1986, 4105) descartó la validez de las declaraciones certificadas de clientes sobre facturaciones, las cuales “obviamente pudo obtener y presentar al comparecer a juicio, por lo que en modo alguno puede comprenderse en lo regulado en el artículo 506 LEC”. Igualmente, la doctrina judicial ha venido cerrando el paso a la aportación de certificados que podían haberse solicitado y obtenido antes del juicio; por todas, STSJ de Murcia de 28 de febrero de 1994 (AS 1994, 773).

Entre la doctrina de suplicación también encontramos interesantes reacciones frente al intento de aportar pruebas *prefabricadas*:

– La STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2000 (AS 2000, 1937) rechaza la toma en consideración de un Acta de la Inspección de Trabajo levantada a consecuencia de una denuncia que se presenta por el actor la víspera del juicio y que versa sobre los mismos hechos depurados ante el juzgador, máxime cuando “es mayor la garantía de tutela e igualdad de partes de la prueba practicada en el acto del juicio, que la realizada en otra sede, sin quitar valor a la misma, pero que esté realizada con otra finalidad y revisable por otro orden jurisdiccional”.

– La STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999 (AS 1999, 42) rechaza también la aportación, al amparo de este cauce de una escritura de capitulaciones matrimoniales, “al tratarse de un documento de fecha anterior a la demanda y que pudo ser aportado por la parte”.

Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación

– La STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 1997 (AS 1997, 5197) descarta la validez revisoria de un acta levantada unilateralmente por los demandantes.

– La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de julio de 1997 (AS 1997, 2886) rechaza la viabilidad de una certificación emitida por el Insalud sobre extremos anteriores a la sentencia recurrida pues la misma “pudo ser aportada en su momento como elemento probatorio”.

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de mayo de 1994 (AS 1994, 1823) se admite la aportación de certificado bancario acreditando el abono de las cotizaciones al RETA que eran decisivas para entender cumplido el período de carencia, pues “en todo caso el tardío cumplimiento bancario en efectuar la compensación no es achacable al actor”.

Supuesto frecuentemente albergado en este motivo es el de aportación de resoluciones judiciales relacionadas con lo debatido en el recurso, y dictadas con posterioridad a la fecha de celebración del juicio. En este sentido, por ejemplo, STSJ de Murcia de 14 de septiembre de 2000 (AS 2000, 3759); STSJ de Cataluña de 8 de septiembre de 1999 (AS 1999, 6525); STSJ de Cantabria de 10 de septiembre de 1998 (AS 1998, 6667); STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4134). En ocasiones se precisa que la aportación resulta admisible siempre que se trata de resolución judicial que haya ganado firmeza; en este sentido, por ejemplo, STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3346). El supuesto es tan claro que, anómalamente, la STSJ de Galicia de 27 de octubre de 1999 (AS 1999, 3205) entiende que cuando se aporta una sentencia firme y relevante para el recurso en marcha, ni siquiera es necesario cumplimentar el trámite de audiencia a la contraparte.

De modo expeditivo, las SSTSJ de Cataluña de 7 de febrero de 1992 (AS 1992, 782) y de 8 de octubre de 1994 (AS 1994, 3843) acuerdan la devolución de las sentencias aportadas como mera fotocopia o copias simples y sin justificar la razón por la que ello se realiza en este singular trámite.

En todo caso, como señalara la STS de 20 de julio de 1992 (RJ 1992, 5634), si lo que se pretende es la modificación fáctica de la sentencia resulta imprescindible la actividad de la parte interesada, aportando la sentencia en que se base incluso en el caso especialísimo de que proceda del mismo órgano que conoce del recurso en marcha.

Muy llamativa resulta la posición de la STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1999 (AS 1999, 2226), rechazando la admisión de la sentencia penal dictada, de manera sobrevenida, respecto de los mismos hechos que dieron lugar a los despidos debatidos en suplicación; “tratándose en ambos casos de la valoración de los mismos elementos de prueba consistentes en declaraciones de los implicados y testificales, ningún interés puede tener la aportación de la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción que no puede aportar elemento alguno relevante para la resolución del recurso, toda vez que no es admisible sustituir el criterio aplicado por el Juez de lo Social en la apreciación de la prueba por el del Juez de Instrucción que conoce exactamente de las mismas declaraciones de las partes y testificales”.

En ocasiones, lo que sucede es que una de las partes conoce determinada sentencia que resuelve asunto similar al ventilado en el recurso y desea llamar la atención del órgano *ad quem* a fin de que ese criterio sea tomado en cuenta, pese a que ya interpuso el recurso o realizó su impugnación. La STSJ de Madrid de 26 de mayo de 1999 (AS 1999, 1953) afronta un caso en el que se aporta sentencia dictada por la propia Sala y razona lo siguiente: “aunque técnicamente la solicitud de adición del documento que incorpora la sentencia de esta Sala en un supuesto sumamente similar adolezca de corrección procesal, lo cierto es que el hecho de que toda sentencia sea pública y, por ello, de utilización general, comporta que la misma deba ser tenida en cuenta a la hora de dictar la resolución del presente recurso de suplicación”.

Estamos ante una lista cerrada, de manera que no cabe agregar nuevas aperturas a las expresamente consignadas en ella; por ejemplo, la aportación del propio contrato de trabajo del reclamante, queda al margen de las previsiones legales, como advierte la STSJ de Galicia de 15 de junio de 2001 (AS 2001, 1586). Fuera queda también la aportación de un parte de alta que obraba en poder de la trabajadora desde antes del juicio, sin que durante el transcurso del mismo realizara manifestación alguna al respecto [STSJ de Navarra de 29 de abril de 2000 (AS 2000, 5477)].

En general, como se observa, los Tribunales mantienen una interpretación estricta, aunque no rígida, que la doctrina suele aceptar puesto que se trata de preservar el principio de instancia única y no de conceder nuevas posibilidades probatorias a la parte negligente (MARTÍNEZ GIRÓN).

d) Documentos desconocidos

El segundo de los casos en los que se permite la aportación excepcional de este medio probatorio surge cuando se trate de documentos “anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia” (art. 270.1.2° LEC).

Actualizando la precedente previsión de la LEC de 1881, ahora la norma ya no condiciona la admisibilidad de los documentos a que “jure la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia” (regla que la jurisprudencia atemperó sabiamente), sino que impone al aportante la carga de “justificar” dicho desconocimiento, lo que no necesariamente significa “probar”, sino más bien “acreditar” o “fundamentar”, por lo que, dependiendo de las peculiaridades de cada caso, en ocasiones podrá bastar una simple explicación creíble o verosímil (ORMAZÁBAL SÁNCHEZ). La norma parece moverse, en este punto, entre la exigencia de una prueba plena y la admisión de meras afirmaciones; “lo que exige la LEC es una *sempilena probatio*, esto es, fundamento para un razonable juicio de probabilidad cualificada” (DE LA OLIVA SANTOS). En la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3023) puede verse un buen ejemplo de cómo el órgano jurisdiccional construye su propio razonamiento, sin dejarse llevar mecánicamente por la afirmación de la parte que aporta el documento.

En la STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 1999 (AS 1999, 4291) puede verse un curioso supuesto, al hilo de trabajador que jura no haber tenido conocimiento de la subrogación empresarial producida meses atrás hasta después de la fecha de la sentencia; por descontado, se reacciona de manera contundente frente al intento de ampliar el campo aplicativo de la previsión procesal.

En la STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 1998 (AS 1998, 6555), entre otras muchas, se descarta la admisión de documento (informe médico) de fecha anterior a la de la celebración del juicio que “podría haber sido presentado por la recurrente, en forma oportuna, el día señalado para el referido juicio oral”, al no haberse acreditado el desconocimiento de su existencia. En STSJ de Madrid de 10 de febrero de 1995 (AS 1995, 808) se rechaza la toma en cuenta de “una fotocopia de un documento de hace más de cinco años y que obviamente pudo ser aportado en su momento procesal oportuno o haberlo solicitado a la empresa”.

En esta línea, rechazando la toma en consideración de documentos aportados sin acreditar realmente que no se hubiera podido disponer de ellos con anterioridad se mueven numerosas sentencias; por ejemplo, STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994, 4896).

e) Documentos indisponibles pero anteriormente designados

También queda abierto este excepcional cauce cuando no haya sido posible obtener con anterioridad los documentos “por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265 [designación de archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o del registro, libro o expediente cuando no sea posible obtener copias fehacientes], o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley [dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones] (art. 270.1.3º LEC).

En suma, se trata de documentos que, siendo de fecha anterior al día del juicio oral y teniendo la parte conocimiento de su existencia, no hubiera podido adquirir por causas a ella no imputables, siempre que en el acto del juicio hubiera hecho mención de su existencia. En buena lógica, quien invoque esta hipótesis habrá de exponer las razones por las cuales no pudo obtener a su debido tiempo el documento.

**LA PRESENTACIÓN EN
VÍA DE RECURSO DE
DOCUMENTOS
INDISPONIBLES EN
EL JUICIO ORAL
NO IMPLICA QUE
EL ÓRGANO *AD QUEM*
PUEDA ORDENAR LA
PRÁCTICA DE UNA PRUEBA
O REQUERIR A QUIEN
POSEA EL DOCUMENTO
PARA QUE LO APORTE**

El Tribunal Supremo ha entendido que encaja en el supuesto legal la certificación de vida laboral emitida por la Administración de la Seguridad Social sólo con posterioridad a la formulación del recurso [STS de 5 de enero de 2000 (RJ 2000, 916)]. La imposibilidad de su obtención precedente parece lógica atendiendo a que la Entidad encargada de la certificación de la vida laboral es la Administración de la Seguridad Social demandada; en el concreto supuesto planteado la imposibilidad es más de apreciar si se tiene en cuenta la fecha muy remota a que se refería la vida profesional del actor y la presunción de que únicamente las certificaciones de la Entidad Gestora servían para acreditar el período de carencia.

Pero como bien advierte la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4873), hay que rechazar los certificados de la TGSS solicitados con posterioridad a la celebración del acto de juicio, “y que bien pudieron haberse interesado con anterioridad al mismo para su incorporación al ramo de prueba de la parte, por lo que deben tenerse por no aportados”.

Nótese que si concurre la hipótesis legal, lo que permite el artículo 231 LPL es que la parte presente el correspondiente documento, pero en modo alguno se abre un portillo para que el órgano *ad quem* pueda ordenar la práctica de una prueba o requerir a quien posea el documento para que lo aporte; en este sentido existe una vigorosa doctrina judicial que puede verse en la STSJ de Murcia de 29 de julio de 1997 (AS 1997, 3359), STSJ (Sala de lo Social) de Andalucía (Málaga) de 26 de junio de 1998 (AS 1998, 6324); Extremadura de 9 de julio de 1998 (AS 1998, 3520); Cataluña de 26 de junio de 1998 (AS 1998, 3169); Cantabria de 22 de marzo de 2000 (AS 2000, 891); Castilla-La Mancha de 15 de julio de 1998 (AS 1998, 2802); Madrid de 3 de marzo de 1998 (AS 1998, 781); Galicia de 13 de febrero de 1998 (AS 1998, 114); Andalucía (Sevilla) de 23 de octubre de 1997 (AS 1997, 5363); Andalucía (Granada) de 25 de junio de 1997 (AS 1997, 3121); Madrid de 5 de junio de 1997 (AS 1997, 2121). La misma idea aparece, bien que indirectamente, en la STS de 5 de junio de 1999 (RJ 1999, 5070).

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de abril de 1999 (AS 1999, 5952) descarta la práctica de prueba alguna, en concreto, de la consistente en oficiar a diversas Administraciones para que emitan diversos certificados; en el caso, “tal prueba fue rechazada en la instancia mediante auto, se decía que si fueran denegados al ser solicitados directamente por el actor, podrían ser aportados al proceso, de estimarse necesarios, a través de diligencia para mejor proveer, sin que en el acto del juicio se hubiera hecho alegación al respecto ni formulado protesta alguna”. La STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4883), en supuesto análogo, descarta la petición de que la Sala practique una prueba requiriendo a empresa ajena al procedimiento para que informe sobre determinadas cuestiones, “actuación que desde luego no puede llevar a cabo este Tribunal, careciendo de todo sustrato legal la pretensión esgrimida que debe ser desestimada en su integridad”.

B) Por exigencias constitucionales

Asimismo, y recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, se admite la aportación de los escritos que contuviesen elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de derechos fundamentales. Y es que, en términos de acceso a la tutela judicial, “no puede interpretarse que la prohibición sea tan absoluta que impida también excepcionalmente hacerlo cuando el escrito que se presenta contiene elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental” (STC 158/1985).

Los elementos de juicio han de referirse a hechos (no a valoraciones) posteriores al momento en que pudieron alegarse por la parte o de imposible conocimiento en ese instante y, por descontado, guardar relación con la cuestión debatida (DESDENTADO BONE-TE).

Se discute si es necesario que el documento haya de cumplir los requisitos del artículo 270 LEC, teniendo la tesis negativa el poderoso argumento a su favor de que en tal caso estaríamos ante previsión reiterativa (ORDEIG FOS); implícitamente así lo entiende STSJ de Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 351). Sin embargo, para evitar abusos tiende a exigirse que el documento aportado cuadre, efectivamente, con alguno de los supuestos contemplados en la Ley; en tal sentido la STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1999 (AS 1999, 895).

En este supuesto se ha subsumido el documento que acredita seguirse procedimiento penal por los mismos hechos que dieron lugar al despido, estando relacionados con falsificación documental; véase la STSJ de Murcia de 11 de marzo de 1997 (AS 1997, 1011).

Por el contrario, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) ha rechazado la toma en consideración de una mera fotocopia de sentencia, sin que aparezca diligenciada ni conste su firmeza.

En el específico caso de recursos de casación para la unificación de doctrina hay que tener en cuenta la limitada operatividad del precepto en estudio pues “la protección que la Sala puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción y ésta queda fijada por el tipo de recurso. Así se desprende claramente del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevé que la infracción de un precepto constitucional será suficiente para fundar un recurso de casación, pero sólo en los casos en que, según la Ley, proceda dicho recurso y en la casación para la unificación de doctrina la procedencia del recurso está condicionada a la existencia de contradicción entre las resoluciones judiciales” [STS de 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7745)].

IV. TRÁMITE PROCESAL

La imposibilidad de aplicar los trámites contemplados en el artículo 270.2 LEC a la aportación tardía de documentos realizada al hilo de un recurso extraordinario obliga a seguir la escueta tramitación señalada en el propio artículo 231 LPL; de su ordenación derivan las siguientes líneas maestras:

— Pese a la dicción del art. 231 LPL (“si el recurrente presentara...”) pensamos que tanto el recurrente como el recurrido pueden acudir a este singular trámite (“al actor o al demandado” se refiere el art. 270.1 LEC) para interesar la aportación documental, sea para respaldar las tesis del recurso, sea para contrarrestarlas. Aunque la regulación de la LPL es imprecisa, la excepcional aportación de documentos y escritos puede proceder de recurrente o recurrido; así lo entienden, tácitamente, la STS de 5 de enero de 2000 (RJ 2000, 916) y, expresamente, la STSJ de Cantabria de 12 abril de 1996 (AS 1467).

La igualdad entre las partes procesales exige que cualquier de los personados como recurridos pueda utilizar este cauce de aportación documental, y no sólo para contrarrestar la eficacia de la aportación realizada de contrario, “sino también, posiblemente, por estricta posibilidad de defensa frente al recurso formalizado” (MERCADER UGUINA).

— Nada se dice acerca de la forma y momento de presentación de tales documentos, de manera que cualesquiera serán válidos (lógicamente, siempre que cumplan los requisitos exigibles a cualquier escrito dirigido a un órgano jurisdiccional y que no se haya procedido a la deliberación del asunto por el Tribunal). Al menos debe de exigirse un escrito, acompañando al documento aportado, en el que se argumente acerca de la concurrencia de alguna de las hipótesis legales que permiten la aportación extemporánea y su incidencia en el concreto procedimiento (de “escrito de acompañamiento” habla ALONSO OLEA).

— Tanto por referirse el artículo 231 LPL a “la Sala” cuanto por razones inmanentes a la estructura del recurso, es lógico que la STSJ de La Rioja de 22 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4242) hubiera de advertir que no cabe realizar la aportación documental aprovechando el trámite de anuncio de la suplicación. Puesto que el precepto remitido de la LEC sí admite la presentación de documentos en la instancia, es pertinente (y acertado) advertir que ni la genérica supletoriedad de tal norma, ni los términos en que la LPL se remite a ella pueden conducir a ese entendimiento; “el legislador social ha previsto su juego expresamente sólo en fase de recurso de suplicación y casación, lo que supone su tácita exclusión para aquel otro momento”, en palabras de la STSJ de Murcia de 20 de octubre de 1992 (AS 1992, 5057).

— No resulta posible acudir a este trámite para subsanar defectos probatorios imputables a la propia parte; por ejemplo, así lo entiende la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 1999 (AS 1999, 5440) respecto de documentos que “pudieron presentarse en el acto del juicio oral y si la injustificada incomparecencia de la parte al mismo no se lo permitió no es válido utilizar la vía excepcional”.

— Por descontado, aunque sea evidente, la figura en estudio sólo entra en juego si la parte aporta realmente el documento, siendo insuficiente con la mención al mismo o la reproducción de su contenido; en este sentido es tajante la STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2000 (AS 2000, 34).

Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación

– La presentación y admisión de documentos no está sujeta a plazo específico y por eso lo lógico es que proceda hasta el momento en que se produzca la deliberación y votación de la sentencia; muy frecuente es que se aporten con el escrito de interposición o impugnación.

– Una vez que se presente el documento, la Sala (del TSJ o del TS) ha de poner de relieve lo acaecido a “la parte contraria” a fin de que realice cuantas alegaciones estime pertinentes. Tanto exigencias constitucionales cuanto la expresa norma de la LPL aconsejan cumplir escrupulosamente con la “contradicción en condiciones de igualdad” [STSJ de la Comunidad Valenciana (AS 1996, 4115)]. Es razonable pensar que el trámite contradictorio procede sólo cuando se presente el documento pretendiendo encajarlo en alguna de las excepciones previstas en el artículo 270.1 LEC (CORDÓN MORENO).

– En todo caso, la Sala oír a la parte contraria dentro del plazo de tres días hábiles, a cuyo efecto le trasladará tanto el documento cuanto el escrito de alegaciones recibido.

– Como es lógico, la audiencia se concede para que la parte contraria argumente, según decida, tanto acerca de la concurrencia del supuesto que legitima el acudimiento al artículo 231 LPL, cuanto sobre el contenido del documento o su influencia respecto de pleito; parece injustificadamente restrictiva la idea de que las alegaciones de la parte a que se da traslado han de circunscribirse a la improcedencia de tomar en consideración el documento por no encontrarse en los supuestos excepcionales abiertos por la LPL.

– Generalmente se entiende superfluo el trámite de audiencia contradictoria si se trata de documento ya acompañado a la interposición del recurso, pues a través de la impugnación se pudo contrarrestar su virtualidad.

– Finalmente, la Sala resolverá mediante auto motivado e irrecurrible (a ello equivale hablar de “auto motivado contra el que no cabrá recurso de súplica”), interrumpiendo, en su caso, el trámite de inadmisión del recurso (art. 231.2 LPL).

– La LPL quiere que sea un Auto el que resuelva expresamente acerca de si el documento es o no admisible, en función de si se ajusta a las exigencias del art. 231 LPL (MOLERO), reservando para la sentencia la precisión acerca de los efectos que posee el documento que sea admitido por este excepcional cauce.

LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES PROCESALES EXIGE QUE TANTO EL RECURRENTE COMO CUALQUIERA DE LOS PERSONADOS COMO RECURRIDOS PUEDA UTILIZAR EL CAUCE DE LA APORTACIÓN EXCEPCIONAL DE DOCUMENTOS

Pese al referido diseño legislativo, con frecuencia lo que sucede es que el documento en cuestión se adjunta al escrito de formalización del recurso, entendiéndose que en el trámite de impugnación al mismo se subsume la audiencia contemplada por el art. 231.1 LPL; en tal sentido, por todas, STSJ de Madrid de 21 de mayo de 1998 (AS 1998, 1727) y STSJ de Extremadura de 15 de abril de 1997 (AS 1997, 1678). En esos casos los Tribunales suelen resolver la cuestión incidental (admisibilidad del documento aportado ex artículo 231 LPL) mediante la propia sentencia que pone término al recurso; la práctica es trascendente, porque el tema incidental (si procede tomar en consideración el documento) pasa a ser controlado como cualquier otro de los cobijados en tal resolución judicial (señaladamente, si estamos ante sentencia de suplicación, cabe el recurso de casación para unificación de doctrina).

Ejemplo claro de esta última apreciación lo encontramos en la STSJ de Galicia de 23 de julio de 2001 (AS 2001, 1933), donde se razona cómo “si bien no dio lugar a la tramitación del breve incidente establecido en el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, es lo cierto que la parte recurrente solicita la admisión de los documentos en el propio escrito de formalización de recurso, y como de éste se dio traslado a la parte actora para impugnación, la cual pudo haber formulado las alegaciones que estimó pertinentes al respecto, por lo que se estima cumplido el trámite citado anteriormente”; también la STSJ de Madrid de 5 de mayo de 1998 (AS 1998, 1707). Igualmente, la STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1999 (AS 1999, 895) actúa de ese modo “pues, por un lado, un elemental principio de economía procesal, aconseja tener por cumplido el precepto, máxime cuando, como se ha dicho, la argumentación del recurso se basa, precisamente, en el contenido de los documentos aludidos, y, por otro, las alegaciones sobre tales extremos han sido contestadas por la parte recurrida, en su escrito de impugnación, habiendo efectuado las manifestaciones que ha considerado oportunas en defensa de sus derechos”. En la misma línea pueden verse las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 1998 (AS 1998, 6126) y de 8 de febrero de 2001 (AS 2001, 2061): “dado que del referido documento ha tenido conocimiento la parte contraria y en el escrito de impugnación del recurso ha efectuado las alegaciones que ha considerado oportunas en orden a la defensa de su derecho, resulta improcedente acudir al trámite del artículo 231.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, pudiendo resolverse directamente en esta sentencia acerca de la admisibilidad del documento, evitando así dilaciones indebidas”; en similares términos, respecto de supuesto en el que no se impugna el recurso interpuesto, STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4252).

En las STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de abril de 1996 (AS 1996, 2098) y STSJ de Murcia de 3 febrero de 1998 (AS 1998, 5264) se nos da cuenta de que la Sala, pese a haberse presentado el documento junto con el escrito de interposición del recurso, decidió sobre su admisibilidad mediante Auto. También el Auto del TS de 15 de julio de 1998 (RJ 1998, 7019) es buen exponente de un modo de actuar concorde con el diseño trazado por el legislador delegado: se decide separadamente, mediante Auto, acerca de la admisión de los documentos presentados en vía de recurso.

Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación

Una tercera posición se desprende de la STSJ de Murcia de 2 de mayo de 1997 (AS 1997, 2243) o STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de abril de 1998 (AS 1998, 6052): se concedió el trámite de audiencia previsto en el artículo 231 LPL pero se trae a la sentencia de suplicación la decisión acerca de la admisión y efectos del documento. La STSJ de Madrid de 22 de enero de 1998 (AS 1998, 5007) razona abiertamente ese modo de proceder: “con la finalidad de garantizar la economía procesal que exige no dilatar sin sentido el procedimiento, el auto motivado a que se refiere el citado artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, se suple con esta sentencia resolutoria del recurso”. La misma tesis se admite implícitamente en la STSJ de Madrid de 2 julio de 1998 (AS 1998, 2865).

Variante de ese modo de actuar aparece en la STSJ de Madrid de 29 de mayo de 1993 (AS 1993, 2639): mediante Auto se acordó no sólo la admisión del documento sino también su incidencia sobre el recurso, limitándose la sentencia a reflejarlo así. Parece que eso es llevar demasiado lejos la especificidad del trámite incidental contemplado en el artículo 231 LPL, pues el Auto deber razonar sobre la admisibilidad del documento y la sentencia sobre la pertinencia de la modificación fáctica.

En todo caso, la respuesta judicial (en Auto o sentencia) brindada a la aportación realizada por la parte ha de cumplir con las exigencias inherentes a cualquier auto o sentencia, siendo censurable la mera afirmación de que los documentos carecen de los requisitos legalmente exigidos; por ejemplo, véase la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4660). La STC 186/2000, de 10 de julio, considera que la tutela judicial exige al Tribunal *ad quem* que razone “convinciente y suficientemente” respecto de la prueba documental que el recurrente pretenda aportar en este trámite y su eventual subsunción en el artículo 231 LPL.

V. EFECTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO

La lógica imposibilidad de que se amplíe el recurso (de suplicación o de casación) por esta vía habrá de conciliarse con la evidencia de que algún valor revisorio habrá que conceder a los citados documentos. Por ello está claro que “esta norma excepcional no deja de plantear problemas, pues con los documentos que se aporten normalmente se pretenderá modificar el relato histórico de la sentencia de instancia, lo que no es fácilmente conciliable con los requisitos que condicionan la viabilidad del motivo” contenido en las reglas sobre cada uno de los recursos (MARTÍNEZ EMPERADOR). Algunas opiniones más decididas entienden que ha de admitirse el recurso con base en tales documentos, bien que ello equivalga a que “por vía indirecta, se introduce en la LPL un nuevo motivo de casación por error de hecho” (BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALÓN y M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ).

Por ello es cuestión polémica la relativa a la incidencia del documento aportado; de manera astuta, el texto legal prescribe que la Sala dispondrá “lo que proceda”, dejando así las cosas en manos de cada Tribunal. En el fondo, se trata de conciliar los principios

de oralidad e inmediación (propios de la instancia) con el carácter extraordinario de los recursos laborales (suplicación, casación).

En todo caso, si el documento se considera admisible pero insuficiente para alterar el relato fáctico de instancia, el Tribunal sentenciador habrá de pronunciarse sobre el recurso; pero si el documento no sólo es admisible sino también trascendente, aparecen dos corrientes de opinión: la favorable a que el órgano *ad quem* lo tome en consideración, resolviendo el tema de fondo en consecuencia y la partidaria de devolver las actuaciones al órgano de instancia para que se reproduzca el juicio, tomando en cuenta esa decisiva prueba documental y las alegaciones construidas a su alrededor. En la STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 1998 (AS 1998, 5453) hay una crítica reflexión acerca de las ventajas e inconvenientes de ambas posiciones.

– La argumentación para que la propia sentencia que resuelve el recurso decida lo procedente, en lugar de proceder a una anulación de sentencia para que el Juzgado vuelva a pronunciarse a la vista de estos nuevos elementos fácticos, puede invocar a su favor el principio de economía procesal [STSJ de Cataluña de 1 de abril de 1998 (AS 1998, 2051)].

– Pero también es cierto que si se devuelven las actuaciones al órgano de instancia se posibilita el reexamen (mediante un nuevo y futuro recurso) del criterio vertido a la vista del nuevo documento [STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 1998 (AS 1998, 2993)] y que ello concuerda con las limitadas competencias cognoscitivas que el órgano *ad quem* posee en los recursos de suplicación y casación. Por eso se defiende que la sentencia resuelva sobre el recurso sólo cuando el documento aportado no afecte al pronunciamiento de la sentencia de instancia recurrida (CHOCRÓN GIRÁLDEZ).

– Cuando la excepcional aportación documental se realice en el marco de una casación para unificación de doctrina la solución más adecuada parece consistir en decretar la nulidad de actuaciones pues “su análisis en relación con el resto de la prueba practicada constituiría a la Sala en juzgadores de instancia, y alteraría la competencia determinada para cada órgano jurisdiccional, privando, además al recurso, que se dicta en un tercer grado jurisdiccional, de su esencial función unificadora sobre sentencias contrarias dictadas en suplicación” [STS de 5 de enero de 2000 (RJ 2000, 916)].

De igual modo, surge la duda acerca de qué hacer cuando el documento aportado no cumple los requisitos de la LPL. En alguna ocasión se ha entendido que la sentencia mediante la cual se pone fin al recurso puede directamente pronunciarse al respecto, sin necesidad de abrir el específico trámite del artículo 231 LPL [STSJ de Cataluña de 15 febrero de 1999 (AS 1999, 895)].

A tenor de la doctrina judicial reciente, si el documento no se ajusta a los supuestos descritos habrá que desconocerlo a la hora de fallar [STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999 (AS 1999, 42)], teniéndolo por no aportado [STSJ de Cataluña de 20 de julio de 1998

Presentación excepcional de escritos en suplicación o casación

(AS 1998, 3487)], rechazándose su unión a los autos [STSJ de Cantabria de 18 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4658)] y devolviéndolo a la parte [STSJ de Madrid de 8 de abril de 1996 (AS 1996, 2012)].

Conexión con el recurso de revisión.

En alguna ocasión se ha puesto de relieve que si la parte podía haber acudido a la excepcional vía del artículo 231 LPL a fin de trasladar un documento decisivo al órgano sentenciador, carece de sentido el posterior acudimiento al recurso de revisión frente a sentencias firmes invocando la existencia de documentos recuperados tras dictarse la misma; en cierto sentido, eso significa establecer una especie de subsidiariedad: si pudo acudir-se a la aportación excepcional de documentos no es posible convertir ese mismo motivo en causa de revisión [en este sentido STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 6840)].

En otras ocasiones se toma en consideración el intento de aportar un documento por la vía del artículo 231 LPL a efectos de fijar el día inicial del cómputo del plazo máximo establecido, desde que se recupera aquél, para instar el recurso de revisión; es el caso de la STS de 30 de enero de 1996 (RJ 1996, 485).

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M^a. ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 11^a edición, Civitas, Madrid, 2001.

A. BAYLOS, J. CRUZ y M^a.F. FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2^a edición, Trotta, Madrid, 1995.

F. CAVAS MARTÍNEZ, “El recurso laboral de suplicación y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral* (Coords. B. Ríos y A. V. Sempere), Aranzadi, Pamplona, 2001.

A. M^a. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Lecciones de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2001.

F. CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 270”, en *AAVV, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords. Cordon y otros), Aranzadi, Pamplona, 2001.

A. DESDENTADO BONETE, “Recursos de suplicación y casación. Disposiciones comunes”, en G. Barreiro y otros, *Diccionario Procesal Social*, Civitas, Madrid, 1996.

I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

J.M^a. GOERLICH PESET, “Los recursos” en Albiol y otros, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

J. MARTÍNEZ GIRÓN, “La prueba en los recursos laborales (interpretación y alcance del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral)”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 28, Pontevedra, 2000.

J.R. MERCADER UGUINA, “Comentario al artículo 231”, en *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (Coord. J. L. Monereo y otros), Comares, Granada, 2001.

C. MOLERO MANGLANO y otros, *Ley de Procedimiento Laboral*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

J. MONTERO AROCA, *Introducción al proceso laboral*, 5ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

A. MONTOYA, J. GALIANA, A.V. SEMPERE y B. RÍOS, *Curso de Procedimiento Laboral*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.

A. DE LA OLIVA SANTOS, “Comentario al artículo 270”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords. A. de la Oliva y otros), Civitas, Madrid, 2001.

J.M. ORDEIG FOS, “Recurso de suplicación: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 27, Madrid, 1992.

G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, La Ley, Madrid, 2000.

M. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

J.Mª. RIBELLES ARELLANO, “Comentario al artículo 270”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords. M. A. Fernández-Ballesteros y otros), Iurgium editores y Atelier, Barcelona, 2000.

A.V. SEMPERE NAVARRO, “Comentario al artículo 231”, en A. Montoya y otros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social. Breves apuntes tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Profesora Titular de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad
Social
Universidad de León

Sumario:

1. Aproximación. 2. Situación protegida: la dispensa del trabajo. 3. La deficiente transposición de la Directiva 92/85. 4. Dinámica de la prestación. 4.1. Requisitos del hecho causante. 4.2. Cuantía de la prestación. 4.3. Duración del subsidio. 4.4. Gestión de la prestación y responsabilidad en el pago. 5. Conclusión.

1. APROXIMACIÓN

Sabido es que sobre el empresario pesa la obligación básica de planificar la acción preventiva en la empresa, para lo cual será indispensable la previa evaluación de los riesgos existentes en la misma y en cada concreto puesto de trabajo [para algunos la obligación más importante de cuantas establece la Ley 31/1995, de 26 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), por ser el punto de partida del resto de obligaciones concretas¹, así como su posterior actualización a través de evaluaciones sucesivas cuando los cambios en las condiciones de trabajo así lo exijan².

(1) FERNÁNDEZ MARCOS, L.: Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral), Madrid (Dykinson), 1996, pág. 128; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Trotta), 1996, pág. 171 o GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección por maternidad, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 287.

(2) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", Revista General de Derecho, núm. 644, 1998, págs. 5.820-5.821.

En este trámite, primero, es imprescindible tomar en consideración —como manifestación de la obligación general reseñada— las circunstancias específicas del trabajador que ocupa cada puesto concreto, habida cuenta éste, por sus peculiares características, puede verse afectado por factores cuya nocividad viene referida en exclusiva a su concreta situación o persona, y por ello tal vez inocuos para otro trabajador. Advertido lo anterior, no queda satisfecho el legislador y procede, además, a establecer normas adicionales sobre la evaluación de riesgos para supuestos particulares, imponiendo al empresario la exigencia de tener en cuenta en sus evaluaciones la presencia de trabajadores especialmente sensibles³, de trabajadores menores de dieciocho años, o, por lo que aquí interesa, de mujeres embarazadas o en situación de parto reciente⁴.

Así, el empresario, junto a la evaluación general de riesgos, vendrá obligado (*voluntas legis*) a realizar ciertas evaluaciones específicas respecto de ciertos colectivos de trabajadores, entre ellos las mujeres en las situaciones reseñadas⁵, si bien, en realidad —y por ser más exactos—, el empresario no va a realizar evaluaciones específicas referidas a riesgos en caso de embarazo, sino que tal evaluación formará parte de la que cabría denominar evaluación ordinaria, tal y como cabe deducir del propio artículo 26.1 LPRL [“la evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender (...)”] y del artículo 16 LPRL (la evaluación de riesgos “se realizará, con carácter general, (...), y en relación con aquellos [trabajadores] que estén expuestos a riesgos especiales”)⁶.

De este modo, “el hecho de que la mujer embarazada pertenezca a un grupo de riesgo obliga al empresario a realizar una evaluación exhaustiva y rigurosa de los posibles riesgos que pueden derivar de cada puesto de trabajo”⁷, no en vano y “sin género de dudas, la exposición de la mujer a los riesgos se multiplica y diversifica con ocasión de las situaciones biológicas anudadas a la maternidad (esto es, el ‘embarazo o gravidez’ y la ‘lactancia o puerperio’), realidad que por sí sola justifica que deba recabarse por el ordenamiento jurídico una estrecha vigilancia del medio ambiente laboral y de su posible influencia en el proceso de gestación y posparto, tanto para preservar la salud de la trabajadora como la del feto y/o hijo”⁸.

(3) Por todos, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.): *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, págs. 46 y ss.

(4) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: “Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?”, cit., pág. 5.821.

(5) SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 3ª edición, Madrid (Civitas), 2001, pág. 229.

(6) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 288.

(7) MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, AS, núm. 21, 2000, pág. 47.

(8) PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: “La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria”, AS, 1998, T.V, pág. 810.

Por tanto, la evaluación, en la cual, como queda dicho, debe ser incluida todo lo relativo a los riesgos a que puedan verse sometidas las trabajadoras embarazadas, “no ha de adoptarse sólo en caso de un riesgo cierto, sino también cuando los riesgos sean simplemente potenciales”⁹, es decir, ha de realizarse aun cuando en dicho momento no exista trabajadora alguna en tal estado, habida cuenta tal eventualidad puede surgir en cualquier momento posterior¹⁰.

En cualquier caso y por lo que aquí interesa, si los resultados de la evaluación revelasen la existencia de un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras —“aunque no haya peligro cierto de que se produzca”¹¹—, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo¹². Tales medidas, en una enumeración no exhaustiva sino meramente enunciativa, pues en ningún caso impide la adopción de cualesquiera otras tendentes a evitar la exposición de la trabajadora al riesgo¹³, se estructuran, de forma subsidiaria, en tres niveles a los que seguidamente se va a hacer referencia.

**LA EVALUACIÓN DE RIESGOS
NO HA DE ADOPTARSE
SÓLO EN UN CASO DE
RIESGO CIERTO SINO
TAMBIÉN CUANDO LOS
RIESGOS SEAN
SIMPLEMENTE POTENCIALES**

2. SITUACIÓN PROTEGIDA: LA DISPENSA DEL TRABAJO

En el primer nivel de protección aparece la adaptación provisional de las condiciones laborales del propio puesto de trabajo o función que realiza la trabajadora habitualmente¹⁴. “Esta

(9) PANIZO ROBLES, J.A.: “La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, RTSS (CEF), núm. 201, 1999, págs. 69-70.

(10) Se trata de una evaluación de carácter general y abstracto que pretende únicamente determinar los riesgos objetivos. MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, AS, núm. 15, 1997, pág. 494.

Mientras en otros países de nuestro entorno la concurrencia de riesgos específicos para la maternidad exige evaluaciones puntuales en el momento en que una mujer ocupa un puesto de trabajo potencialmente peligroso para el embarazo o la lactancia (Austria o Reino Unido), “en el ordenamiento español la situación de embarazo o lactancia debe reconducirse a la de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos porque no se prevén evaluaciones puntuales cuando cambia el sexo del trabajador que lo ocupa”. PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley), 2000, pág. 53.

(11) En otras palabras, el empresario debe dar protección tanto en aquellas situaciones de las que deriva un riesgo real y certero como en aquellas otras en que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse, sin que en este caso pueda dejarse a su libre albedrío la adopción de las medidas protectoras. MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 49.

(12) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, REDT, núm. 99, 2000, pág. 30.

(13) GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores”, en SEMPERE NAVARRO, A.V., et aliter: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., pág. 237.

(14) HERRÁIZ MARTÍN, M.S.: “La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (Novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, TS, núm. 118, 2000, pág. 30.

adaptación del trabajo a la singular situación de la trabajadora se verifica a través de las condiciones de trabajo y, expresamente, del tiempo de trabajo y, en cierta forma, se lleva a cabo, por así decirlo, sobre el terreno, sin movilidad funcional o geográfica que innove el contenido del contrato”¹⁵. Eso sí, cuando fuere necesario, las innovaciones incluirán la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos (art. 26.1 *in fine* LPRL)¹⁶.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, no pudiera evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en el artículo 26.2 LPRL y que comporta la entrada en escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose un cambio de destino¹⁷. Pide la norma, en este caso, que la trabajadora pase a ocupar “un puesto de trabajo o función diferente” (también provisionalmente) a fin de poder compatibilizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales —ahora novadas— y el adecuado desarrollo de su proceso de gestación¹⁸.

En tercer y último lugar, en aquellos supuestos en los que no fuera materialmente posible, o ni siquiera razonablemente exigible, el cambio de las condiciones de ejecución del puesto de trabajo habitual y tampoco la movilidad funcional o accesorio, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo [contemplada en el art. 45.1.d) ET] durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado [art. 26.3 LPRL en su nueva redacción otorgada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar (en adelante LCVLF)].

Con esta institución no sólo se protege a la trabajadora embarazada de la posibilidad de sufrir un riesgo que afecte al feto, eximiéndola del trabajo mediante la suspensión del contrato, sino que además se establece una prestación económica a cargo de la Seguridad Social para paliar la situación de necesidad provocada por la falta de ingresos derivada de la actualización de la contingencia. Se intenta evitar, así, que el empresario tenga que hacer frente a los costes derivados de la suspensión contractual, pues ello provocaría un nada deseado “efecto boomerang” en perjuicio de las mujeres¹⁹.

(15) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, cit., pág. 30.

(16) MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 495.

(17) SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: “Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo”, RTL, núm. 72, 1997, págs. 255 y ss.

(18) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, cit., pág. 31.

(19) MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 144. Ello sin olvidar cómo, con esta misma finalidad, a la interinidad que se realice con un trabajador/a para sustituir a la trabajadora en esta modalidad de incapacidad corresponde la bonificación del 100 por ciento en la cotización empresarial total establecida en el Real Decreto Ley 11/1998 (Disposición Adicional Segunda de la Ley 12/2001). LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, TS, núm. 115, 2000, pág. 36.

Ahora bien, no se trata de un mecanismo dirigido a proteger a la trabajadora con carácter general ante un supuesto de imposibilidad de desarrollo de la prestación de trabajo a consecuencia de las repercusiones negativas que el embarazo puede generar sobre su estado físico, pues no quedan protegidas por la suspensión por riesgo durante el embarazo aquellos casos en los que, por las molestias propias de la gestación o las afecciones que dicho estado conlleva, la trabajadora no pueda desarrollar temporalmente la prestación de trabajo. Así, los denominados embarazos de alto riesgo (cada vez más numerosos) no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la suspensión contractual, no en vano los problemas de la viabilidad del feto y la salud de la madre dependen, en tales casos, no de un potencial riesgo laboral, sino del hecho mismo de la gestación y sus circunstancias adversas (un parto múltiple amplio, un desprendimiento de placenta, amenaza de aborto, avanzada edad de la madre, ...) ²⁰.

Bajo tales premisas, cabe distinguir tres supuestos en los que el embarazo de la mujer trabajadora puede dar lugar a tres tipos de interrupciones temporales de la prestación laboral ²¹: de un lado, la suspensión del contrato debido a posibles alteraciones en la salud de la trabajadora en estado de gravidez, que no tienen su origen en las condiciones de trabajo o en el tipo de trabajo, a la que corresponde la aplicación de las prestaciones por incapacidad temporal ordinaria ²²; de otro, la suspensión del contrato por maternidad con derecho a la correspondiente prestación del 100 por ciento de la base reguladora, aplicable por libre elección de la trabajadora en momentos anteriores al parto ²³; por último —y por lo que aquí interesa—, la incapacidad temporal por “riesgo durante el embarazo”, correspondiente a una situación de ausencia de enfermedad, pero de incompatibilidad del embarazo con el trabajo derivada de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente representa un riesgo para su salud o la del feto ²⁴.

En definitiva, la prestación por riesgo durante el embarazo no pretende proteger la carencia de rentas generadas por la incapacidad para el desarrollo de la prestación, puesto que

(20) MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 151.

(21) RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 105.

(22) “En el examen médico (anamnesis) de la mujer embarazada el facultativo reúne un conjunto de datos relacionados con la salud de la mujer o la del feto que le puede llevar a la conclusión de la existencia de riesgos patológicos para una o para otro. Ante esta perspectiva, el médico toma las medidas terapéuticas propias de su ciencia y, entre ellas, puede estar la de prohibir cualquier actividad o exclusivamente la actividad productiva de la mujer. En este caso, la solución del problema planteado se afronta por el ordenamiento jurídico con la figura de la suspensión del contrato de trabajo en el plano del Derecho del Trabajo y, desde la perspectiva de la Seguridad Social, con la percepción de un subsidio económico mientras dure la incapacidad temporal”. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo”, *Carta Laboral*, núm. 39, 2000, págs. 1-2.

(23) No han sido demasiado afortunados algunos pronunciamientos judiciales, en virtud de los cuales si una mujer sufría una patología derivada directamente del embarazo era obligada a hacer uso de las diez semanas diferentes al “período obligatorio” con anterioridad al parto, aunque afectase al derecho de opción de la interesada en el contenido esencial de distribución o reparto del descanso, llegando a invocar, en su fundamentación, la protección que se dispensa en muchos países por medio de descanso obligatorio anterior al parto. Buena muestra de lo cual es la STSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (Ar. 199).

(24) MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999”, AS, 1999, T. V, págs. 1.190-1.191.

la trabajadora no ha perdido la capacidad de trabajar; es decir, “no se trata de una incapacidad generada por una alteración de la salud, sino de una incapacidad impuesta ex lege”²⁵.

Pues bien, aun cuando esta situación va a centrar la atención de las páginas siguientes, lo cierto es que no se pretende hacer un estudio exhaustivo de su régimen jurídico vigente; antes al contrario, con un objetivo mucho más modesto únicamente se va a tratar de poner de manifiesto la complejidad de su regulación, las lagunas normativas, los dilemas interpretativos y las contradicciones legales que no han sido solucionadas adecuadamente ni siquiera por el reciente Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

3. LA DEFICIENTE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 92/85

No está de más recordar en este momento la defectuosa transposición de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, efectuada por el legislador español en la versión originaria del artículo 26.3 LPRL, pues, como en otros muchos supuestos, la norma comunitaria era más amplia y generosa en sus planteamientos cuando contempla una última posibilidad, inexistente en la versión primigenia de la LPRL, para aquellos casos en los cuales, pese a la movilidad funcional, no fuera posible aún alejar a la trabajadora de la fuente de riesgos. Esta nueva posibilidad es (como ya consta) la dispensa de la prestación de servicios (más exactamente, la Directiva alude a la dispensa de la trabajadora de realizar su actividad cuando las medidas restantes hayan resultado técnica u objetivamente imposibles o razonablemente inexigibles, es decir, cuando se haya llegado al tope de diligencia exigible al empresario en un criterio de proporcionalidad²⁶); medida cuyo fundamento puede encontrarse en la propia finalidad de la norma europea de “que bajo ningún concepto y en ninguna circunstancia, la trabajadora se exponga a riesgo alguno que pueda perjudicarla”²⁷.

Habida cuenta la posibilidad de dispensa del trabajo con derecho al salario (la Directiva 92/85 –artículo 11– habla de una “remuneración adecuada”) no aparecía reconocida en

(25) MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 154.

(26) Considerando a la tutela de seguridad en el trabajo como “el arte de lo posible” (MONTUSCHI, L.: “La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l’arte del possibile”, *Lavoro e Diritto*, núm. 3, 1995, págs. 413 y 414) ha de existir “una relación ponderativa y adecuada en las actuaciones ejecutables en esta materia”, lo cual no es sino la afirmación del criterio de proporcionalidad, contenido en la LPRL a veces de modo expreso y otras de modo implícito, como ocurre en materia de movilidad funcional para trasladar a la trabajadora a un puesto compatible con su estado. ALEMÁN PAEZ, F.: “Principios y caracterización general de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Andalucía (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1995, págs. 89 y 90.

(27) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, cit., págs. 46 y 47 o GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 175.

el primitivo artículo 26.3 LPRL (pese a trasponer aquella norma comunitaria y responder a su mismo espíritu), fue obligado pensar en la existencia de una importante laguna (pues si la versión originaria de la LPRL no contemplaba tal supuesto parecía “obligar, en todo caso, a empresario y trabajadora a la prestación de servicios”²⁸), laguna que la doctrina pretendió salvar con diferentes propuestas, siendo las tesis que encontraron mayor grado de aceptación las siguientes:

En primer lugar, aquélla según la cual el vacío legal del artículo 26.3 LPRL era susceptible de ser integrado como un caso de imposibilidad de la prestación imputable al empresario (art. 30 ET), situación en la cual el trabajador —en este caso la trabajadora— conservaba su derecho al salario²⁹. La citada tesis venía confirmada (si bien no faltaron opiniones contrarias a la aplicabilidad del artículo 30 ET por entender que la no existencia en la empresa de puesto alguno carente de riesgo no era causa imputable al empresario³⁰) tanto por la obligación del empresario de adoptar cuantas medidas sean “necesarias” para evitar la exposición de la mujer al riesgo (art. 26.1 LPRL), pues el empleo del término “necesarias” denota por parte del legislador “una insensibilidad económica en cuanto a la aplicación de las normas de protección”³¹, cuanto por una interpretación forzada del artículo 21.2 LPRL, en virtud del cual la posibilidad del trabajador de interrumpir la actividad y abandonar el puesto en situaciones de riesgo grave e inminente también deja ver la escasa trascendencia de los efectos económicos que las medidas preventivas acarreen para el empresario³².

Ahora bien, la actuación conjunta de dos factores, de un lado, la necesidad de que la trabajadora no sufriera perjuicio económico alguno y, de otro, la inadecuación del artículo 30 ET en los supuestos de imposibilidad real de asignar a la trabajadora un puesto totalmente exento de riesgo (situación en la cual, de aplicarse el citado precepto, el empresario habría de

EN SUPUESTOS EN LOS QUE NO SEA MATERIALMENTE POSIBLE EL CAMBIO DE LAS CONDICIONES EN LA EJECUCIÓN DEL TRABAJO NI LA MOVILIDAD PODRÁ DECLARARSE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

(28) BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A.: *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid (Lex Nova), 1997, pág. 132. En el mismo sentido, SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: “Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo”, cit., pág. 265.

(29) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 305. Igualmente, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “El cambio de puesto de trabajo o función como medida de protección de la maternidad: el artículo 26 de la LPRL”, en VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996 (ejemplar multicopiado).

(30) BURGOS GINER, M^a.A.: “Protección especial de determinados colectivos”, en VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pág. 134.

(31) SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Barcelona (Praxis), 1996, pág. 29.

(32) NORESTORRES, L.E.: “Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, AL, núm. 16, 1998, pág. 311.

cargar con el salario de la trabajadora aun cuando “las obligaciones establecidas en materia de prevención hubieran sido escrupulosamente cumplidas”, y ello pese a que la Directiva, al hacer alusión a la posibilidad de dispensa, en ningún momento establece que deba de ser el empresario quien deba correr con el coste de tal medida³³), hizo pensar si no cabría una segunda solución (que permitiera simultáneamente alejar a la trabajadora del riesgo y evitar la imposición al empresario de los costes de la dispensa) consistente en reconocer la posibilidad de una prestación de la Seguridad Social para la trabajadora en tal situación³⁴.

Aun cuando esta segunda tesis resultaba más adecuada que la primera, ciertamente era difícil de materializar en la práctica, pues en el sistema español de Seguridad Social no existía previsión expresa de tal contingencia y difícilmente podría encajar en ninguna otra situación protegida, pese a los intentos de darle cabida en el marco de la incapacidad temporal³⁵, forzando así —y considerablemente— el concepto, esencialmente a través del recurso a mostrar el paralelismo entre la situación objeto de análisis y el período de observación de enfermedades profesionales (art. 128 LGSS)³⁶, donde la razón de ser de la baja viene teñida, precisamente, de fines preventivos y terapéuticos: alejar al trabajador del hipotético origen de sus dolencias. No cabía, por tanto, aplicación analógica, habida cuenta mientras en la situación prevista en el artículo 128.1.b) LGSS existen, al menos, indicios de la existencia de una patología, en el caso analizado no existen si quiera tales indicios (sin los cuales no cabe hablar de una incapacidad temporal sin desnaturalizar por completo su finalidad)³⁷.

(33) NORESTORRES, L.E.: “Maternidad y trabajo...”, cit., pág. 311.

(34) LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *AL*, núm. 38, 1998, pág. 717.

Esta postura contaba con un importante precedente: el personal femenino de vuelo, que no puede realizar sus cometidos laborales a causa de su embarazo, pasaba a una situación de baja por incapacidad temporal con base a enfermedad común, siempre que dicho personal no pudiese ser empleado en otro puesto de trabajo compatible con su estado. La regulación jurídica de esta situación se encuentra en la Resolución de la entonces Subsecretaría de Seguridad Social, de 2 de septiembre de 1974 (Boletín de Mutualismo Laboral núm. 273). El contenido de esta Resolución fue considerado vigente por Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 14 de junio de 1995, en base a las previsiones de la Orden de 30 de noviembre de 1990, sobre aviación civil. PANIZO ROBLES, J.A.: “La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, cit., pág. 79.

(35) Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad”, en *VVAA: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., pág. 276 o GOERLICH PESET, J.M.: “La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada”, *AL*, núm. 31, 1996, págs. 589-612.

(36) Preveían tal posibilidad, por ejemplo, GOERLICH PESET, J.M.: “La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada”, cit., págs. 594 y 595; NORESTORRES, L.E.: “Maternidad y trabajo...”, cit., págs. 312 y 313, quien contemplaba como argumentos a favor de incluir el supuesto dentro de la incapacidad temporal: 1) La analogía con los períodos de baja por enfermedad profesional, donde no existe daño materializado y sin embargo son incluidos dentro de la incapacidad temporal; 2) La posibilidad prevista en el artículo 48 OM de 9 de mayo de 1962, según la cual cuando no sea posible llevar a cabo lo prescrito en los artículos 45 y siguientes —traslado del trabajador a un puesto exento de riesgo cuando presente síntomas de enfermedad profesional no constitutivos de incapacidad temporal—, se dará baja al trabajador en la empresa con derecho a una prestación que correrá en parte a cargo de la empresa (12 meses) y en parte a cargo del Estado (6 meses); 3) La finalidad preventiva de la LPRL chocaría con la necesidad de esperar a la materialización del daño; y 4) En el proyecto de 1992, el art. 21.2 contemplaba expresamente el supuesto cuando afirmaba que “sólo en el caso de que no existiera ningún puesto de trabajo compatible procederá el inicio de la situación de incapacidad laboral transitoria —léase incapacidad temporal—”.

(37) PANIZO ROBLES, J.A.: “La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, cit., pág. 80.

A fin de remediar esta importante situación de *vacuum legis* y de poner fin a cualquier controversia, la Ley 39/1999 incluye una nueva causa justificativa de suspensión de la relación laboral (“por riesgo durante el embarazo”) cuando el cambio de puesto de trabajo —la última de las medidas aplicables, según la redacción anterior del artículo 26.3 LPRL— “no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados”. “Se trata de una hipótesis, por lo demás, que puede resultar bastante habitual, sobre todo si se tiene presente la estructura empresarial de nuestro país, donde la enorme implantación de pequeñas empresas que dan ocupación a un número reducidísimo de asalariados, hace muy previsible esa hipótesis de imposibilidad tanto de cambio de las condiciones de trabajo como de movilidad funcional de la trabajadora embarazada”³⁸.

Con todo, aun cuando con esta redacción parece quedar completo el diseño legal en esta materia, lo cierto es que “con arreglo a la letra de la Ley, el período de lactancia no queda protegido (todavía al día de hoy) por la suspensión del contrato (...), de modo que la trabajadora cuyo contrato se hubiera visto suspendido por riesgo durante el embarazo, una vez finalizada la suspensión por maternidad biológica, aun cuando esté lactando a su hijo, deberá reincorporarse forzosamente a su anterior puesto de trabajo”³⁹. Así, si bien es cierto que la LPRL reconoce que durante el período de lactancia pueden existir determinadas actividades profesionales que comporten riesgos para la salud tanto para la madre como para el recién nacido que tengan justamente su origen en esta circunstancia, no menos cierto resulta que para tales supuestos la norma sólo prevé la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto, perviviendo “un punto de laguna para cuando no sea posible ni lo uno ni lo otro”⁴⁰.

Esta situación se produce, una vez más, debido a la defectuosa transposición de la Directiva 92/85, puesto que dicha norma prevé la dispensa de trabajo también cuando exista riesgo para la salud de la mujer o del hijo durante la lactancia⁴¹, con derecho por parte de la trabajadora al “mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”⁴².

Es más, “la no extensión de la dispensa del trabajo al período de lactancia cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud no sólo de la trabajadora, sino también del hijo, constituye no sólo un incumplimiento de la Directiva, sino que rompe con la coherencia mantenida a lo largo del artículo 26 LPRL que intenta evitar, no

(38) CRUZ VILLALÓN, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, RMTAS, núm. extraordinario, 2000, pág. 98.

(39) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, cit., pág. 41.

(40) CRUZ VILLALÓN, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, cit., pág. 98.

(41) LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 34.

(42) MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999”, cit., pág. 1.181.

sólo los perjuicios de la salud de la mujer trabajadora sino también la del feto y/o hijo”⁴³. Es muy posible que “el legislador español haya pensado que la situación en que se encuentra una mujer que, transcurrido su período de suspensión por maternidad, deba reincorporarse a un puesto de trabajo con riesgo para la salud del nacido al que está amamantando, cuyas condiciones de trabajo no puedan ser adaptadas y a la que resulta imposible de ofrecer un puesto de trabajo compatible con su situación (artículo 26.1 y 2), tiene su solución en la solicitud de pase a situación de excedencia para cuidado de hijos durante el período restante de ‘amamantamiento’ (normalmente de cinco meses); desde luego, es ésta una solución más barata para la Seguridad Social pero en absoluto resulta igualmente favorable para la mujer ya que la excedencia no es remunerada”⁴⁴.

Por tales razones, “aunque la causa de suspensión del ejercicio de la actividad se ha identificado como ‘por riesgo durante el embarazo’ (omitiendo cualquier alusión a la lactancia), parece que la finalidad de la norma debía haber conducido a una aplicación paralela de tal garantía también a los períodos de lactancia”⁴⁵, autorizando tanto “la suspensión de la relación laboral como reconociendo el derecho a la prestación de Seguridad Social en este caso durante el período de lactancia no superable ni por vía de adaptación ni por vía de movilidad funcional”⁴⁶.

Tal solución podría encontrar el siguiente aval: “teniendo presente el escenario comunitario, esto es, partiendo de que la norma comunitaria —que es clara y precisa— da un tratamiento idéntico para el supuesto de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, se trataría de —una vez detectada, en la fase de evaluación de riesgos, la existencia de riesgo durante la lactancia— solicitar por parte de la trabajadora la suspensión y prestación económica y si el empresario o la entidad gestora se niegan, solicitar la aplicación directa de la Directiva con reclamación al Estado de daños”⁴⁷; “un resultado indemnizatorio,

(43) MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad y salud laboral*, cit., pág. 62.

(44) PÉREZ DEL RÍO, T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, TL, núm. 52, 1999, pág. 61. Tal opción supondría, además, “una asunción de costes preventivos por la trabajadora, contraria al artículo 14.5 LPRL”. PIZA GRANADOS, J.: “Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999”, AS, 1999, T.V, pág. 1.185.

(45) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, cit., pág. 41.

(46) CRUZ VILLALÓN, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, cit., pág. 98. En este sentido se manifestó el CES en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999): “si de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la (citada) Directiva, debería haberse incluido la situación de riesgo para la trabajadora en situación de lactancia, que junto al embarazo, es considerada también situación de riesgo con iguales efectos por la Directiva 92/85 (...) Por otra parte, dado que el riesgo para la salud en determinados puestos de trabajo puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que haya dado a luz y a la lactancia, la protección debería ser la misma. Esta observación se hace extensible a los demás preceptos del Anteproyecto en los que se contempla la nueva situación del contrato por riesgo durante el embarazo, en consonancia con la finalidad protectora que se persigue, y para una mejor adaptación de la normativa comunitaria. En tal sentido, debería incorporarse igualmente (...) la extensión al feto y a la lactancia”.

(47) LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Salud laboral y protección por maternidad”, en VVAA (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 89.

por lo demás, siempre insatisfactorio cuando de lo que se trata es de la tutela de la salud del menor lactante”⁴⁸.

4. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

Este nuevo supuesto de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, “que se añade al de maternidad dentro del precepto legal que parecía más cercano [art. 45.1.d) ET]”⁴⁹, se completa con algunas reglas en el ámbito de la Seguridad Social, que tienen por objeto más inmediato proporcionar a la trabajadora un sustitutivo de los salarios que en tal caso deja de percibir. La Ley 39/1999 crea con esa finalidad una nueva contingencia o “situación protegida” en la acción protectora del sistema, a la que sigue dando el nombre de “riesgo durante el embarazo” [art. 38.1.c) LGSS], y a la que se dedican los artículos 134 y 135 LGSS (que vienen a cubrir así el hueco dejado por la supresión en 1994 de la invalidez provisional), convenientemente desarrollados por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

Como con acierto se ha dicho, “es ésta una prestación peculiar, que parece situarse a medio camino entre la de maternidad y la de incapacidad temporal por enfermedad común”⁵⁰, cuya cuantía económica queda asimilada formalmente al subsidio de esta última contingencia (art. 135.1 LGSS)⁵¹, pero que adopta reglas singulares en algunos aspectos⁵²:

**EXISTE UNA DEFECTUOSA
TRANSPOSICIÓN DE LA
DIRECTIVA 92/85, YA QUE
LA LPRL NO PREVÉ LA
DISPENSA DE TRABAJO
CUANDO EXISTA RIESGO
PARA LA SALUD DE
LA MUJER O DEL HIJO
DURANTE EL PERÍODO DE
LACTANCIA**

(48) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y riesgo durante el embarazo”, en VVAA (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, cit., pág. 127.

(49) GARCÍA MURCIA, J.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 31.

(50) GARCÍA MURCIA, J.: “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 32.

“Ese trato diferenciado respecto a la incapacidad temporal por enfermedad o accidente en determinados aspectos es congruente con la Declaración del Consejo y de la Comisión, de 19 de octubre de 1992, relativa al punto tres del artículo 11 de la Directiva 92/85, según la cual la referencia por razones meramente técnicas a la enfermedad en la prestación que percibirá la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, ‘en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad’, sino sólo indicar una cuantía mínima de referencia sobre la prestación que percibirá la trabajadora”. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *RL*, núm. 18, 1999, pág. 9.

(51) Lo cual no deja de sorprender, pues “no se trata de una suspensión causada por una alteración física, sino que su origen se encuentra en el trabajo que se desarrolla, que es una causa absolutamente externa”. TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Madrid (La Ley), 2001, pág. 206.

(52) CRUZ VILLALÓN, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, cit., pág. 100.

4.1 Requisitos del hecho causante

Resulta de particular interés, en primer lugar, detener la atención en determinar la naturaleza jurídica otorgada a la prestación aquí analizada, pues, de un lado, constituye un capítulo separado (el capítulo IV ter), de modo similar a como la Ley 42/1994 configuró la actual y diferenciada prestación de maternidad (capítulo IV bis); de otro, sin embargo, el art. 135 LGSS señala expresamente que la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá “en los términos y condiciones previstos (...) para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común”, para continuar especificando “sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados”. De todo ello cabe inferir “que las especificaciones descritas en la propia norma son las únicas que el ordenamiento ha previsto para esta incapacidad temporal específica que, más que como prestación particularizada, debiera considerarse, mejor, como una prestación ramificada y dependiente del desarrollo normativo y jurisprudencial aparejado a la incapacidad temporal ordinaria”⁵³.

Por todas estas razones, es harto criticable que “sólo puedan acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo las trabajadoras que durante el embarazo y con anterioridad al período de descanso por maternidad sufran una situación de riesgo para la gestación y cumplan los requisitos —comunes a los previstos para la situación de incapacidad temporal genérica y para prestación por maternidad— de afiliación y alta o situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, y haber cotizado ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante”⁵⁴.

A tenor de estas exigencias, en los casos de falta de período de carencia la mujer (incomprendiblemente) no podrá acceder a la prestación⁵⁵, lo cual se pone de manifiesto, sobre todo, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial⁵⁶. De esta forma, las únicas alternativas que se le ofrecen son la de continuar trabajando (si el empresario lo tolera, cosa que prudentemente no hará) o ver suspendido el contrato y el salario sin sustituto prestacional alguno⁵⁷.

(53) BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 46.

(54) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *RL*, núm. 24, 1999, pág. 33.

(55) LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *cit.*, pág. 35.

(56) No en vano se exigirá la misma carencia genérica (difícil de completar) de 180 días cotizados, para cuya acreditación se tomarán en cuenta las horas efectivamente trabajadas (al año) y se dividirán entre 5, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales. MARTÍNEZ DE VIERGOL, L.: “La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo”, en VVAA (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, *cit.*, pág. 173.

(57) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y riesgo durante el embarazo”, *cit.*, pág. 127.

Para evitar esta dramática situación⁵⁸, “esta supuesta equiparación a la incapacidad temporal por enfermedad común no debería ser tan manifiesta, ya que su origen se encuentra en el terreno fronterizo entre el desarrollo del embarazo y el trabajo (origen del riesgo para la salud)”⁵⁹. Insistiendo en esta misma idea, “¿no hubiera sido más lógico aplicar la estructura propia de la incapacidad temporal por riesgo profesional en vez de la derivada por riesgos comunes?”⁶⁰, pues “al fin y al cabo esta situación tiene su razón de ser en la existencia de un riesgo profesional para la salud de la mujer o para la del feto”⁶¹.

Conviene aclarar, en último extremo, cómo, previo cumplimiento de los mismos requisitos, se extiende la posibilidad –lógica– de que también las trabajadoras por cuenta ajena de los regímenes especiales y las trabajadoras por cuenta propia encuadradas en el régimen especial del mar, régimen especial agrario y régimen especial de trabajadores autónomos, gocen de esta prestación económica⁶². Como regla complementaria, la Disposición Adicional Primera de la LCVLF señala que también podrán acogerse a los beneficios establecidos en la misma, entre otros extremos durante los períodos de descanso por “riesgo durante el embarazo”, los socios trabajadores o socios de trabajo de las Sociedades Cooperativas y los trabajadores de las Sociedades Laborales, con independencia del régimen de la Seguridad Social en el que estuvieran incluidos⁶³. Asimismo, el Real Decreto 1251/2001 se ocupa de declarar expresamente que serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el régimen especial de empleados de hogar (ocupado mayoritariamente por mano de obra femenina)⁶⁴ independientemente de que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo (arts. 16 y 23).

4.2 Cuantía de la prestación

El montante del subsidio es siempre del 75 por ciento de la base reguladora equivalente a la establecida para la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, pero sin que, en este caso, se aplique minoración alguna durante los primeros

(58) Conviene aclarar, no obstante, la aplicación del mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (art. 23.2 RD 1251/2001).

(59) TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, cit., pág. 208.

(60) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 34.

(61) LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 37.

(62) MIÑAMBRES PUIG, C.: “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 28.

(63) PANIZO ROBLES, J.A.: “La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, cit., pág. 85.

(64) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 241 y ss.

días de la prestación⁶⁵. Así, su abono corresponde desde el primer día a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, sin que se desplace sobre el empleador el pago de los primeros días como sucede con la incapacidad temporal derivada de enfermedad común (entre el cuarto y el decimoquinto día de baja)⁶⁶. “La finalidad de este diferente tratamiento es que la nueva situación protegida no resulte perjudicial o costosa para el empresario, porque de lo contrario podría dar lugar, una vez más, a situaciones discriminatorias en las que el empleador sea reticente o se niegue a contratar mujeres ante la posibilidad que existe de que éstas opten por quedarse embarazadas”⁶⁷.

Ahora bien, pese a lo adecuado de tal matización no cabe pasar por alto tampoco cómo teniendo en cuenta que “la imposibilidad de permanencia en el puesto de trabajo, por el riesgo que comporta para la salud de la madre y/o el feto, es una circunstancia derivada directamente de la maternidad, que no puede calificarse propiamente de incapacidad temporal, quizás habría sido más adecuado extender a la situación de riesgo por embarazo el régimen jurídico de la prestación por maternidad, fijándose en un 100 por ciento (y no en un 75 por ciento) de la base reguladora la cuantía del subsidio”⁶⁸.

Comentario especial merece, además, el caso del encadenamiento de los períodos de suspensión por riesgo durante el embarazo y maternidad, pues mientras que, desde el punto de vista estrictamente laboral, la situación de la trabajadora no sufre variación alguna (reserva del puesto y cómputo de antigüedad en ambos casos), desde la perspectiva de Seguridad Social se incrementa la cuantía de la prestación, al pasar, como ya consta, el tipo

(65) Esta errónea identificación de la cuantía de la prestación por riesgo durante el embarazo con la de la incapacidad temporal busca, probablemente, el atribuir un menor coste a la Seguridad Social, como sucede si tiene que hacer frente al pago del 75 por ciento en vez de al 100 por ciento de la base reguladora, a la vez que evitar la posible connivencia entre el empresario y la trabajadora para que, en lugar de por la movilidad funcional, se opte directamente por la suspensión del contrato. MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 57.

(66) CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, AS, 1999, T.V, pág. 111.

(67) LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 36.

(68) CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares (y II). Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 111.

En Derecho Comparado existen previsiones más o menos beneficiosas para las mujeres según el país de que se trate. Así, por ejemplo, en Bélgica, la mujer que deja de trabajar por razones sanitarias y de seguridad tiene derecho al 60 por ciento de su salario mientras haya trabajado durante 120 días en los seis meses anteriores al reconocimiento de la prestación. En Dinamarca, cuando una mujer deja de trabajar por estas razones, se mantiene su contrato de trabajo y tiene derecho a una “prestación en metálico diaria” o la mitad de la remuneración, según qué cantidad sea superior. En Francia, la trabajadora que obtenga un permiso por estos motivos tiene derecho a percibir un 90 por ciento del salario durante los primeros treinta días y dos tercios durante los treinta siguientes. En Alemania, el contrato de trabajo mantiene su eficacia si la mujer deja de trabajar por razones sanitarias con derecho a percibir el promedio del salario durante las últimas trece semanas. En Grecia, la trabajadora en esta misma situación puede percibir la mitad de su salario durante los primeros 25 días de ausencia y, a partir de entonces, goza de los mismos derechos salariales que durante el permiso por maternidad. En Italia, las mujeres en estas circunstancias tienen derecho a una asignación equivalente al 80 por ciento de su salario, o al 100 por ciento, si trabaja en el sector público. En los Países Bajos, la mujer asegurada que deja de trabajar por estas causas percibe una asignación equivalente al 100 por ciento de su salario, cantidad superior a la que percibiría si estuviera de baja por enfermedad (que sería del 70 por ciento). En fin, en Portugal, las trabajadoras en estas circunstancias perciben una prestación por maternidad equivalente al 65 por ciento de su salario de referencia. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, cit., págs. 45-46.

a aplicar del 75 por ciento al 100 por ciento de la base reguladora. El hecho de que ambos períodos se sucedan en nada merma la duración de los mismos (algo incuestionable en el caso de la maternidad cuyo plazo es de derecho necesario relativo), al no existir un plazo máximo para la suspensión contractual que encuentre su causa última en el embarazo de la trabajadora. El momento en que se pase de una a otra prestación (y suspensión) depende de aquél en que la trabajadora decida comenzar el período de maternidad (de dieciséis semanas o más, según corresponda por parto múltiple –art. 48.4 ET–), que en parte puede disfrutarse anticipadamente al parto, siempre y cuando, al menos seis semanas se reserven para inmediatamente después de aquél. De no haberse optado, pues, por el descanso previo, el parto indicaría el momento de paso de una suspensión a otra y, por lo tanto, de una prestación a otra. En cualquier caso, el percibo de la prestación económica por maternidad, cuando anteriormente se ha disfrutado de la correspondiente a la situación de “riesgo durante el embarazo”, se condiciona a la solicitud *ex novo* de la trabajadora, pues, al tratarse de situaciones y prestaciones autónomas, la efectuada en relación con aquélla no tiene efecto alguno respecto de la ahora considerada⁶⁹ (arts. 21 y 28 RD 1251/2001).

En fin, toda esta mezcla de reglas persigue varios objetivos: no gravar económicamente a la empresa con coste alguno ni siquiera el de los días iniciales de prestación de la incapacidad común; garantizar el cobro a la trabajadora desde el primer día (como en el caso de la maternidad, ya que, al fin y al cabo, es como una especie de derivación de la misma); pero no hacer particularmente atractiva, desde el punto de vista prestacional, una situación para no operar como incentivo al cese del trabajo por causas que la Entidad Gestora no puede o tiene serias dificultades de control (por eso la prestación es sólo del 75 por ciento y no del 100 por ciento, como en la maternidad)⁷⁰.

4.3 Duración del subsidio

Como es obvio y obligado, la duración de la prestación va vinculada a la contingencia y, por tanto, al mantenimiento de la situación de riesgo. El derecho al subsidio nacerá, pues, el

**LA DURACIÓN DE LA
PRESTACIÓN POR RIESGO
DURANTE EL EMBARAZO
NO SE SUPEDITA A UN
TIEMPO MÁXIMO
PREVIAMENTE FIJADO SINO
QUE SE SUBORDINA A
QUE QUEDE ELIMINADO EL
RIESGO PARA LA SALUD DE
LA TRABAJADORA
EMBARAZADA O DEL FETO**

(69) MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 58.

(70) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y riesgo durante el embarazo”, en VVAA (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, cit., pág. 123.

mismo día en que se inicie tal suspensión –“sin período de espera”⁷¹– y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la situación de baja por maternidad⁷² o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (art. 135.2 LGSS y art. 18 Real Decreto 1251/2001)⁷³, razón por la cual evidentemente tendrá “un plazo máximo menor a nueve meses por precoz que sea la detección del embarazo”⁷⁴ durante el cual se mantendrá además, por expreso mandato de legislador, la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS)⁷⁵.

Se aprecia, pues, “cómo la prestación económica por riesgo durante el embarazo es incompatible tanto con el desarrollo de la prestación laboral como con el paso a la situación protegida (tanto por las normas laborales como de Seguridad Social) por maternidad”⁷⁶. De esta forma, a diferencia de la prestación económica por incapacidad temporal, que tiene establecido un período máximo durante el que se percibirá el subsidio correspondiente (como máximo de doce meses, prorrogable por otros seis meses cuando se presuma que durante ellos pueda ser el trabajador dado de alta médica –art. 128.1 LGSS–)⁷⁷, la duración de la prestación económica por riesgo durante el embarazo no se supedita a un tiempo máximo previamente fijado, sino que su duración se subordina a que quede eliminado el riesgo para la salud de la trabajadora embarazada o del feto⁷⁸.

(71) RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 388.

(72) MIÑAMBRES PUIG, C.: “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, RMTAS, núm. 19, 1999, pág. 26. “Puede decirse que son tres los elementos que han de seguir concurriendo para que subsista la causa de suspensión, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos comportaría su cese; así, el embarazo, el peligro potencial y la ausencia de puesto adecuado son requisitos que en cualquier momento pueden variar (alumbramiento, aborto, introducción de mejoras técnicas en la empresa, superación de una fase delicada en la gestación, ampliación de plantilla, etc.) y arrastrar consigo a la suspensión contractual”. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, cit., pág. 42.

(73) Es posible, pues, que existan supuestos en los cuales el término del período de suspensión no se acompañe de la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo originario sino a otro diferente compatible con su estado. Ello se relaciona con el hecho de que las medidas de protección de la salud y seguridad buscan siempre, en la medida de lo posible, compatibilizar el estado de la trabajadora embarazada con el desarrollo de una prestación laboral, procediendo, en primer lugar, a adaptar su puesto de trabajo; en segundo lugar, a cambiarla a otro, dentro o no de su categoría o grupo profesional, según sea posible; y, en tercer lugar, a suspender su contrato. De este modo, la suspensión se prevé como medida última y excepcional para el caso de que no quepa ninguna de las anteriores, por lo que, tan pronto como sea posible el proporcionar un puesto de trabajo a la embarazada compatible con su estado, ésta debe incorporarse al mismo, aunque ello le coloque, técnicamente, en situación de movilidad funcional ordinaria o extraordinaria. Demostrada dicha compatibilidad, no parece que la trabajadora pueda negarse al desarrollo de la prestación laboral en base a que la reserva de puesto de trabajo que la suspensión implica afecta al originario. MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 54.

(74) TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, cit., pág. 206.

(75) HERRÁIZ MARTÍN, M.S.: “La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, cit., pág. 33.

(76) MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 57.

(77) Sin perjuicio de que en los casos en que la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de la incapacidad permanente, en cuyo caso la situación de incapacidad temporal “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” (art. 131 bis LGSS). LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 35.

(78) MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999”, cit., pág. 1.193.

Ello sin olvidar –lógicamente– que la prestación quedará extinguida en aquellos casos en los que se produzca la pérdida del feto o el fallecimiento de la madre⁷⁹.

4.4 Gestión de la prestación y responsabilidad en el pago

El procedimiento para el reconocimiento y pago del subsidio, cuya gestión se le asigna en todo caso al INSS, sin que se prevea asunción de la gestión por las Mutuas (art. 27 RD 1251/2001)⁸⁰, se ha de iniciar, en todo caso, “a instancia de la trabajadora” (arts. 21 y 28 RD 1251/2001). Ahora bien, con el fin último de evitar cualquier tipo de fraude, esta norma reglamentaria se encarga de precisar que la solicitud debe de ir acompañada de los siguientes documentos:

a) “Informe médico del facultativo del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, así como certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que cubra la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto” [art. 21.2.a)]. Queda realzado, así, el papel de la apreciación médica oficial dada su mayor seriedad e imparcialidad.

b) “Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora”, con el informe sobre este particular emitido por los órganos que hayan asumido las competencias en materia de prevención de riesgos (servicio de prevención, entidad especializada o persona responsable designada por la empresa) [art. 21.2.b)], únicos conocedores del conjunto de factores laborales que inciden en el riesgo.

Por lo demás, la declaración sobre la inexistencia de un trabajo o función compatible con el estado de la trabajadora corresponde, lógicamente, a ella misma siempre y cuando ésta preste la actividad por cuenta propia [art. 28.2.b)], si bien, en este caso, es necesario adjuntar, como obligación adicional, “una declaración de situación de la actividad, en la que conste la persona que gestiona directamente, en tanto exista riesgo durante el embarazo, el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que aquéllas sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad” (art. 28. 4).

Con todo –y pese a estas importantes cautelas–, el legislador es consciente de que pueden producirse situaciones de connivencia entre la trabajadora y el empleador, no en vano desde el punto de vista de la organización empresarial puede resultar mucho más rentable, en términos económicos, proceder a la suspensión del contrato de trabajo que “la inversión que pueda exigir la adaptación de las condiciones de trabajo o la movilidad

(79) MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 167.

(80) Por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Madrid (CDN), 1995.

funcional, máxime cuando la prestación que se deriva de la situación de riesgo durante el embarazo no corre a cargo del empresario”⁸¹. Por tales razones, se faculta al Director Provincial de la Entidad Gestora para solicitar informe (no vinculante) a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, “a fin de que ésta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que puedan determinar el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo” (art. 21.4). El mismo informe puede solicitarse, obviamente, cuando se trate de una trabajadora por cuenta propia, pues ésta puede pretender ser beneficiaria de la prestación sin cumplir los requisitos exigidos para ello (art. 28.6).

En fin, habida cuenta la responsabilidad del pago de la prestación pertenece, con carácter general, a la Entidad Gestora (art. 126.1 LGSS)⁸², no puede extrañar que el Real Decreto 1521/2001 se haya preocupado de precisar que la obligación de cotizar continuará durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (Disposición Final Segunda.uno), habilitando al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a fin de que dicte las reglas aplicables para la determinación de la base de cotización por contingencias comunes y profesionales (Disposición Final Segunda.cuatro). La intención que persigue el legislador a través de esta regulación es clara: al mantenerse la obligación de cotizar no se produce una laguna de cotización equivalente al período de tiempo que dure la suspensión por riesgo durante el embarazo, de manera que la trabajadora que disfrute de este derecho no se vea perjudicada en sus expectativas de Seguridad Social y pueda completar su carrera asegurativa⁸³.

5. CONCLUSIÓN

Las consideraciones anteriores permiten efectuar la siguiente consideración final: la situación de riesgo durante el embarazo es la solución última ofrecida en nuestra normativa interna, a semejanza de la dispensa del trabajo establecida en la normativa comunitaria, después de que, mediante otros mecanismos menos radicales, se han intentado cohonestar los intereses de la empresa con los intereses de la trabajadora en mantener su trabajo sin merma de la salud o la de su hijo. Intereses particulares que, a la vez, son portadores de intereses colectivos tan importantes como la prohibición de discriminación o la reproducción de la especie. Con todo, en la situación de riesgo durante el embarazo deberían prevalecer los intereses de la trabajadora, aun a costa de los intereses productivos de la empresa, por ser, sin duda alguna, de superior rango. Pero esto no debería supo-

(81) LÓPEZ RUBIA, E.: “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 34.

(82) Si el empresario ha incumplido la obligación de cotizar, la referida Entidad puede dirigirse, posteriormente, contra el empresario. “Si lo incumplido es la obligación de afiliación, alta o ambas, parece que la responsable es la empresa, aunque, dada la finalidad protectora que esta prestación persigue, quizá debería aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones, propio de las contingencias profesionales, y responder directamente la Entidad en cuestión”. MELLA MÉNDEZ, L.: “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 56.

(83) MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 165.

ner que los intereses del empresario sean totalmente sacrificados, lo que, si así fuere, nos llevaría al indeseable “efecto boomerang”.

Nuestro legislador no ha conseguido, sin embargo, un adecuado equilibrio entre los diversos intereses en juego, inclinando la balanza a favor de un cicatero interés presupuestario: el ahorro de prestaciones, haciendo poco atractivo, tanto para la empresa como para la trabajadora, el acceso a la situación de riesgo durante el embarazo. Sin duda alguna, la complejidad de su regulación, las lagunas normativas, los dilemas interpretativos y las contradicciones legales, no resueltas adecuadamente por las sucesivas reformas legislativas —y tampoco por el RD 1251/2001—, supondrán, en no pocas ocasiones, la vuelta a los viejos métodos situados al límite de la legalidad: “las bajas médicas de complacencia o con dolencias de cobertura”⁸⁴.

(84) LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El riesgo durante el embarazo” (y II), *AL*, núm. 28, 2001, págs. 598-599.

Opciones sobre acciones (*stock options*): naturaleza salarial y la necesidad de considerar el período que están remunerando

(Dos recientes y esperadas Sentencias del TS y una importante Sentencia del TSJ de Madrid)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Catedrático de Derecho del Trabajo (UCLM)
Uría & Menéndez, Abogados

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

Uría & Menéndez, Abogados

Sumario:

I. Consideración preliminar. II. Los precedentes de la Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001: especialmente la Sentencia del propio TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001. 1) La sentencia del Juzgado de lo Social número 30 de Madrid de 5 de junio de 2000: las opciones sobre acciones no tienen naturaleza salarial. 2) La Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001: las opciones sobre acciones sí tienen naturaleza salarial. **III. La Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001: la reiteración de la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones pero con la importante precisión de que hay que considerar el período que están remunerando.** **IV. Las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001: la confirmación de la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones, pero con la precisión de que en principio no se pueden tomar en consideración, a efectos indemnizatorios, si no fueron ejercitadas con anterioridad al cese.** 1) El supuesto de hecho. 2) La doctrina unificada por el Tribunal Supremo. 2.1. Existencia del derecho. 2.2. Naturaleza del beneficio obtenido por el ejercicio del derecho. 3. El voto particular. 4. Conclusiones.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El presente comentario da noticia de tres recientes sentencias dictadas sobre opciones sobre acciones concedidas a empleados.

Se trata, de un lado, de dos Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001 y, de otro, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 2 de octubre de 2001.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de las opciones sobre acciones (stock options) era largamente esperado.

La exposición, sin embargo, sigue el orden cronológico de las sentencias y comienza, por tanto, por la Sentencia del TSJ de Madrid, si bien enmarcándola en un anterior pronunciamiento de este mismo órgano judicial.

II. LOS PRECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 2 DE OCTUBRE DE 2001: ESPECIALMENTE LA SENTENCIA DEL PROPIO TSJ DE MADRID DE 22 DE FEBRERO DE 2001

1) La sentencia del Juzgado de lo Social número 30 de Madrid de 5 de junio de 2000: las opciones sobre acciones no tienen naturaleza salarial

Con independencia ahora de otros precedentes, el primero que consideramos debe ser citado es la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid de 5 de junio de 2000. Esta sentencia resolvía un procedimiento por despido seguido a instancias de un empleado al que la empresa demandada, entre otros beneficios, le había concedido determinados derechos de opción sobre acciones de su matriz. Declarada la improcedencia del despido, era necesario determinar por el Juzgado, entre otras cuestiones, el salario “legal” del demandante a efectos del cómputo de la correspondiente indemnización por despido y salarios de tramitación.

La sentencia concluyó que las opciones sobre acciones concedidas a empleados no tienen naturaleza salarial, aunque admite que tienen su causa o razón de ser en el contrato de trabajo. En consecuencia, los beneficios obtenidos por ese empleado por el ejercicio de sus derechos de opción sobre acciones concedidos por la demandada no fueron considerados por la sentencia en el cómputo del salario, no siendo obviamente incluidos en el cálculo de la indemnización y salarios de tramitación.

Los razonamientos que llevaron al Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid a concluir que las opciones sobre acciones no son salario y, en consecuencia, a romper la presunción *iuris tantum* de que “todo lo que percibe el trabajador de su empleador es salario”, son básicamente los siguientes:

– “El salario es algo que se da por el empresario”, de forma “tangible” y efectiva de cara al “patrimonio” del trabajador, mientras que las opciones son meras “expectativas” cuyo “ejercicio tiene resultados aleatorios de cara a su patrimonio”, siendo perfectamente posible que el trabajador no obtenga ganancias.

– El ejercicio de las opciones y la adquisición de las acciones dependen exclusivamente de la “voluntad” del trabajador, “en función de los parámetros que marca el mercado de valores”, sin que, en consecuencia, estén “en manos” del empleador quien actúa como un mero “medio para la obtención de ganancias” y “una ocasión de ganancias no es salario”.

– Las opciones sobre acciones no tienen el carácter “irrenunciable” que tiene el salario, toda vez que el trabajador “puede libremente hacer decaer su derecho ante la expectativa de no ganancias”.

– La mayor o menor cuantía de adquisición de acciones depende de parámetros bien distintos a los módulos de fijación del salario”.

– Las opciones pueden proceder de “un tercero ajeno al empleador”, tercero que sería, por tanto, “ajeno a la relación laboral”.

– El incentivo que suponen para el trabajador “no tiene su razón de ser en la relación laboral, sino en las expectativas de una mayor ganancia o que ésta se vea garantizada”.

La citada sentencia no fue recurrida por ninguna de las partes, por lo que adquirió firmeza días después de su notificación.

Ante la ausencia (en ese momento) de regulación legal y doctrina judicial en esta materia, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, aun siendo un pronunciamiento de instancia, fue el primer pronunciamiento que entró a conocer a fondo sobre la naturaleza de las opciones sobre acciones. Con anterioridad a dicha sentencia se habían dictado otros pronunciamientos por algunos Tribunales Superiores de Justicia que, aun cuando se referían a opciones sobre acciones, no analizaban en profundidad la cuestión de su naturaleza salarial.

EL TSJ DE MADRID, EN SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2001, SÓLO CONSIDERA SALARIO LOS BENEFICIOS OBTENIDOS POR LAS OPCIONES EJERCITADAS Y NO POR LOS DERECHOS DE OPCIÓN QUE NO SE HUBIERAN MATERIALIZADO EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

2) La Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001: las opciones sobre acciones sí tienen naturaleza salarial

La Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 se inclinó decididamente por la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones.

Esta Sentencia del TSJ de Madrid revoca la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid en un procedimiento por despido; la sentencia del Juzgado de lo Social declaró la improcedencia del despido, pero, a los efectos de calcular los salarios de tramitación, no tuvo en cuenta los beneficios obtenidos por el empleado demandante como consecuencia del ejercicio de sus derechos de opción sobre las acciones que la demandada le había concedido. El Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid había entendido que esas opciones no tenían la condición de salario por lo siguiente:

- 1) Se trataba de acciones de la matriz, para la que el actor no prestaba servicios, por lo que no debe entenderse como salario lo que proviene de quien no es empleador;
- 2) Los beneficios obtenidos son consecuencia del mundo mercantil bursátil, ajeno al ámbito laboral, y
- 3) Se trata de una oferta hecha por una tercera persona que puede ser o no ser aceptada, y de aceptarse, no puede ser considerada salario.

Sin embargo, el TSJ de Madrid que conoció del recurso de suplicación interpuesto contra dicha sentencia declaró que las opciones sobre acciones tienen naturaleza salarial y, por ello, deben tenerse en cuenta a la hora de calcular las compensaciones derivadas de un despido improcedente.

Los argumentos fundamentales de esta resolución son los siguientes:

- Esta concesión no tiene la finalidad de beneficiar altruistamente a los trabajadores, sino la de retenerles e incentivarles por medio de la expectativa de derecho que supone la opción, por lo que es claro que este tipo de ingresos nace dentro de la relación laboral;
- Las opciones no pueden ser ejercitadas al margen de la relación laboral, por cuanto normalmente se pierde la opción cuando el trabajador cesa voluntariamente o como consecuencia de un despido procedente;
- Las partes de este negocio son las mismas que intervienen en el contrato de trabajo y su causa es la relación laboral;
- De igual forma, el objeto de la concesión coincide con el del contrato de trabajo (mayor prestación de servicios para el empleador y mayores ingresos para el trabajador);

Naturaleza salarial de las *stock options*

- Aunque los ingresos de las opciones son renunciables por parte del trabajador (no ejercicio de la opción), esa característica no implica que no tengan naturaleza salarial, por cuanto el percibo de variables como bonus y comisiones (que sí son salario) también son renunciables (al no constituir mínimos de derecho necesario sino complementos salariales) en la medida en que queda a la voluntad del trabajador el realizar un mayor o menor esfuerzo para obtener esos ingresos;
- La empresa está obligada a abonar las cantidades debidas al trabajador en el caso de que éste ejercite su opción de compra, como también está obligada a abonar el salario devengado;
- El hecho de que la ganancia que pueda obtenerse de las opciones sobre acciones sea aleatoria no elimina su carácter de salario, puesto que un bonus es igualmente aleatorio en función de que se alcancen unos determinados objetivos que no siempre dependen del buen hacer del trabajador; tanto el bonus como los derechos de opción constituyen unas expectativas de derecho que incentivan una mayor dedicación a la empresa;
- Es irrelevante que las acciones sobre las que versa la opción de compra sean de la propia empresa empleadora o de una del propio grupo, porque en este caso es evidente que la cotización en bolsa tiene en cuenta la situación general del grupo, y por lo tanto se trata de unos mismos intereses y una misma empresa global;
- Los ingresos obtenidos por el empleado provienen de la empresa, que es la que vende al trabajador las acciones al precio pactado, muy por debajo de su valor real; hay un traspaso de ganancias de la empresa al empleado, ganancias que aquélla deja de ingresar para cederlas al empleado.

Por todo ello, la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 declaró que el ejercicio de la opción de compra de acciones debe entenderse como salario, al retribuirse de esta forma al empleado por sus servicios, siendo destacable el impacto económico de esta resolución, pues si en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid que se revoca, la empresa fue condenada a abonar al empleado la cantidad de 1.366.242 pesetas, la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 acabó condenando a la empresa por un importe de 73.728.174 pesetas, al incluir en el cómputo de las compensaciones derivadas del despido los beneficios obtenidos por el empleado por el ejercicio de las opciones.

Es importante hacer notar que la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 sólo considera salario los beneficios obtenidos por las opciones ejercitadas y no por los derechos de opción que no se hubieran materializado en el momento del despido. Igualmente, y a efectos del cálculo de la indemnización por despido, para la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 sólo son computables los beneficios obtenidos por el ejercicio de la opción de compra realizado en los doce (12) meses anteriores a la fecha del despido.

Es también relevante señalar que la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 declara que las opciones sobre acciones tienen naturaleza de salario en metálico. Dice literalmente la sentencia que “debiendo proclamarse su naturaleza de salario en metálico, que no en especie como considera la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por cuanto no se trata de la atribución del uso y disfrute de ningún bien, sino de la transmisión de un patrimonio cierto y económicamente determinado con valor dinerario concreto, que inmediatamente puede el empleado materializar, vendiéndolo en bolsa e ingresándolo en su peculio”.

Hay que recordar, al respecto, que, por ejemplo, las indemnizaciones de los altos directivos, según el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, se calculan sólo, salvo pacto en contrario, sobre el salario en metálico.

III. LA SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 2 DE OCTUBRE DE 2001: LA REITERACIÓN DE LA NATURALEZA SALARIAL DE LAS OPCIONES SOBRE ACCIONES PERO CON LA IMPORTANTE PRECISIÓN DE QUE HAY QUE CONSIDERAR EL PERÍODO QUE ESTÁN REMUNERANDO

La Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001 reitera textualmente los argumentos de la sentencia de dicho órgano judicial de 22 de febrero de 2001, declarando nuevamente la naturaleza de salario en metálico de los beneficios obtenidos por el ejercicio de las opciones sobre acciones, si bien razona que, siendo dicha naturaleza una cuestión controvertida, en todo caso cada supuesto concreto habrá de ser objeto de un estudio individualizado.

Una de las cuestiones más relevantes de esta nueva sentencia es que matiza y precisa el criterio de la Sentencia anterior de 22 de febrero de 2001, en relación con el período de tiempo en que se obtiene el beneficio derivado del ejercicio de las opciones a efectos indemnizatorios. A diferencia de lo declarado en la Sentencia de 22 de febrero de 2001, en la que se considera como salario computable a efectos indemnizatorios la totalidad de los beneficios obtenidos durante los doce (12) meses anteriores al cese como consecuencia del ejercicio de las opciones concedidas por el empresario, la Sentencia de 2 de octubre de 2001 considera determinante a tales efectos el momento preciso en que se concedieron las opciones y el período durante el cual se devengaron.

El supuesto de hecho analizado en la Sentencia de 2 de octubre de 2001 es el siguiente:

- El 12 de mayo de 1994 se le concede al empleado una opción de compra de 250 acciones de la empresa a un determinado precio.
- El empleado podía ejercitar dicha opción de la siguiente forma: comprar hasta el 10 por ciento de las acciones a partir de 13 de mayo de 1995; comprar hasta el 25 por ciento de las acciones a partir de 13 de mayo de 1996; comprar hasta el 45 por ciento de las

acciones a partir de 13 de mayo de 1997; comprar hasta el 70 por ciento de las acciones a partir de 13 de mayo de 1998; y comprar hasta el 100 por ciento de las acciones a partir de 13 de mayo de 1999.

- La opción expiraba en todo caso en 13 de mayo de 2004.
- El empleado ejercitó la opción de compra del 100 por ciento de las acciones en el mes de julio de 2000.
- El empleado fue despedido en septiembre de 2000.

Siguiendo el criterio de la Sentencia de 22 de febrero de 2001 y en la medida en que el ejercicio de la totalidad de la opción concedida se produce en los doce (12) meses anteriores al cese, todo el beneficio obtenido por el empleado hubiera sido considerado a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Sin embargo, la nueva Sentencia de 2 de octubre de 2001 no dicta ese pronunciamiento, sino uno bien distinto. Y aquí radica la novedad e importancia de la Sentencia de 22 de febrero de 2001.

La sentencia entiende que el plan de opciones fue concedido para incentivar la permanencia del empleado durante un período de cinco (5) años, esto es, desde mayo de 1994 (fecha en la que se concede la opción de compra) hasta mayo de 1999 (fecha en la que el empleado pudo ejercitar la opción sobre la totalidad de las acciones). De esta forma, el período que retribuía la concesión de la opción finalizaba en mayo de 1999. En consecuencia, como en este caso no existió concesión de opción alguna por parte de la empresa, vinculada a su permanencia en ésta, con posterioridad a septiembre de 1999 (el despido se produjo en septiembre de 2000), resulta irrelevante que se haya obtenido un beneficio en el período de los doce (12) meses anteriores al cese, pues el mismo no retribuye al empleado por dicho período, sino por períodos anteriores. Así, la Sentencia de 2 de octubre de 2001 no incluye dicho beneficio en el cálculo de la correspondiente indemnización por despido.

De este modo, la sentencia considera que será salario computable a efectos de indemnización por despido exclusivamente aquel beneficio obtenido por el ejercicio de opciones sobre acciones que estén retribuyendo el último año de prestación de servicios del trabajador, con independencia del momento de ejercicio de tales opciones.

LAS OPCIONES SOBRE ACCIONES SÓLO TENDRÁN EFECTOS EN RELACIÓN CON LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO EN EL CASO DE QUE SU EJERCICIO SEA ANTERIOR A LA FECHA DEL CESE, SALVO QUE ÉSTE SE HAYA PRODUCIDO EN FRAUDE DE LEY A FIN DE EVITAR EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

El criterio establecido por esta nueva sentencia del TSJ de Madrid resulta especialmente relevante, por cuanto, si bien es cierto que confirma el criterio de que el beneficio obtenido por el ejercicio de opciones sobre acciones es salario en metálico, matiza y precisa de forma sustancial los efectos que este beneficio tienen para el cálculo de la indemnización por cese, declarando que sólo será computable el beneficio obtenido por el ejercicio de opciones sobre acciones que estén retribuyendo el último año de prestación de servicios del trabajador y no, como hasta ahora se había venido manteniendo por el TSJ de Madrid (Sentencia de 22 de febrero de 2001), la totalidad de los beneficios obtenidos durante los doce (12) meses anteriores al cese.

En síntesis, la doctrina de la Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001 se puede resumir de la siguiente forma:

1. El beneficio obtenido del ejercicio de opciones sobre acciones es salario en metálico.
2. Los derechos de opción que no se hubieran ejercitado en el momento del cese no serán tomados en consideración a la hora de calcular la correspondiente indemnización.
3. El beneficio obtenido del ejercicio de opciones sobre acciones será computable a los efectos de calcular las indemnizaciones por despido siempre que dicho beneficio se produzca en los doce (12) meses anteriores al cese y el mismo se refiera a opciones sobre acciones que retribuyan el último año de prestación de servicios del trabajador.

IV. LAS DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2001: LA CONFIRMACIÓN DE LA NATURALEZA SALARIAL DE LAS OPCIONES SOBRE ACCIONES, PERO CON LA PRECISIÓN DE QUE EN PRINCIPIO NO SE PUEDEN TOMAR EN CONSIDERACIÓN, A EFECTOS INDEMNIZATORIOS, SI NO FUERON EJERCITADAS CON ANTERIORIDAD AL CESE

Las dos Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) de 24 de octubre de 2001, dictadas en unificación de doctrina, declaran la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones.

Ambas sentencias han sido dictadas en sendos procedimientos de reclamación de cantidad y contienen idéntico pronunciamiento. El Magistrado D. Antonio Martín Valverde ha formulado un voto particular a ambas sentencias al que se han adherido el Presidente de la Sala, D. Luis Gil Suárez, y otro de sus Magistrados, D. José María Marín Correa.

1) El supuesto de hecho

El supuesto de hecho analizado en ambas sentencias es el siguiente:

- Existencia de un Plan de opciones para el año 1998 en que el período de ejercicio se iniciaba el 24 de marzo de 2001 y finalizaba el 23 de marzo de 2003 (en adelante, el “Plan”).
- De conformidad con el Plan, los empleados reclamantes aceptaron expresamente que si antes del 24 de marzo de 2001 causaban baja en la empresa (salvo por incapacidad, jubilación o fallecimiento) no tendrían ningún derecho en relación con las opciones concedidas.
- Los reclamantes fueron despedidos disciplinariamente con anterioridad al 24 de marzo de 2001, por lo que nunca llegaron a ejercitar el derecho de opción que se les concedió en el Plan.
- En ambos supuestos, las partes alcanzaron un acuerdo ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en el que la empresa reconoció la improcedencia del despido, acordándose por las partes la correspondiente indemnización.
- No obstante el acuerdo existente respecto del despido, los actores plantean una acción contra la empresa a fin de que se les abone determinada cantidad en la que valoran el derecho de opción que nunca llegaron a ejercitar. En ambos casos, esa reclamación se interpuso con anterioridad al 24 de marzo de 2001.

Tanto las sentencias dictadas en la instancia, como las recaídas en trámite de suplicación negaron el derecho de los actores a reclamar cantidad alguna derivada del Plan, ya que estiman que ese derecho nunca llegó a nacer, por cuanto en el momento del despido sólo tenían una expectativa al no haberse iniciado el plazo de ejercicio de la opción concedida.

2) La doctrina unificada por el Tribunal Supremo

Con carácter previo al análisis concreto de la reclamación, el TS razona que no es posible dar un tratamiento único y una respuesta universal a los planes de opciones sobre acciones desde un punto de vista jurídico laboral, por cuanto las características de los mismos pueden ser muy distintas. Por ello, resultará siempre necesario examinar en cada caso concreto el plan o planes objeto de litigio.

Este mismo razonamiento ha sido también utilizado por los Tribunales Superiores de Justicia al analizar esta materia.

En relación con el fondo del asunto, el TS aborda en ambas sentencias dos cuestiones: (i) la referida a la propia existencia del derecho que se reclama y (ii) la naturaleza jurídica de lo obtenido por el ejercicio del derecho.

2.1 Existencia del derecho

El TS declara que el contrato de opción se perfecciona por el consentimiento y en el momento en que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben. En consecuencia, la empresa no puede unilateralmente dejar sin efecto un contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita y, menos aún, con una causa que se ha reconocido expresamente no ajustada a derecho (despido improcedente), pues de esa forma se infringiría lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil.

Todo ello aun cuando al aceptar el Plan los empleados hubieran asumido no tener derecho al ejercicio de la opción en el caso de causar baja en la empresa (salvo que la baja se debiera a incapacidad, fallecimiento o jubilación), pues ese requisito subjetivo de permanencia ha de vincularse con su voluntad, no pudiendo entenderse en modo alguno que el empleado haya admitido la pérdida del derecho si la empresa prescinde improcedentemente de sus servicios.

De esta forma, el TS considera que, tras la extinción improcedente del contrato, el empleado tiene derecho a ejercitar la opción, equiparando dicha causa de extinción a las expresamente contempladas en el Plan (incapacidad, fallecimiento o jubilación).

Ahora bien, ambas sentencias también declaran que sólo cabe ejercitar la opción cuando haya llegado el término fijado para dicho ejercicio, y no en el momento en que acaece la contingencia contemplada (despido improcedente, incapacidad, jubilación o fallecimiento). Por ello, en el caso analizado, el TS desestima la pretensión de los empleados, por cuanto la reclamación se ejercitó en un momento en el que el derecho aún no era exigible, toda vez que ésta se interpuso antes de la fecha fijada para el ejercicio del derecho de opción. En este sentido, concluye el TS que “de ello se desprende que el trabajador podría ejercitar su derecho de opción, si lo estima conveniente, en las condiciones pactadas, una vez vencido el término o plazo para ello”.

2.2 Naturaleza del beneficio obtenido por el ejercicio del derecho

La conclusión que alcanza el TS en relación con este extremo es la siguiente: “las cantidades que hubiese podido obtener el demandante como consecuencia del ejercicio en tiempo de las opciones sobre acciones suscritas, tendrían naturaleza salarial y serían valorables, en su caso, a efectos de cuantificar la indemnización por despido”. Así, el TS confirma lo que han venido declarando algunos Tribunales Superiores de Justicia, aun cuando lo haga *obiter dicta*.

Si bien las sentencias analizadas dicen expresamente que sólo tienen dicha naturaleza salarial y computarán a efectos de indemnizaciones los beneficios ingresados en el patrimonio del trabajador por haber ejercitado la opción en un momento anterior al despido (por tanto, las opciones no ejercitadas no computan a tales efectos), el TS no entra a analizar si ese ejercicio tiene que haber ocurrido en los doce (12) meses anteriores al des-

pido, ni se refiere al período que las opciones ejercitadas estaban remunerando. En consecuencia, sigue siendo a nuestro juicio muy relevante la anteriormente analizada sentencia del TSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001.

Por último, el TS dice expresamente que si se llegara acreditar que la empresa hubiese actuado en fraude de ley, extinguiendo el contrato de trabajo con la finalidad de impedir que el empleado ejercitase la opción concedida (no es el caso analizado en estas sentencias), el beneficio obtenido por su ejercicio (aunque extemporáneo) debería computarse a efectos de indemnización por despido.

Los argumentos en los que el TS fundamenta la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones son, en síntesis, los siguientes:

- Los planes de opciones tiene un marcado carácter retributivo como incentivo laboral, ya que tienen como objetivo incrementar el compromiso de los empleados con la empresa y mejorar los resultados económicos de la misma;
- Estos planes evidencian la vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio derivado del ejercicio de la opción;
- La incertidumbre respecto del ejercicio de la opción no desvirtúa la naturaleza salarial de lo que se percibe, si llega a cobrarse, pues como ocurre en el caso de los bonus puede ocurrir que su devengo no tenga una relación directa con la actividad del trabajador;
- La indeterminación y variabilidad de la cantidad resultante del ejercicio de la opción no le privan de su naturaleza salarial, pues dicha naturaleza no deriva de poder predeterminar la cuantificación del ingreso, sino de que dicho beneficio trae causa en una relación de trabajo por cuenta ajena, y
- El artículo 26 del ET (precepto que define el concepto de salario) establece algunos supuestos que quedan excluidos del concepto de salario: indemnizaciones o suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones derivadas de despidos, traslados o suspensiones de contrato. Según el criterio del TS, el devengo examinado no tiene cabida en ninguna de esas exclusiones; por el contrario, dicho devengo encaja en el apartado 3 del artículo 26

LA DESVINCULACIÓN DEL EMPLEADO POR CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD PUEDE DARLE DERECHO A EJERCITAR LA OPCIÓN LLEGADA LA FECHA DE EJERCICIO ESTABLECIDA EN CADA PLAN

del ET: “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 se pacten”.

En definitiva, el TS concluye que dichos beneficios son salario en metálico, con independencia de la naturaleza que en otros ámbitos no laborales se les atribuya. A este respecto el TS dice textualmente: “en el caso en que el mismo día del ejercicio de la opción se procede a la venta de las acciones sobre las que recae la opción del trabajador (...) el dinero ingresa directamente en el patrimonio del hasta entonces titular del derecho, por lo que no cabe conceptuarlo como ‘salario en especie’. 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 en 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.”

3) El voto particular

El voto particular formulado coincide con las sentencias en que la naturaleza de los beneficios derivados de la opción de compra de acciones depende de las características de los planes. Así, habrá que analizar en cada caso el supuesto planteado.

En el caso analizado, el voto particular mantiene que los beneficios o ventajas económicas se conceden sólo en concepto de compensación por la permanencia en la empresa, y no en contraprestación del trabajo realizado y ello, por lo siguiente:

- Basta el mero transcurso del período de carencia para que la opción de compra pueda ejercitarse en plenitud;
- Ninguno de los factores que determinan o influyen en la retribución del trabajo —el tiempo de actividad, su resultado, cualidades profesionales del trabajador, su rendimiento y la conexión entre rendimiento y resultado— son considerados por el Plan a los efectos de la concesión de la opción, y
- La ventaja económica para el empleado depende en exclusiva de la cotización futura en bolsa de los valores del grupo, de forma que se difumina enormemente la conexión de dicho beneficio con el trabajo efectivamente prestado por el empleado.

Con base en estos argumentos, el voto particular concluye que dichas ventajas no constituyen retribución o contraprestación del trabajo y, en consecuencia, no tienen naturaleza salarial, por lo que en ningún caso habrá que computarlas a efectos de indemnizaciones por despido.

Al contrario del criterio de las sentencias, razona el voto particular que, de conformidad con el artículo 26 ET, forman parte del salario todas las percepciones que traen causa del trabajo prestado, “pero no las que tienen una función distinta bien resarcitoria, bien compensatoria, bien de prestación social, bien de simple gratificación o donación remuneratoria”. En este sentido, alude el voto particular a varios conceptos que no tienen carácter salarial, aunque no estén expresamente excluidos del artículo 26 ET: compensación por pacto de no competencia postcontractual, salarios de tramitación, utilización de comedores, economatos o instalaciones de la empresa.

Igualmente, y en contra del criterio mantenido en las sentencias, argumenta el voto particular que las opciones sobre acciones no son un complemento salarial con encaje en el apartado 3 del artículo 26 del ET, ya que no compensan circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado, ni a la situación y resultados de la empresa.

De otro lado, el criterio del voto particular es también contrario al de las sentencias en relación con la existencia del derecho reclamado en este caso por los trabajadores: el ejercicio de la opción aun a pesar de su cese en la empresa.

A este respecto, el voto particular razona que, como quiera que la voluntad de las partes en la suscripción del Plan ha excluido de forma implícita pero inequívoca la conservación del derecho de opción cuando se extinga el contrato por despido improcedente (sólo se permite ejercitar dicho derecho tras la extinción del contrato si ésta trae su causa en fallecimiento, incapacidad o jubilación), este derecho en curso de adquisición no permanece, extinguiéndose con la relación laboral; en consecuencia, para el voto particular, no se habría vulnerado en este caso lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, como por el contrario entiende la sentencia.

4) Conclusiones

A la vista del contenido de estas Sentencias del TS, se puede concluir lo siguiente:

- No se pueden generalizar las conclusiones a las que llega el TS en estos supuestos, teniendo que estar siempre a lo establecido en cada plan de opciones sobre acciones.
- No obstante, es claro que este pronunciamiento hace prácticamente inviable la defensa del carácter no salarial del beneficio obtenido por el ejercicio de la opción.
- En todo caso, las opciones sobre acciones sólo tendrán efectos en relación con las indemnizaciones por despido en el caso de que su ejercicio sea anterior a la fecha del cese, salvo que ese cese se haya producido en fraude de ley a fin de evitar el ejercicio de la opción.

- Queda sin resolver por el TS qué beneficios obtenidos con anterioridad al cese –como consecuencia del ejercicio de la opción– deben computarse a efectos indemnizatorios. En este sentido habrá que seguirse remitiendo a los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y, en concreto, a la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001.
- La desvinculación del empleado por causas ajenas a su voluntad (despido improcedente) puede darle derecho a ejercitar la opción llegada la fecha de ejercicio establecida en cada plan.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Ley aplicable al contrato de trabajo. 2. Régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios. 3. Elección del convenio colectivo aplicable. 4. Principios de especialidad, actividad preferente y unidad de empresa. 5. Control de legalidad y lesividad del convenio colectivo. 6. Principio de condición más beneficiosa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el bloque de jurisprudencia y doctrina judicial recogido en los números 5 a 8 (octubre, noviembre y diciembre) de *Información laboral* (marginales J 864 a J 1769) no aparece, en verdad, un número muy alto de sentencias dedicadas a cuestiones de fuentes del Derecho. Dejando al margen alguna sentencia sobre “ley aplicable” al contrato de trabajo, o sobre el régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios tras un cambio de empleador, la doctrina jurisdiccional comprendida en esas entregas se ocupa, en términos generales, de problemas relativos a la interpretación, aplicación o control de legalidad y lesividad del convenio colectivo, temas que pueden y deben abordarse desde luego desde la perspectiva de las fuentes (en este caso, las fuentes nacidas de la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios), pero que también entroncan con la problemática general de la negociación colectiva y el convenio colectivo. Las restantes sentencias seleccionadas analizan cuestiones relativas a la condición más beneficiosa, que de nuevo es un tema no sólo perteneciente a la dogmática de las fuentes, sino también, y en mayor medida si cabe, a la dogmática del contrato de trabajo y a las posibilidades de creación de reglas (derechos y obligaciones) a través de la autonomía individual o de actos y decisiones de particulares (en este caso, del empresario).

1. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

El problema de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo –que ha dejado de ser en los últimos años algo insólito o inhabitual, para convertirse en un protagonista de cierta frecuencia en las decisiones judiciales– aparece en la **STSJ de Madrid de 29 de junio de 2001**, I.L. J 1618, que entiende del recurso de suplicación planteado a partir de una demanda de un trabajador español, con domicilio en EEUU, que prestaba servicios en la sede de ese país del Instituto de Turismo de España dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, mediante contrato laboral temporal. Comunicada al trabajador la no renova-

ción del contrato, interpuso demanda de despido, que fue resuelta y estimada por un Juzgado de Madrid, que consideró aplicable la legislación española, aludiendo para ello a la doctrina sentada en diversas sentencias del citado TSJ y del TS (como la Sentencia de 18 de mayo de 1999).

Sin embargo, la sentencia comentada recuerda que en esas decisiones anteriores, y en el pronunciamiento del TS traído a colación, había diferencias de relieve con el caso que ahora se planteaba, pues entonces se trataba de una contratación celebrada a partir de una oferta realizada en España, mientras que en este otro supuesto no se había probado —ni se podía deducir de los hechos probados, ni de los términos del contrato— que sucediera lo mismo, por lo que no podía ser de aplicación lo dispuesto por el artículo 1.4 ET (que llamaría a la legislación española), sino el artículo 10.6 del Código Civil, según el cual, a falta de sometimiento expreso de las partes, es aplicable la legislación del lugar de prestación de servicios.

Con todo, ese dato tampoco era suficiente en este caso para la resolución del pleito, pues, como recuerda el tribunal, recogiendo jurisprudencia del TS, la aplicación del derecho extranjero requiere que su existencia y contenido queden probados con seguridad en el pleito (a cargo de quien lo invoque), de tal modo que en caso contrario sería aplicable el derecho español, a menos que la demanda se sustentara exclusivamente en la norma extranjera (en cuyo caso habría de ser desestimada por falta de elementos de juicio, según la tesis tradicional, replanteada, con cierta discusión, en sentencias recientes, como la de 22 de mayo de 2001). Este matiz conduce al tribunal a la aplicación, por este otro camino, de la legislación española, ya que faltaba la prueba de aquel otro Derecho.

Responde también esta sentencia a la petición de la entidad recurrente de que fuese aplicado, para determinar la ley aplicable al pleito, el Convenio de Roma de 1980, ratificado por España (que conduciría, a juicio de la empresa recurrente, a una solución distinta a la adoptada por el juez de instancia). Para el tribunal, tal norma no podía ser aplicada en este caso desde el momento en que “los elementos a considerar no vinculan a varios Estados miembros de la Unión Europea”, razón por la cual habían de seguirse las reglas de conflicto de Derecho español, sobre las que el tribunal se encarga de decir —como ya ha apuntado el TS en alguna ocasión— que no se deben entender “derogadas enteramente”, ya que pueden conservar virtualidad y aplicabilidad en supuestos no afectados por aquella norma internacional, uno de los cuales sería, precisamente, aquel en que no se tratara de “conflictos que afecten a varios Estados de la Unión”.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Los cambios de empleador en la Administración pública suelen plantear problemas singulares, no coincidentes exactamente con los típicos de la subrogación o cambio de titularidad de la empresa prevista en el artículo 44 ET, sin perjuicio de que tal precepto también pueda ser de aplicación en estos casos, como a veces expresan, por lo demás, los

correspondientes documentos o acuerdos de reestructuración administrativa. En cualquier caso, cuando todo ello se produce en el ámbito de la Administración pública suele tratarse de cambios debidos a la supresión o remodelación de instancias o Departamentos administrativos, lo cual responde a móviles generalmente distintos de los que operan en el ámbito privado, y suele abordarse mediante operaciones que presentan también algunos perfiles singulares, entre otras razones porque suelen hacerse acompañados de alguna reforma normativa en la que se estipulan las condiciones del traspaso de personal. Como resultado de estos cambios, es muy frecuente que se planteen dudas acerca del régimen jurídico aplicable a los trabajadores afectados, ya sea porque cada una de las Administraciones implicadas cuenta con reglamentos o acuerdos colectivos específicos, ya sea porque las normas de reestructuración no aclaran suficientemente la normativa aplicable al personal afectado desde el momento del traspaso.

La STSJ de Madrid de 29 de junio de 2001, I.L. J 1620, se enfrenta con uno de estos problemas de determinación del régimen jurídico aplicable a una trabajadora que hasta 1997 había prestado servicios para el Centro regional para la Enseñanza de Informática, y que a partir de la supresión de este Organismo en dicho año, y de la subrogación del Ministerio de Administraciones Públicas en la titularidad de sus bienes, derechos y obligaciones, con asunción del personal, celebró con dicho Ministerio un contrato laboral de duración indefinida. A raíz de este cambio, poco tiempo después, la trabajadora demandó a su nuevo empleador por diferencias salariales, pidiendo que se le retribuyera conforme a las normas que regulaban su trabajo con anterioridad a la fecha de subrogación.

Para el tribunal, la extinción del contrato anterior y la formalización de uno nuevo con el citado Ministerio “extinguió todo aquello que traía causa y origen de aquella inicial relación contractual”; la nueva situación de la actora tuvo un efecto *ex lege*, “y su regulación no era otra, ni es otra, que la contenida en el convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado”. Dicho de otra manera: el tribunal considera que al nacer una nueva situación jurídica por ministerio de la ley, con extinción de la anterior, han de aplicarse a la actora las normas propias de la misma, no las que regían con anterioridad.

3. ELECCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

El tema estrella en este repaso de jurisprudencia y doctrina judicial es sin duda alguna el relativo a los problemas de determinación y selección del convenio colectivo aplicable, que a veces se plantea con carácter general (al modo de un mero conflicto de interpretación y aplicación de las normas) pero que en la mayor parte de los casos se suscita con ocasión de una reclamación o demanda (de despido, de diferencias salariales, etc.) de carácter individual. Sea por una u otra vía, lo cierto es que a través de estos procesos los jueces tienen oportunidad de ir despejando dudas acerca del ámbito de aplicación del convenio y, concretamente, del tipo de actividad afectado por sus reglas. En algunos casos también sirven estos pleitos para seleccionar el convenio más apropiado de entre los dos o más que potencialmente al menos pudieran concurrir (o que las partes aportan interesadamente al proceso).

Con cierto carácter general se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2001**, I.L. J 1180, que juzga un conflicto colectivo en el que se buscaba la fijación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores que realizaban tareas propias de construcción (demolición, excavación, relleno y compactado, carga y transporte, hormigones, pavimentos, albañilería, alicatados, revocos, enyesados, encofrados, vallados, forjados, cerramientos, aglomerantes, impermeabilización, cubiertas, tratamientos antiácidos, etc.) por cuenta de una empresa que tenía dos secciones, cada una de ellas dedicada a una actividad distinta (construcción y montajes metalúrgicos) y que contaba con un convenio colectivo —de ámbito infraempresarial— para una de esas secciones (montajes), que no era, y de ahí el conflicto, aquella en la que trabajaban los demandantes. La empresa, en cualquier caso, venía aplicando dicho convenio (que, además, se decía aplicable en los correspondientes contratos de trabajo), pero los trabajadores pedían la aplicación del convenio colectivo de la construcción, en razón de su concreta actividad.

La sentencia, partiendo de la delimitación formal del ámbito de aplicación en cada uno de esos convenios colectivos, considera “palmario” que las actividades realizadas por los trabajadores “entran de lleno” en el ámbito funcional descrito por el convenio de la construcción, y no así en el del convenio de la sección de montajes, por lo que correspondía aplicar el primero de ellos, “con exclusión del que corresponde a las actividades siderometalúrgicas dentro de la empresa”. Declara también la sentencia, razonablemente, que no podía ser obstáculo para ello el hecho de que en los contratos individuales de trabajo se hubiera consignado otra cosa, bajo el presupuesto, seguramente, de que el pacto individual no es mecanismo apto para determinar el convenio aplicable cuando ello puede esconder fraudes o renunciaciones de derechos, o, simplemente, cuando va contra la naturaleza de las cosas. La sentencia, en definitiva, revoca el fallo de instancia, que había optado por otra solución.

La **STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2001**, I.L. J 1303, también se pronuncia sobre estos temas en un proceso de conflicto colectivo, promovido por los sindicatos UGT y CCOO. Se cuestionaba en este caso si la tienda existente en una gasolinera debía regirse por el convenio colectivo de estaciones de servicio o por el convenio de comercio al por menor de productos alimenticios. Frente al criterio defendido en instancia, la sentencia del TJS declara que, conforme a lo dispuesto expresamente en su articulado, el convenio colectivo de estaciones de servicio “comprende dentro de su ámbito funcional las tiendas existentes en aquellos centros de trabajo”, por lo que la tienda de referencia quedaba sujeta a sus prescripciones, entre ellas las referidas a jornada, horario y descansos, que eran concretamente las cuestiones disputadas.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 1230, se enfrenta con uno de aquellos problemas pero ya en un pleito individual, con ocasión de un proceso sobre despido. En concreto, se ve obligada a decidir sobre el ámbito de aplicación del convenio colectivo de hostelería en relación con un trabajador que prestaba servicios para una empresa dedicada “exclusivamente a la explotación de máquinas recreativas, sin que en sus locales se sirvan bebidas ni comidas, aunque los clientes de la misma suelen consu-

mir en ella bebidas que compran en locales ajenos a esta actividad, que se comunican con el local donde están instaladas las máquinas”.

Para la citada sentencia, el convenio de hostelería, a tenor de su propia delimitación del ámbito de aplicación, sólo podía afectar a las empresas que, con independencia de la manera en que lo hagan, y del nombre que utilicen para darse a conocer u ofrecer sus servicios, se dediquen precisamente o bien al “alojamiento” de personas, o bien “al servicio de productos listos para el consumo”. Siendo así, no podía ser de aplicación a una empresa cuya actividad era esencialmente distinta, como la que se describe en el supuesto de hecho enjuiciado, aunque existiera esa especie de comunicación entre unos locales y otros.

La **STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2001**, I.L. J 1356, dictada con ocasión de una reclamación de diferencias salariales, también afronta problemas de este tipo, en este caso con referencia a un trabajador que prestaba servicios con categoría de “educador” para una asociación dedicada al cuidado de “niños privados de ambiente familiar”. Según los términos del proceso, la elección había de efectuarse entre el convenio colectivo que regía específicamente la actividad de los centros de tal asociación a lo largo de todo el territorio nacional (elección apoyada lógicamente por la empresa, y acogida por la sentencia de instancia), o el convenio colectivo para enseñanza no universitaria del País Vasco (en el que el demandante basaba sus peticiones, por considerarlo más favorable para sus intereses).

La sentencia referenciada ratifica el criterio del juez de instancia. Descarta, en efecto, la aplicación a este trabajo del convenio colectivo de enseñanza, dado que en el ámbito funcional del mismo de ninguna manera podía incluirse “una actividad como la desarrollada por la asociación demandada”, que no es un centro de enseñanza, sino que tiene por objeto esencial “la prestación de un hogar familiar a niños carentes de él”. Recalca el tribunal, para aclarar más las diferencias, que se trata de una asociación “cuya labor educativa es similar a la que se presta a los niños por las familias en las que viven”, y que aunque realice esa actividad por personas ajenas a la misma y parte de la misma sea impartir enseñanzas específicas a los niños amparados, tales enseñanzas deben asimilarse a “clases particulares”, o a las que se pueden proporcionar en el seno de la familia. De ese modo, la empresa demandada quedaba necesariamente fuera del ámbito de aplicación del mencionado convenio, cuyo radio de acción se limita “a los centros destinados a la enseñanza, sea o no reglada”.

En esta misma línea, la **STSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2001**, I.L. J 1296, responde a una demanda de despido en la que se solicitaba la aplicación del convenio colectivo de artes gráficas. El actor realizaba trabajos de grabación mediante escáner, teclado y otros medios informáticos de información en bases de datos, para una empresa dedicada a la introducción de información en bases de datos informáticas con el fin de dar publicidad en internet. Para la sentencia, con esos datos era “evidente” la aplicación al actor de dicho convenio, máxime cuando el propio convenio colectivo extendía su campo de aplicación –con carácter meramente ilustrativo, para posibilitar en su caso la inclusión de otros similares– el grabado de textos o imágenes por cualquier sistema o

procedimiento existente en la actualidad o que pudiera existir en el futuro. La sentencia precisa también que “las empresas o industrias cobijadas en el convenio lo son por su actividad o funciones, sin que sea preciso que éstas tengan o no una proyección futura –de publicidad– pues lo único que delimita su ámbito es la aludida actividad”.

Finalmente, la **STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2001**, I.L. J 1638, da respuesta a una demanda de indemnización de accidente de trabajo presentada por los familiares de un trabajador que prestaba servicios para una empresa dedicada a la “construcción en madera” y otras obras de carpintería, cerrajería, terminación y decoración de edificios. Para ello había que determinar el convenio aplicable: o el de la construcción o el de la madera. La sentencia se decide, al igual que la de instancia, por el convenio del ramo de la madera, entendiéndose que la actividad empresarial estaba más conectada a ese ámbito que al de la construcción (aunque se utilizara esta palabra para calificarla: “construcción en madera”). La sentencia recuerda también, para apuntalar su decisión, que el convenio de la construcción de la provincia en la que tuvieron lugar los hechos excluía expresamente a las empresas de carpintería, aun cuando trabajaran con elementos de construcción.

4. PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD, ACTIVIDAD PREFERENTE Y UNIDAD DE EMPRESA

Para determinar el convenio colectivo aplicable las sentencias acuden con frecuencia, como hemos podido comprobar, a criterios ligados a la clase de actividad desarrollada por la empresa o a la manera de organizarse de ésta. En definitiva, y aun cuando no lo hagan explícito, están hablando en tales casos de la actividad preponderante o principal de la empresa, de la empresa como ámbito de producción o de organización del trabajo, o de la norma que más se ajusta a las características especiales de la empresa. Esos criterios –que son muy añejos en nuestra doctrina judicial, y que realmente en las últimas décadas parecían haberse diluido un tanto– aparecen de una forma mucho más clara y rotunda en algunos otros pronunciamientos que a continuación se reseñan.

La **STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1145, por ejemplo, se refiere al principio de especialidad con motivo de las reclamaciones salariales presentadas por unos trabajadores frente a su empresa. Ésta se dedicaba, enunciativa su actividad en términos generales, a la prestación de “servicios de celaduría y control, portería, conserjería, etc.”, así como a la custodia y comprobación de las instalaciones, recepción y orientación de visitantes, en oficinas, urbanizaciones, aparcamientos, etc. Los trabajadores demandantes, en concreto, hacían tareas de “taquillero, realización de cobros, expedición de tiques, vigilancia y control de vehículos, etc.” en varios aparcamientos de automóviles. Las dudas sobre el convenio aplicable se planteaban en torno al convenio colectivo de empresas de vigilancia y seguridad (que era el aplicado por la empresa, aduciendo que su objeto era la prestación de servicios complementarios de vigilancia y seguridad) y al convenio

colectivo para empresas de transporte por carretera (pedido por los trabajadores, alegando que las tareas efectivamente realizadas tenían mayor relación con esa otra actividad).

Con este segundo convenio, como cabía imaginar, los actores obtenían un aumento de sus retribuciones. Para la citada sentencia, había que tener en cuenta que “el cometido principal de los trabajadores no consiste en prestar servicios complementarios de los de vigilancia y seguridad, sino en el ejercicio de las tareas laborales propias y principales de la explotación de aparcamientos abiertos al público”. Por ello, atendiendo al “principio de especificidad en función de la clase prestado, por ser el criterio que ofrece mayores dosis de objetividad” —y la sentencia hace referencia a estos efectos a la del TS de 15 de junio de 1994— el órgano judicial opta por la aplicación del convenio de transportes, como ya había decidido en instancia el Juzgado de lo Social competente.

La **STSJ del País Vasco de 8 de mayo de 2001**, I.L. J 1348, por su parte, acude al tradicional criterio de “unidad de “empresa”, con el que las primeras normas sobre negociación colectiva de nuestro país, y la doctrina judicial que fue generándose a su amparo, trataban de evitar que dentro de una misma empresa concurriesen diferentes órdenes normativos procedentes de la fuente negociadora. Esta sentencia se pronuncia con ocasión de una demanda por despido, y decide sobre el convenio aplicable a una trabajadora que prestaba servicios como ayudante-dependienta en una empresa dedicada a la confección de prendas de vestir. Con el fin de determinar su clasificación profesional, había que dilucidar, concretamente, si era aplicable el convenio de confección textil, como había decidido la sentencia de instancia, o el convenio del comercio textil, como pedía la demandante.

Con ese objeto, la sentencia acude efectivamente al “principio de unidad de empresa”, que, a su entender, impide que dentro de una misma organización productiva pueda aplicarse “a unos trabajadores un convenio y a otros, otro distinto”. El paso siguiente a este primer presupuesto era el de seleccionar el convenio que había de regir en conjunto la actividad empresarial, y a tal efecto la sentencia echa mano del criterio de la actividad preferente o preponderante dentro de esa unidad. Siendo así que prevalecía en este caso la actividad de confección frente a la de comercio —como había quedado reflejado en diversos documentos administrativos y judiciales—, la sentencia concluye que debía optarse por el primero de aquellos convenios.

También ese criterio de la actividad principal o preponderante es utilizado en la **STSJ de Extremadura de 27 de junio de 2001**, I.L. J 1609, a propósito de una reclamación de salarios. Había que decidir en este caso el convenio colectivo aplicable en una empresa que contaba con dos centros de trabajo (un almacén y tienda y una tienda), ambos bajo la misma razón comercial y ambos dedicados al comercio de materiales de construcción y vidrio y, en general, de loza y muebles de baño, tanto en venta minorista como al por mayor. Dado que tal actividad conecta tanto con el sector de la construcción (por el producto utilizado) como con el del comercio (por la clase de operaciones realizadas), y, sobre todo, que en la empresa se realizaban ventas de uno y otro tipo (minoristas y al por mayor), el tribunal considera conveniente acudir a los criterios de actividad principal o predominante para solucionar el contencioso.

Para el tribunal, en efecto, en el supuesto de dos actividades empresariales concurrentes en una misma empresa hay que atender a la que se realice “con carácter fundamental o preeminente” dentro de la misma; según el tribunal, “es la actividad principal de la empresa, en relación al principio de unidad de la misma, lo que determina la norma pactada que debe resultar de aplicación”. Con este punto de partida, y a la vista de que los convenios colectivos de construcción (tanto el estatal como el provincial, que ambos se habían barajado en el pleito) tan sólo incluían en su radio de acción la actividad de comercio “mayorista y exclusivista” de esos productos, concluye la sentencia que no debía aplicar la norma de construcción, sino la de comercio.

5. CONTROL DE LEGALIDAD Y LESIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

Nuestro sistema legal, como es sabido, contempla un cauce específico para la revisión jurisdiccional de los convenios colectivos, cauce que sirve a dos fines principalmente (control de “legalidad” del convenio colectivo y depuración de las cláusulas que causen “lesión grave” de intereses de terceros), y que puede ponerse en marcha por distintos sujetos: autoridad laboral con carácter general, representantes de trabajadores y empresarios para el control de legalidad y “terceros” lesionados en el control de lesividad (art. 90.5 ET y arts. 161 y ss. LPL). Se trata, en cualquier caso, de un cauce sumamente problemático, entre otras razones por la dificultad de encontrar el alcance y sentido verdadero de expresiones como “control de legalidad”, “lesividad”, “tercero” e incluso, “asociación sindical”. De ahí que no sean infrecuentes los pleitos en los que se suscitan esas cuestiones, o muchas otras más ligadas a la puesta en marcha o a la dinámica del correspondiente procedimiento.

Uno de esos casos es el que resuelve la STS de 3 de mayo de 2001, I.L. J 1069, que entiende de diversos problemas planteados por la impugnación del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado promovida por el sindicato de técnicos auxiliares de enfermería de prisiones (TAEP), que, según el pronunciamiento inicial de la AN, tropezaba con diversos obstáculos para su viabilidad, al no apreciarse con claridad si concurrían los presupuestos necesarios para llevar a cabo la revisión del texto pactado por el cauce previsto en el artículo 90.5 ET. Se cuestionaba, en concreto, que el sindicato demandante pudiera promover las acciones de lesividad o control de legalidad del convenio, y se cuestionaba también que se pudiera atender a una petición, la del demandante, que a la postre conducía a una modificación del convenio por vía judicial.

A la vista de esos problemas el TS, como anteriormente la AN, concluye en su sentencia que no era viable la impugnación del convenio aduciendo “lesión grave”, pues tal alegación sólo puede hacerse por “terceros”, siendo así que los trabajadores representados por el sindicato demandante eran trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, extraños por lo tanto al concepto legal de “tercero”, que es el que está fuera de ese ámbito de aplicación. También declara que, aunque el sindicato tenía legitimación

para ello, no era posible llevar a cabo un control de “legalidad” del convenio, pues ello requiere que se aduzca conculcación por parte del convenio de “normas legales de derecho necesario” (art. 90.5 ET y art. 161 LPL), que por supuesto han de concretarse y precisarse en la demanda correspondiente, siendo así que no puede hablarse de ilegalidad cuando “las disposiciones del convenio se oponen a las de otro convenio diferente, ni tampoco cuando la contradicción se da entre distintos artículos o cláusulas de un mismo convenio”, pues la eventual contradicción entre las distintas cláusulas del convenio habría de ser salvada mediante una “interpretación integradora” del mismo, algo distinto de la impugnación que se contempla en aquellos preceptos legales.

Añade esta sentencia, por lo demás, que el convenio colectivo, en cuanto norma jurídica que es, no puede ser modificado por los jueces a través de un proceso; los jueces y tribunales tienen como función interpretar y aplicar la ley (o cualquier otro tipo de norma, como el convenio), pero no crearla ni modificarla, acciones estas que han de llevarse a cabo por los cauces de elaboración y revisión de las normas (para el convenio colectivo, mediante la negociación de un nuevo convenio o a través del procedimiento previsto para su modificación o revisión en el propio convenio). Dicho de otra forma: en nuestro sistema no es posible encomendar o pedir al juez un dictamen sobre el contenido que debe revestir una norma, ni sobre las normas que deben surgir de uno de esos conflictos que suelen conocerse como “de regulación”.

El tema de la impugnación de convenios también aparece, de alguna manera, en la **STS de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1103, que se pronuncia sobre la impugnación por parte de la Administración del texto refundido del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid, que había sido elaborado por la comisión paritaria por encargo del propio texto. Una de las cuestiones que en este proceso se había suscitado era “si la misma persona que firma un acuerdo puede impugnarlo”, desde el momento en que la Administración pública había sido parte de la negociación y del convenio y esa misma Administración –aunque a través de otras instancias– había procedido a su impugnación, por no estar de acuerdo con alguna de sus previsiones.

En principio, y con un cierto tono general, el TS declara que “la respuesta en este punto tiene que ser afirmativa”, por dos razones: en primer lugar, “porque el ordenamiento reconoce la posibilidad de que la Administración revise sus propios actos, lo que comprende tanto la revisión propiamente administrativa, como la potestad de instar la judicial” (supuesto este que, a juicio del TS, comprendería la acción de impugnación que lleva al procedimiento del art. 161 LPL, junto a las acciones puramente administrativas); en segundo lugar, porque “nuestro ordenamiento admite la impugnación del contrato por las partes, como se desprende del artículo 1302 del Código Civil con las limitaciones que este artículo establece”, impugnación que a juicio del TS es normal cuando existen vicios en el consentimiento y que procede también cuando están en juego normas imperativas no disponibles, “sin perjuicio de las exigencias que se derivan de la buena fe en orden a los derechos adquiridos”; en tercer lugar, porque la Administración está vinculada al principio de legalidad, “que predomina sobre los compromisos entre partes” y que sirve de cobertura para actuar cuando de lo que se trata es de determinar si la regulación pactada que se cuestiona es contraria a normas indisponibles que además afectan a terceros.

Por todos esos motivos, el TS acepta la legitimación de la Administración para promover la impugnación y revisión judicial del convenio. Pero téngase en cuenta que en este caso el convenio colectivo había sido negociado y pactado por un órgano administrativo que no coincidía exactamente con la Administración de la Comunidad Autónoma, aunque formaba parte de la misma, siendo así que fue ésta, como tal, y en ejercicio de sus funciones de velar por la legalidad de los actos en el ámbito de sus competencias, la que promovió la impugnación del pacto. De ahí que no pueda verse en esta sentencia una afirmación tajante e indubitada de que quien pacta un convenio puede luego proceder a la impugnación del mismo al amparo del artículo 90.5 ET y su correlato en los artículos 161 y siguientes LPL (lo cual sería, de algún modo, como ir contra los propios actos, o utilizar un procedimiento para dejar de respetar lo comprometido en otro). Téngase en cuenta, además, que cuando el TS alude a la impugnación o revisión de los propios actos está haciendo referencia o bien a las acciones de nulidad del contrato por vicios que afectan a su existencia, validez o eficacia, o bien a la revisión de actos administrativos por parte de la Administración pública, cuestiones que son esencialmente distintas a la impugnación contemplada en aquellas normas laborales.

La **STS de 6 de junio de 2001**, I.L. J 1396, vuelve sobre cuestiones ligadas a la impugnación de convenios colectivos, también sumamente interesantes. Lo que en ella se plantea es si es posible la impugnación de un pacto colectivo por parte de una denominada “Asociación de viudas en defensa de la igualdad de derechos”, asociación que no tenía naturaleza sindical y que no había intervenido en la negociación colectiva correspondiente. Se trataba de un pacto alcanzado entre la empresa Hunosa y los sindicatos Soma-UGT, CCOO y Federación de Cuadros de la Minería, en el que se disponía, en relación con los beneficiarios del llamado “vale del carbón” por fallecimiento del titular (el trabajador de la empresa), tal vale se calcularía con arreglo a un procedimiento que se especificaba en preceptos anteriores del propio pacto y que ello se aplicaría durante un período de quince años, “sin perjuicio del derecho que asiste al resto del personal pasivo de Hunosa”. La asociación impugnante estimaba dicha cláusula nula por discriminatoria, en cuanto que para las viudas se establecía un plazo máximo de quince años, que no existía para los restantes grupos que componían el “personal pasivo” (prejubilados, jubilados, inválidos, etc.) contemplado a estos efectos por el convenio.

Con carácter previo el TS se pronuncia sobre la viabilidad de una impugnación que se refería a un pacto que no era exactamente convenio colectivo, señalando a tal efecto que no había problema alguno desde el momento en que el cauce previsto en los artículos 161 y siguientes LPL puede utilizarse, por disposición expresa de tales normas, para todo tipo de convenio colectivo, “cualquiera que sea su eficacia”. Pero también declara el TS que, a la vista de lo dispuesto en el artículo 163 LPL, “es evidente (...) que la asociación recurrente, constituida al amparo de la Ley 1917/1964 de asociaciones, no encaja en ninguno de los órganos o entidades dotadas de legitimación activa, conforme al precepto denunciado”, que tan sólo habla de sindicatos o representantes institucionales de trabajadores y empresarios. Recuerda asimismo el TS que el concepto de “tercero” a efectos de impugnación de un convenio colectivo por lesividad, “se reserva a quienes no están

I. Fuentes del Derecho

dentro del campo de aplicación del convenio” (como ya habían dicho las SSTs de 20 de diciembre de 1996 y de 11 de marzo de 1997), razón por la cual tampoco conviene a las viudas afectadas, dado que sus derechos son objeto directo de regulación en el mencionado pacto; podría ser tercero, por no estar contemplada en el acuerdo en cuestión, la Asociación demandante, pero para que prosperara una impugnación por lesividad a cargo de la misma debería acreditarse “perjuicio grave e ilegítimo en intereses jurídicamente protegidos del sujeto que plantea la impugnación”, algo que según el TS aquí no sucedía, pues el perjuicio no lo sufría la asociación como tal, sino sus miembros.

La **STS de 11 de junio de 2001**, I.L. J 1412, finalmente, decide si una federación sindical que había presentado candidatos a la elección del comité de empresa, y obtenido determinados puestos en dicho órgano, está legitimada o no para impugnar el convenio colectivo firmado entre el comité y la dirección de la empresa. El TS acude a estos efectos a la doctrina sentada en su Sentencia de 1 de junio de 1996, según la cual, aunque los miembros del comité estén afiliados al Sindicato, una vez elegidos “adquieren la condición de representantes unitarios de sus compañeros, y tal representación vincula directamente a aquéllos con éstos sin intermediación ni enlace alguno con dichos sindicatos”, conclusión aplicable también a los miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo nombrados para ello por el comité de empresa. Por ello, al haberse llevado a cabo la negociación por el comité de empresa, “las federaciones sindicales mencionadas están totalmente legitimadas para impugnar dicho convenio, y pueden perfectamente entablar las acciones base de este proceso, no existiendo, en absoluto, ninguna falta de acción”.

6. PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La delimitación del concepto de condición más beneficiosa, y las circunstancias en que puede ser exigida a la empresa, vienen ocupando, como es sabido, una parte importante de los pronunciamientos judiciales en los últimos tiempos. La doctrina general sobre esas cuestiones ya está prácticamente rematada por el TS, pero no dejan de presentarse ocasiones y pleitos en los que de nuevo es necesario echar mano de los criterios que se han ido sentando a lo largo del tiempo.

Una de las **Sentencias** recientes del **TS** en las que vuelve a aparecer esta problemática es la **de 30 de mayo de 2001**, I.L. J 1129, en la que se insiste en que “el reconocimiento o no de una condición más beneficiosa de origen contractual pivota sobre la básica apreciación de aquella voluntad empresarial —expresa o tácita— de reconocerla”, según doctrina reiterada del propio TS, que aquí se recuerda. Tal aseveración se hace en este caso con carácter “adjetivo”, pues lo que interesaba al TS era poner que no es posible comparar, a efectos del recurso de unificación de doctrina, un supuesto de hecho en el que se había acreditado dicha voluntad empresarial con otro en el que se había comprobado que no existió concesión empresarial alguna.

La **STSJ de Murcia de 28 de mayo de 2001**, I.L. J 1318, vuelve a incidir en esa idea, aunque ahora desde una perspectiva de fondo. Recuerda que la condición más beneficiosa es

“una ventaja o mejora concedida a los trabajadores, ya sea a título personal, ya sea con carácter colectivo, ora expresamente, ora tácitamente, que tiene su fundamento legal en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y en la doctrina jurisprudencial nacida de la interpretación del artículo 9.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944”, de suerte que es preciso que exista una voluntad clara de la empresa de conceder o reconocer el derecho, y que no se trate de una situación meramente tolerada, ni de un reconocimiento esporádico o coyuntural. Hace ver también que la mera reiteración de actos en el seno de la empresa no necesariamente da derecho a tal condición, pues puede tratarse de mera condescendencia o tolerancia empresarial.

Partiendo de ese planteamiento, el TSJ llega a la conclusión de que la actora no tenía derecho al complemento por incapacidad temporal reclamado a la empresa, desde el momento en que, lejos de haberse reconocido tal derecho, tan sólo se había acreditado que en una situación anterior de baja por enfermedad la empresa no había procedido a descuento alguno del salario, hecho aislado “del que no puede concluirse la existencia de una condición más beneficiosa que se haya incorporado al patrimonio contractual del trabajador y que comporte un compromiso u obligación en lo sucesivo para la empresa en orden a su concesión”. Máxime cuando eso mismo es lo que venía sucediendo con la generalidad de los trabajadores, pues el referido complemento tan sólo había sido disfrutado de modo esporádico por otros trabajadores, de lo que no podía deducirse “una voluntad inequívoca por parte de la empresa de conceder, con carácter general para todo el personal de mandos y por tiempo indefinido, el indicado beneficio”.

En esta misma estela, la **STSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2001**, I.L. J 1160, declara que según la doctrina del TS, y la suya propia, la CMB es “la técnica conforme a la cual la empresa ha de respetar las ventajas que el trabajador disfrute por concesión unilateral o pacto individual”, y no puede confundirse “con las situaciones de mera tolerancia o liberalidad empresarial, por muy duraderas que éstas se presenten en el tiempo”; no basta con la persistencia o reiteración en el tiempo, sino que es preciso “que la ventaja concedida responda inequívocamente a la voluntad empresarial de mejorar lo dispuesto en las normas legales o convencionales”, y lo fundamental es que la concesión “constituya un derecho adquirido y no un mero uso de empresa”. Es la incorporación al nexo contractual lo que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario y lo que presta intangibilidad a la concesión correspondiente, sin perjuicio de que las partes pueden acordar otra cosa con posterioridad, o de que la condición adquirida sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior que modifique el status normativo anterior.

En el caso concreto, las partes habían firmado un acuerdo por el que mientras que el trabajador ocupara el puesto directivo al que había accedido podría percibir un “complemento funcional directamente ligado al efectivo ejercicio del puesto de trabajo”. A la vista de esos hechos, el TSJ estima que no podía deducirse “la voluntad inequívoca de la empresa y hacia el futuro de incorporar el beneficio al nexo contractual”, no sólo porque la cláusula se había redactado en sentido condicional, sino también porque el com-

I. Fuentes del Derecho

plemento dependía del cumplimiento de determinados objetivos de la empresa que no quedaban acreditados. No era lo convenido, así pues, que el trabajador cobrara la gratificación por el solo hecho de ocupar el cargo directivo en cuestión.

En fin, la STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2001, I.L. J 1182, refiriéndose a un caso de subrogación empresarial, recuerda que no es condición más beneficiosa la condición o derecho que se deriva de la negociación colectiva, ya que el convenio colectivo, que puede ser regresivo respecto del anterior, no es fuente de condiciones de esa clase. Declara también que los derechos y obligaciones que perviven tras una subrogación empresarial son los “realmente existentes” en el momento de la integración, es decir, los consolidados y adquiridos, y no las “meras expectativas legales, toda vez que en ellos no existe todavía derecho alguno”. Una y otra conclusión se ajustan, como es fácil de colegir, a la doctrina general sobre esas cuestiones.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

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 instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la

Propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones.

a) Servicios amistosos, 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.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

Dos sentencias son analizadas en este apartado. La primera tiene como punto de referencia, la retribución, en una relación deportiva desarrollada durante la prestación social sustitutoria. La otra se manifiesta sobre la dependencia en relación al desarrollo de una prestación de ATS sometida a las instrucciones y órdenes de los médicos correspondientes y del Sanatorio que ejerce como empresario, pese a la calificación como mercantil de la misma.

b) Actividad retribuida

– STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2001 (recurso 1792/2001), I.L. J 1144

1. La sentencia analiza una reclamación de cantidad respecto de la que resulta necesario plantearse como presupuesto la existencia de relación laboral, puesto que sólo a partir de tal dato sería posible establecer la competencia del orden jurisdiccional social para reconocer eventualmente el derecho al salario del trabajador. El actor percibía primero como jugador aficionado de hockey sobre patines, y después como entrenador de dicho deporte, la cantidad de 85.000 pesetas mensuales, si bien durante su período como entrenador realizaba simultáneamente la prestación social sustitutoria. La empresa alega que se trataba de cantidades que percibía en concepto de dietas así como para compensar los gastos de desplazamiento. El trabajador reclama el salario correspondiente a los meses posteriores a la finalización de la prestación social sustitutoria.

2. La sentencia estudia la concurrencia de los cuatro presupuestos básicos de la relación laboral, para centrarse en el análisis de la retribución. Así, se sostiene que “es claro que, a falta de prueba que demuestre otra cosa, la prestación en dinero que cobra con toda regularidad quien de la misma manera satisface otra de hacer, es jurídicamente contraprestación de ésta y encuentra en ella su causa”. De la misma forma, el hecho de realizar la prestación social sustitutoria no impide que pueda seguirse desarrollando, además, el trabajo habitual que venía desempeñándose con anterioridad a iniciar dicha situación. Por lo tanto, la sentencia declara el derecho a la percepción de las cantidades reclamadas.

3. El fallo comentado se enmarca en una línea difícil desde el punto de vista del concepto de trabajador. En efecto, la retribución ha sido en ocasiones uno de los elementos de más difícil delimitación por parte de nuestros Tribunales, en especial, cuando se trataba de delimitar el deporte aficionado del deporte profesional a efectos laborales. Así, no es extraño encontrar fallos en los que se es permisivo a la hora de considerar como salario pequeñas cantidades percibidas por deportistas aficionados, evitando así caer en la calificación laboral de la relación. Esta sentencia se sitúa en la línea contraria, dejando claro que hay que presumir la existencia de retribución y, por tanto, de relación laboral, salvo

que se demuestre con claridad que las cantidades percibidas no retribuyen la actividad desarrollada. Todo ello con independencia de que las cuantías percibidas no sean especialmente significativas.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Madrid de 22 de mayo de 2001 (recurso 460/2001), I.L. J 1334

1. La demandante ha venido prestando servicios como ATS en el Sanatorio Nuestra Señora de la Antigua. Como compensación recibía mensualmente una retribución, firmando un recibo por el abono de la misma. La actora prestaba sus servicios por la noche en horario de 22.00 a 08.00 horas, alternando las noches de trabajo con otra de descanso y descansando asimismo otro día a la semana con un total de, alrededor, diez noches de trabajo al mes. En ese mismo turno de noche prestaba servicios otra ATS con relación laboral y una tercera persona, ésta con una vinculación mercantil que prestaba servicios en las noches en que el resto de las ATS descansaban. A partir de un determinado momento los recibos de abono mencionados fueron sustituidos por una liquidación de honorarios mensual de los cuales se descontaba una cantidad en concepto de gastos de consulta y lo correspondiente al IRPF, percibiendo el importe líquido a través de un talón bancario mensual. La actora presta asimismo sus servicios como supervisora de rayos para el INSALUD en el Hospital Universitario de Guadalajara de lunes a viernes con horario de 08.00 a 13.00 horas, haciendo guardia los fines de semana. No tiene reconocida la compatibilidad para ambas prestaciones. En el servicio nocturno que presta cumple las órdenes que le imparte el médico y disfruta de un período de 30 días de vacaciones. La empresa, mediante carta, comunica que “por motivos de organización” ha decidido rescindir su contrato mercantil de arrendamiento de servicios. Si deseara permanecer en la empresa deberá aceptar un contrato laboral en jornada matutina de 08.00 a 15.00 horas.

2. La sentencia de instancia declara la incompetencia de jurisdicción pero la Sala considera evidente “que la actora estaba sujeta a las órdenes de dicha empresa, que se impartían en cuanto a su trabajo diario por (el) médico designado por la patronal para ello y en cuanto a horario y vacaciones por la dirección, estando obligada la actora a realizar un concreto número de guardias mensuales en días alternos”. Razones que conducen al Tribunal a considerar la presencia de la nota de la voluntariedad en la prestación, siendo ésta personalísima y no pudiendo ser sustituida la trabajadora por ninguna otra persona ajena a la empresa. Consta, asimismo, “que los servicios prestados eran debidamente remunerados por la empresa demandada y por último la ajenidad de la prestación, realizando la actora la actividad principal de la patronal de asistencia a los enfermos en las instalaciones de la clínica y con los medios e instrumentos de ésta, siendo la empresa la que cobraba por el servicio atendido por la trabajadora, remunerando a ésta con independencia del número de enfermos asistidos y sin que por tanto asumiera el riesgo y ventura de la actividad”. Considera, a tal fin, indiferente el Tribunal “que las partes no llegaran a suscribir el contrato de trabajo, como lo es que la actora no haya solicitado la compatibilidad para realizar la prestación que nos ocupa junto con la que lleva a cabo para el INSALUD, solicitud que ha de efectuarse tanto para compatibilizar trabajos por cuenta ajena como para hacerlos por cuenta propia”. Motivos que conducen a anular la sentencia de

instancia, “partiendo de la competencia de este orden jurisdiccional para conocer del asunto” y para que el juzgado de lo social entre a valorar el fondo del mismo.

3. Una manifestación más de que la denominación que las partes determinen para el contrato que suscriban no vincula la naturaleza del mismo. En el presente caso, ya no sólo aspectos como la voluntariedad o el carácter personalísimo resultan evidentes sino que además se demuestra la existencia de una remuneración, de una ajenidad y, quizá el criterio más valorado por el Tribunal, una actividad dependiente. Las instrucciones dictadas por los médicos para los que presta servicios la trabajadora y la determinación que el propio Sanatorio hacía de condiciones de trabajo tan importantes como el horario o las vacaciones sirven al TSJ de Madrid para declarar la laboralidad de la relación y, por ende, la competencia del orden social para conocer del asunto.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

Dos relaciones laborales especiales merecen atención en este epígrafe. En primer término, la del servicio del hogar familiar. En el caso que se juzga, el Tribunal rechaza la existencia de tal relación pues las actividades realizadas —acompañar a una señora para realizar de obras de caridad y asistencia a actos religiosos— no son suficientes para apreciar una labor doméstica de la naturaleza que exige esta relación laboral especial. En el segundo caso, la relación de mediación mercantil sin asunción de riesgos si bien en el supuesto que se considera únicamente para determinar la forma de retribución del mismo.

C) Relaciones laborales de carácter especial

b) Servicios del hogar familiar

— STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de junio de 2001 (recurso 896/2001), I.L. J 1587

1. Son hechos probados que, en el período comprendido entre marzo de 1999 y diciembre de 2000, la demandante acudió en varias ocasiones al domicilio de la demandada con objeto de acompañarla en la realización de obras de caridad y en la asistencia a actos religiosos, sin realizar ningún tipo de labor doméstica; de este tipo de tareas se encargaba desde el mes de mayo de 1995 una tercera persona. El Juzgado de lo Social de León conoció de la demanda formulada por la actora, en la que reclamaba la satisfacción de una suma de 350.000 pesetas incrementadas en el 10 por ciento de recargo por mora, y que fue desestimada al no apreciarse la existencia de una relación laboral, lo cual da lugar a la interposición de un recurso de suplicación que la presente sentencia resuelve.

2. Entiende el Tribunal que las pruebas y datos obrantes en autos no consiguen demostrar que la actora haya prestado en algún momento servicios por cuenta ajena para la demandada en calidad de empleada del hogar, puntualizando en este sentido que el

hecho de que aquélla la acompañara en la realización de obras de caridad o en la asistencia a actos religiosos no es suficiente para sostener que desarrollaba tareas domésticas para la citada demandada dentro de sus ámbito de organización y dirección. Por todo ello, se rechaza la aplicación de la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET al no quedar acreditados los rasgos de dependencia y de retribución, concluyendo que se está ante una relación de amistad, benevolencia o buena vecindad excluida de la aplicación del régimen laboral en virtud del artículo 1.3.d) ET. Procede, pues, declarar la incompetencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de esta cuestión.

3. Acierta el Tribunal al desestimar el recurso por inexistencia de relación laboral. Y es que, a la vista de los hechos, se pone de manifiesto que faltan dos de los rasgos configuradores de aquélla establecidos en el artículo 1.1 ET: ni se prueba que la demandante recibiera algún tipo de compensación económica por las veces que acompañaba a la demandada, ni se acredita que prestara sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de ésta. Así las cosas, no hay lugar para la presunción del artículo 8.1 ET, la cual sólo se da cuando una persona “(...) presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección (...)” de otro, recibiendo de éste a cambio una retribución. De este modo, ninguna dificultad existe en apreciar que nos encontramos ante una de las exclusiones declarativas del artículo 1.3 ET, concretamente la que afecta a los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, en la que, a nadie se oculta, se encuentra ausente, al menos, la nota retributiva.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

– STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2001, I.L. J 974

1. El actor ha trabajado en la empresa como comercial, en concreto vendedor de pisos, desde 1 de febrero de 1999 y entre febrero y junio de 1999 percibió una remuneración de 867.800 pesetas, que corresponden a comisiones calculadas al 10 por ciento del importe de la operación. El demandante ha dimitido en 14 de julio de 1999. La Inspección de Trabajo extendió acta de liquidación por falta de alta y cotización.

El actor reclama la cantidad correspondiente a 14 días de salario de julio, la liquidación de las pagas extras de julio, Navidad, septiembre y marzo, y la parte proporcional de vacaciones.

2. Se tercia sobre el salario a computar para la concreción de la cantidad mensual a considerar respecto de lo que se pide, si debe ser el importe del salario mensual del convenio o el promedio de la total cantidad percibida durante el período de prestación de servicios, como salario real pactado, afirmando la sentencia que el contrato especial entre el actor y la demandada se encuadra dentro del artículo 1 del RD 1438/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o varios empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. Su sistema de retribución puede ser por comisiones en su totalidad, por un sistema mixto de parte fijo y otra parte por comisiones, y finalmente por un sistema de cantidad fija. Si el sistema de retribución acordado es el de comisión, no se admite la existencia de

gratificaciones, según se dice en la STS de 24 de febrero de 1983. De ahí se deduce la inaplicabilidad de la normativa de salario mínimo al representante de comercio retribuido por comisión, de modo que debe considerarse la inexistencia de pagas extraordinarias y de parte de la última mensualidad que se reclama, pues no se justifica su devengo por comisiones, si bien tiene derecho al importe de los 13 días de vacaciones.

3. Se trata en la sentencia de la operatividad del pacto de comisión en los representantes de comercio. Se parte de una sentencia antigua del TS de 1983 para negar que el comisionista tenga derecho a gratificaciones. En realidad es una cuestión que difícilmente puede darse por cerrada sin un análisis del significado actual del carácter normativo del contrato de trabajo y de las previsiones sobre el salario en los convenios colectivos. La función reguladora del contrato de trabajo está subordinada a la propiamente normativa del convenio colectivo, de manera que si el contrato utiliza el artículo 3.1.c) del ET frente al derecho imperativo que deriva del convenio colectivo, es ineficaz. No se trata ahora de áreas reservadas, sino de colisiones, o concurrencia conflictiva de contrato y norma. Al respecto nada dice un RD regulador del contrato de trabajo especial, si su regulación pudiera llegar a conclusiones manifiestamente contrarias a las expresiones legales. Si el convenio colectivo contiene el derecho a dos (a menos dos dice el art. 31 ET) gratificaciones o pagas extraordinarias, el contrato no puede contradecirlo, anulando su previsión, ni siquiera el contrato de representantes de comercio, que en la sentencia parece referirse como expresivo de un supuesto de excepción. Si la comisión no es sino un modo de retribuir, al menos se tendrá que garantizar el salario mínimo del convenio o, en su defecto, el SMI. En caso contrario, podría decirse que el trabajador participaba de la mala ventura de las operaciones, en cuanto que si el resultado era adverso, no percibía lo que sus compañeros de la misma empresa, como mínimo. Esto es participaba de los riesgos empresariales, o sea no acreditaba la ajenidad. Si se considera que la comisión no es sino una forma de retribución a resultado (así está en el art. 6 RD 1438/1985), no se ve por qué no se haya de homogeneizar al demandante con los demás trabajadores, que cobrando por algún sistema de resultado, tienen la garantía del SMI y las gratificaciones legales y convencionales.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

La ocupación de una plaza de funcionario con carácter eventual y su posterior ocupación por otro funcionario, esta vez funcionario de carrera, obliga a entrar, ante la demanda del primero, en la calificación de los servicios prestados. A diferencia de otras sentencias que son objeto de consideración asimismo en este comentario bien que en posteriores epígrafes, el TSJ de Cataluña considera que sobre el tipo de servicios que se presten o la calificación que respecto de los mismos realicen las partes prevalece la determinación legal que declara la naturaleza administrativa de estos servicios y la competencia del orden contencioso-administrativo.

II. Trabajador

– STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2001 (recurso de suplicación), I.L. J 1563

1. El actor ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Barcelona desde finales del año 1995 como jefe de coordinación de derechos civiles. Para ello fue nombrado por resolución de la Alcaldía como funcionario eventual para ocupar dicha plaza mientras ésta permanecía vacante. Posteriormente, a fines de 1999, el Ayuntamiento le comunicó la resolución por medio de la que se acordaba su cese en el cargo. En su lugar ha sido cubierta la plaza por una funcionaria de carrera igualmente por designación del Concejal de derechos civiles. En los hechos probados también figura que el cargo de jefe de la coordinadora de derechos civiles, es un puesto que forma parte de la Concejalía de Derechos Civiles, dependiendo de dicho Concejal, que lo nombra como cargo de confianza. El actor, ha reclamado previamente la indemnización como alto funcionario y por falta de preaviso agotando la vía administrativa. Ante la sentencia del Juzgado de lo Social en la que se apreció la excepción de incompetencia objetiva del orden jurisdiccional social, se ha interpuesto recurso de suplicación cuya sentencia da motivo a este comentario.

2. El Tribunal en su sentencia analiza varios aspectos del presente supuesto que es conveniente examinar por separado. Primero el Tribunal parte de la premisa de que no es la clase de servicio que se presta, ni tampoco la denominación que se le dé al contrato lo que determina la naturaleza de éste, sino la existencia de una normativa que con rango de Ley determine y autorice la adscripción de cierta contratación al ámbito administrativo dando así lugar a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ello lo ve muy claro el órgano juzgador ante el hecho indiscutido de que el demandante ha prestado sus servicios en virtud de nombramiento mediante resolución de la Alcaldía como funcionario eventual, manteniendo una relación con la entidad pública demandada de confianza y de naturaleza temporal. Así, la sentencia de suplicación viene a confirmar la de instancia, rechazando el Tribunal, uno por uno, todos los argumentos que podrían pesar en contra de su decisión. En cuanto al contenido de las funciones desempeñadas por el demandante durante el desempeño de su cargo, el propio Tribunal reconoce que en relación a la prestación de servicios, en principio no existe ninguna diferencia entre el régimen administrativo y el laboral. Tampoco puede considerarse fundada la pretensión de calificar la relación entre el demandante y la entidad como una relación laboral de carácter especial de alta dirección, pues, dejando ahora a un lado el contenido de las funciones, es claro que habrá de sujetarse al régimen administrativo el contrato concertado cuando se refiera de manera clara e inequívoca a funcionario, a una vinculación directa de confianza y de carácter eventual. Por último el Tribunal considera que la presunción de laboralidad contenida en el artículo 8.1 del ET, cede ante las cláusulas del contrato que disponen la sujeción de éste al régimen administrativo.

3. En tanto que del relato de los hechos probados se desprende sin duda la existencia de un nombramiento de personal eventual o de confianza explícitamente regulado por la normativa administrativa, resulta congruente el sentido del fallo de la presente sentencia. Tratándose de una relación administrativa es clara la incompetencia de la jurisdicción social. No obstante, algunos aspectos de la argumentación empleada por el Tribunal para sostener su fallo resultan criticables. No se corresponde con la realidad de las administraciones públicas de hoy en día la afirmación contenida en la sentencia que considera que

con carácter general, sólo a los contratados por la Administración en calidad de obreros o trabajadores manuales les es aplicable la legislación laboral, teniendo todos los demás la condición de funcionarios sean “en propiedad”, interinos o eventuales. Por otra parte, ante la existencia de una normativa específica según la cual resulta posible la contratación administrativa, la presunción de existencia de una relación laboral que contiene el artículo 8 del ET no rige sin más ante la prestación personal de servicios para una administración pública pues la mera igualdad del contenido se ampara en la existencia de una normativa específica que lo permite. No obstante, no sólo el *nomen iuris* es determinante porque puede darse en ocasiones que, bajo el amparo de la denominación “contrato administrativo”, se oculte una auténtica prestación de servicios laborales y no la realización de trabajos específicos y no habituales. Si esto fuera así, la citada presunción del artículo 8 del ET recupera toda su fuerza aplicativa por más que la nomenclatura del contrato resulte opuesta a esta consideración. Y con ella resulta también la determinación de la competencia de la jurisdicción laboral.

Pero en este caso, ni estamos hablando de contratación administrativa sino de relación funcional sometida a su específico régimen jurídico, ni hay dudas respecto de la calificación de esta relación como tal, pues entra de lleno en el supuesto contemplado por la norma. Esto es, la posibilidad de que junto a los funcionarios de carrera (término este más adecuado y riguroso que el de “funcionario en propiedad”), puedan nombrarse en algunos supuestos, *funcionarios de empleo*, por ejemplo, personal eventual que sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial (art. 20.2 de la Ley 30/1984). El nombramiento y cese de este personal es libre y corresponde en su caso a los Presidentes de las Corporaciones Locales.

4. ZONAS GRISES

Cuatro apartados merecen comentario en este epígrafe. En el primero, el del personal contratado en Administraciones Públicas, dos sentencias valoran la laboralidad de los supuestos o la prevalencia de la naturaleza administrativa de los mismos. La primera sentencia, dictada por el TSJ de Madrid, renuncia a la sujeción formal y declara la relación como laboral por la naturaleza de las funciones realizadas. La segunda, dictada por el TSJ de Castilla y León, opta por una solución contraria admitiendo la incompetencia de jurisdicción del orden social. Los otros tres supuestos comentan tanto la relación de autónomos, con motivo de la actividad de un agente de seguros, como la de los profesionales laborales, a través de corresponsales externos de periódicos y, por último, aunque muy indirectamente, la de arrendatarios y aparceros, al analizar la situación de un trabajador que permanece en la vivienda que ocupaba cuando el contrato estaba vigente una vez extinguido éste.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2001 (recurso 5266/2000), I.L. J 1332

1. La actora ha prestado sus servicios para la Comunidad de Madrid adscrita al Instituto de Enseñanza Secundaria Ciudad Escolar con contrato de interinidad. Con posterioridad, la Comunidad firmó un contrato con la trabajadora, esta vez de carácter mercantil como experta para realizar las mismas funciones que venía desempeñando como profesora y tutora con una duración que finalizaba en el mes de diciembre, coincidiendo con el comienzo del período de vacaciones. Al iniciarse de nuevo el período escolar (enero) continúa con sus funciones pese a no tener firmado contrato alguno con la empresa aunque con posterioridad volvió a firmar el mismo contrato de experta. La actividad que realiza a lo largo de la jornada es la propia de la materia que imparte ejerciendo las funciones de tutora del ciclo de primero de educación infantil, siendo la responsable del curso y formando parte de la estructura del centro.

2. En un fundamento jurídico único la sentencia recuerda cómo en anteriores resoluciones se pronunció a favor de la libertad de las partes para determinar la naturaleza administrativa de este tipo de prestaciones y la competencia del orden contencioso-administrativo. Sin embargo, tras pronunciamientos claramente contrarios a esta tesis del TS (SSTS de 26 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1998, 9 de octubre de 1998, entre otras), la Sala ha modificado en la misma línea dicha teoría. En este sentido, el Tribunal considera en esta sentencia que, de acuerdo con la normativa que regula el régimen de contratación de profesores especialistas, “la actividad en sí, en su día contratada, al amparo de la normativa administrativa citada, no encuentra acogimiento en la misma ya que las posibilidades vinculatorias administrativas (...) no son ninguna de las que los contratantes en su día convinieron, al ser éstas de naturaleza eminentemente pedagógica y educativa y, en ningún caso, por ello, incardinable en las precisiones normativas cuyo objeto fuera (...) técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga”. Razón que motiva la ratificación del orden competencial social y la confirmación de la sentencia de instancia que consideró la relación laboral y el contrato como indefinido.

3. La confusión existente entre el contrato administrativo y el contrato laboral cuando se trata de prestar servicios para instituciones educativas públicas está ampliamente extendida. Esta proximidad permite que la Administración utilice ambas categorías prácticamente sin dificultad. Materialmente la relación puede ser laboral pero suscrito un contrato administrativo, siguiendo las pautas establecidas en la ley, la naturaleza del mismo y, lo que es más importante, la competencia jurisdiccional sería la del orden contencioso-administrativo. Sin embargo, en este supuesto, el TSJ de Madrid “levanta el velo” de la relación jurídica y pese a la cobertura formal del contrato administrativo establece la laboralidad de la relación. El análisis de las funciones realizadas por la trabajadora conduce a esta conclusión por cuanto la naturaleza jurídica de las mismas, educativas y pedagógicas, no admite, a criterio del Tribunal, ninguna otra conclusión.

– STSJ de Castilla-León (Burgos) de 25 de junio de 2001 (recurso 420/2001), I.L. J 1600

1. La Comisión Municipal del Ayuntamiento de Segovia creó un taller municipal de teatro, para cuya dirección contrató a la actora AAA mediante la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios, que fue primero prorrogado y después rescindido, siempre de común acuerdo. Con posterioridad, se firmó un contrato distinto porque AAA aparecía en esta ocasión como empresa dada de alta en el IAE y con plena autonomía para la dirección de las actividades del taller. Asimismo, el Ayuntamiento había contratado al actor BBB a través de la celebración de un contrato administrativo para trabajos específicos y concretos, primero, y un contrato laboral para obra y servicio determinado después, extinguido por conclusión de su finalidad, continuando empero la prestación de servicios como profesor del taller, acatando las indicaciones de AAA y recibiendo de ella su retribución. Planteada demanda por los actores en solicitud de reconocimiento de relación laboral, el Juzgado primero y la Sala después aprecian incompetencia por razón de la materia y remiten al orden civil.

2. La fundamentación de la sentencia presenta el dudoso interés de desmerecer los presupuestos configuradores de la ajenidad y de la remunerabilidad “(...) extremos que no ofrecen duda en la relación laboral y que, desde luego, aparecen en cualquier otra cualquiera que sea su denominación (...)” y convertir en presupuesto virtualmente único de la delimitación de las relaciones laborales y extralaborales el de la dependencia, la cual parece siquiera retóricamente diferenciada de “(...) la inserción en el ámbito organicista y rector de la persona para la que se realiza la actividad”.

3. Criticables son, sin duda, las dos peculiaridades de la sentencia, tanto la minusvaloración de los requisitos de remunerabilidad y ajenidad, en particular el segundo, como la pretendida delimitación de la dependencia y la inserción en la empresa. Lo primero porque la lectura del artículo 1.1 del ET no autoriza semejante interpretación —aunque remita a un plano absolutamente equívoco a la hora de definir la ajenidad, nada favorecido por la confusa jurisprudencia social sobre la materia— y lo segundo porque la dependencia sólo puede ser entendida, justamente, como la integración del trabajador en la empresa, sometiéndose al poder directivo del empleador. La cuestión de fondo, sin embargo, parece resuelta en el único sentido posible a la vista del prolijo y complejo soporte fáctico, aunque es lástima que en el caso de BBB no se profundizase, ni por los demandantes, ni por la sentencia, en la presencia de una posible relación triangular respecto de BBB.

C) Autónomos

– STSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2001 (recurso de suplicación 1356/1994), I.L. J 1161

1. El actor ha sido dado de alta en el RETA en 29 de julio de 1988, por la actividad de agentes de seguros. La Unidad de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó resolu-

II. Trabajador

ción por la que elevaba a definitiva el acta de liquidación que no fue recurrida. La inspección practicada fue consecuencia de un certificado de retenciones a cuenta de IRPF, librado por una empresa a favor del actor por ingresos en 1999. En 27 de mayo de 1997 se constituyó la sociedad mercantil que se menciona cuyo único socio, que no era el demandante, aportó todo el capital social. Dicha sociedad tiene como objeto social la agencia de seguros. El actor ha trabajado para esa empresa durante los meses de enero y marzo de 1999, percibiendo una retribución neta mensual de 21.248 pesetas.

2. La actividad de agente de seguros no supone una actividad laboral normal, de las del artículo 1.1 del ET, ni tampoco un contrato especial de trabajo de los del artículo 2.1.f) del ET. El ámbito de exclusión comprende tanto los corredores de seguros o antiguos agentes libres, como los agentes afectos. La consecuencia es su inclusión en el ámbito propio del RETA, con la obligación de alta y cotización en el mismo. Si bien para la anualidad de 1999 sólo se ha acreditado la percepción de dos mensualidades, de febrero y marzo, por la cantidad de 21.248 pesetas netas mensuales, se detectan ingresos en el ejercicio de 1998 como agente de seguros, que motivó una liquidación ya firme. Se plantea el tema de la existencia o no de la habitualidad y para su decisión se estima que es indicio el montante de la retribución, en la cuantía del salario mínimo, pero no se puede impedir que sueldos menores delaten la existencia de una estricta actividad de agente, cuando no se prueba actividad paralela, como es el caso. Se añade que en el año anterior se ha justificado la misma actividad de agente, lo que es más poderoso, como presunción que el simple dato de la retribución inferior al salario mínimo sólo en el año 1998.

3. Se toma en cuenta en esta sentencia, con valor de novedoso, el elemento de la ausencia de pluriempleo, o de pluriactividad, en definitiva la falta de otra actividad adicional a la de agente de seguros, en la que se han detectado escasos rendimientos salariales. Si el elemento de la superación o no del salario mínimo interprofesional ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia, se añade que más intensa que esa presunción es la que deriva de la ausencia de actividad paralela. Al margen de lo ingenioso del sistema, vuelve a pesar sobre el afectado por la resolución administrativa, la prueba de elementos ajenos al tema de debate. Se va a deber demostrar que no hay habitualidad a través de la necesidad de mostrar el quehacer profesional, la otra actividad. En realidad debería bastar la prueba de la suficiente o escasa consistencia de la actividad que se ha detectado, sin que tenga que facilitarse la prueba a la Administración sobre la concurrencia o no de otra actividad. El hecho constitutivo es la relevancia del dato económico como revelador de la habitualidad. Ese hecho corresponde a quien pretende incluir al que trabaja en el régimen especial de que se trata.

D) Profesiones liberales

– STS de 23 de mayo de 2001 (recurso de casación para unificación de doctrina 1907/2000), I.L. J 1108

1. No admitido el requisito de contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste, se trata de una sentencia que ofrece sólo un interés indirecto, en cuanto que las sen-

tencias de inadmisión del recurso (o de deseestimación por falta de contradicción, que a la postre es la misma cosa) carecen de los requisitos imprescindibles para establecer doctrina jurisprudencial, a reserva del extremo referido a la determinación de la presencia o ausencia de contradicción. Del relato de hechos se desprende que en ambos casos se trataba de corresponsales externos de periódico, cuanto que ambos trabajaban fuera de la sede de la empresa. Pero apreciadas pequeñas diferencias, la Sala entiende que no cabe acusar de incoherencia a los pronunciamientos de la Sala *ad quem*, curiosamente la misma que había dictado el recurrido y el de contraste con una separación temporal insignificante.

2. La doctrina que se establece, carente como se dice de valor jurisprudencial, tiene empero interés *obiter dictum* en dos aspectos. Uno, reiterativo, al determinar que la dependencia no debe ser entendida como una subordinación rigurosa o intensa, sino en sentido lato o flexible, bastando que el trabajador se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, lo que lleva a concluir que las generalizaciones son poco recomendables puesto que la aceptación o inaceptación de la dependencia ha de ser casuística. En palabras de la Sala “(...) sin que (se) pueda establecer normas generales para una determinada profesión o actividad, pues el modo y manera (...) de realización de la misma puede definir, sin que pueda aplicarse en todos los casos, una misma calificación (...)”.

3. El supuesto de hecho demuestra una vez más la falta de criterio a la hora de determinar la dependencia en los casos concretos, o, en otras palabras, la incapacidad de los tribunales para trasladar su propia doctrina a los casos concretos. En el de autos, después de afirmar una vez más que la dependencia no puede traducirse en términos rígidos sino flexibles, se acaba por no aceptar la existencia de relación laboral en la sentencia de contraste a la vista de que el corresponsal –al que se califica de profesional libre– tenía retribución variable, elegía por sí mismo las noticias que enviaba al periódico y no estaba sometido a horario. Todas ellas, en verdad, simples formas de practicarse el trabajo perfectamente compatibles con la inclusión del prestador de actividad en el círculo rector y organizativo del empresario a tenor de la propia doctrina jurisprudencial. Por lo que vuelve a ser desesperanzador comprobar por enésima vez que se confunde, en perjuicio de la tutela judicial efectiva, las formas de exteriorización de la dependencia y la dependencia misma, lo que en el caso concreto sirve para negar una contradicción absolutamente clara y, con ello, el dictado de un pronunciamiento en cuanto al fondo.

F) Arrendatarios y aparceros

– STSJ de Cantabria de 5 de junio de 2001 (recurso 1256/1999), I.L. J 1515

1. El esposo de la demandada ha sido trabajador de la empresa demandante por un período de más de cuarenta años hasta llegar a la fecha de su jubilación. Durante ese tiempo, concertó con la empresa un contrato de arrendamiento de vivienda ligado al contrato de tra-

bajo. Al extinguirse la relación laboral como consecuencia de la jubilación del trabajador, la empresa no exigió inmediatamente el desalojo de la vivienda y por lo tanto, ha sido poseída por él hasta su fallecimiento, y en la actualidad continúa ocupada por su esposa. Ahora la empresa pretende efectuar el lanzamiento de la vivienda. Este proceso llega al Tribunal Superior que en Suplicación dicta la sentencia que se comenta.

2. El Tribunal declara la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de la materia. El fallo se basa en que la exigencia de parte de la empresa de abandono de la vivienda se produce transcurrido un gran lapso de tiempo desde que se extinguió el contrato de trabajo. Se puede decir que la ocupación de la vivienda ha quedado desligada de ese contrato al que se hallaba vinculada inicialmente. Si la acción para recuperar la vivienda se hubiera instado dentro de un plazo prudencial después de finalizada la relación laboral, ello hubiera entrado en la esfera de conocimiento de la jurisdicción social pues es de su competencia conocer de cuantas cuestiones se susciten entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. Pero en las circunstancias presentes, el arrendamiento o cesión de uso de la vivienda ha perdido su vinculación originaria al contrato de trabajo que se extinguió hace más de veinte años y en ausencia de tal vinculación, debe ser la jurisdicción ordinaria la que conozca de tal desahucio.

3. El artículo 283 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, prevé la posibilidad de efectuar el lanzamiento del trabajador de la vivienda que ocupa por razón del contrato de trabajo cuando deba abandonarla como consecuencia de la extinción contractual y no lo hiciera voluntariamente. Este precepto resulta aplicable a todos los casos de extinción del contrato de trabajo y no sólo a los supuestos de extinción por despido. También es importante la circunstancia de que el trabajador ha de ocupar la vivienda propiedad del empresario por razón del contrato de trabajo. Esto último es así, por ejemplo, si el disfrute de la vivienda forma parte de la remuneración del trabajador como salario en especie. El artículo 283 otorga al trabajador un plazo de un mes para el abandono voluntario pero dicho plazo puede ampliarse a dos meses si se dan circunstancias personales en el trabajador que a juicio del juez aconsejan la ampliación del plazo, por ejemplo, dificultad para encontrar otra vivienda o problemas familiares. Si el cumplimiento voluntario no se ha producido, entonces la Ley faculta al empresario para instar la ejecución mediante el lanzamiento que debe practicarse de acuerdo con la LEC. No obstante, existe una cuestión importante para poder utilizar la vía de lanzamiento que proporciona el proceso laboral, y es que si la relación laboral finaliza en un momento dado y no se insta la finalización del arrendamiento sino en un período, con mucho, posterior en el tiempo, ese gran lapso de tiempo desliga claramente la ocupación de la vivienda del contrato de trabajo por lo que deviene la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la acción. Sobre el particular puede verse la STS de 23 de noviembre de 2000 en la que la cuestión debatida se centra únicamente sobre la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda promovida sobre extinción de contrato de arrendamiento de una vivienda y garaje que nació formando parte del contrato de trabajo.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

En la primera sentencia que se comenta se analiza un supuesto de trabajo familiar a efectos de la obtención de una prestación de la Seguridad Social, admitiendo su procedencia al quedar destruida la presunción del carácter extralaboral de este tipo de prestaciones. En el segunda, y por asimilación, la denegación de una prestación por una relación desarrollada en fraude de ley. Y en la tercera y última, la exclusión del sistema de protección social de una actividad desarrollada en una sociedad limitada por quien no es considerado ni como administrador ni como trabajador por cuenta ajena de la misma.

A) Trabajador por cuenta ajena

a) Familiares

– STSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 de mayo de 2001 (recurso 342/2001), I.L. J 1287

1. Entre el 6 de marzo de 1996 y el 31 de mayo de 2000, la actora vino prestando servicios para una empresa de la que era titular su esposo a través de un contrato de trabajo para la contratación de minusválidos con la categoría profesional de dependiente, en jornada ordinaria de cuarenta horas semanales y con un salario mensual de 123.351 pesetas que su mismo esposo le abonaba. Debido al cese de la actividad de la citada empresa, la actora fue despedida por razones objetivas, y ante esta nueva situación solicitó del INEM la concesión de la prestación de desempleo correspondiente, con una base reguladora de 5.003 pesetas diarias. Sin embargo, el INEM denegó tal prestación por no ostentar la solicitante la condición de trabajador por cuenta ajena al tratarse de trabajos familiares y por no haber acreditado la concurrencia de una situación legal de desempleo. Ante ello, la afectada interpone demanda en reclamación de prestaciones por desempleo contra el INEM y contra su antiguo empleador, que es estimada y da lugar al presente recurso.

2. Son tres los motivos invocados por el INEM en su recurso y a los que da respuesta el Tribunal. Los dos primeros atañen a los hechos probados, solicitándose la revisión, en un caso, y la adición de uno nuevo, en otro; sin embargo, después de repasar los requisitos que una doctrina jurisprudencial pacífica viene exigiendo para la modificación de los hechos probados, rechaza ambos motivos. Por último, se sopesa la alegación de una posible infracción del artículo 7.2 de la LGSS, que excluye del campo de aplicación de la Seguridad Social, entre otros, al cónyuge del empresario por no merecer la consideración de trabajador por cuenta ajena. En este sentido, recuerda el Tribunal que el artículo 1.3.d) del ET excluye del ámbito de la relación laboral los trabajos familiares, incluido el del cónyuge, cuando se convive con el empresario, con la salvedad de que se demuestre la condición de asalariados de quienes lo llevan a cabo. Pues bien, confirmando el parecer del órgano a quo el Tribunal considera que, a pesar de existir convivencia, la presunción

II. Trabajador

del carácter extralaboral de la relación ha quedado rota al haberse acreditado que la demandante percibía un salario que le era abonado por su marido en su calidad de empleador, de tal manera que se desestima el recurso interpuesto.

3. La decisión es correcta, pues es incuestionable la existencia de un intercambio de prestación por retribución, si bien se echa en falta una consideración más detenida de la relación existente entre los artículos 1.3.d) del ET y 7.2 de la LGSS. Convendría especificar que ambos preceptos se refieren al mismo tipo de supuestos, exigiendo por ello idénticos requisitos. Los dos contienen una presunción *iuris tantum* que niega el carácter laboral a los trabajos familiares que, también se explicita, requiere la convivencia con el empresario del supuesto trabajador, así como su dependencia económica, aspecto este último que si bien sólo se plasma en el tenor del segundo de los preceptos citados es lógico pensar que también se exige en el precepto estatutario. En esta línea, cabe afirmar que la identidad de los supuestos de hechos en uno y otro artículos es total, de forma que no resulta imaginable un supuesto en el que quien presta unos servicios por cuenta de un familiar no sea trabajador a efectos laborales y esté en cambio incluido en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, ni viceversa.

B) Inclusiones por asimilación

1) Otros

– STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de mayo de 2001 (recurso de suplicación 618/2000), I.L. J 1280

1. La actora suscribió contrato de trabajo en 3 de octubre de 1989, y cesó voluntariamente en el mismo el 7 de septiembre de 1998, alegando que era diabética y quería tener un hijo. Ante las reiteradas y continuas peticiones de la empleadora para que sustituyera a una compañera que se encontraba de baja y que desempeñaba las funciones que ella había realizado con anterioridad, suscribió contrato de trabajo de interinidad el 15 de septiembre de 1998, y cesó al reincorporarse la sustituida. Solicitada la prestación de desempleo, le fue denegada por estimar que el segundo contrato se había concertado en fraude de ley.

2. Se afirma que el criterio a mantener con carácter general es que el cese voluntario en el primer contrato de duración indefinida, seguido de nueva contratación temporal de corta duración es una maniobra jurídica para acceder a las prestaciones por desempleo que, de otro modo no se habrían obtenido, por lo que el segundo contrato es un instrumento jurídico para dar cobertura a un verdadero fraude de ley. No obstante ello, se afirma que se debe estar en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes, y a las presunciones, para decidir si el abandono voluntario de un puesto de trabajo de duración indefinida para suscribir otro contrato de trabajo temporal, obedece a una causa legítima y razonable, o es injustificado, de modo que su función es constituir una situación de desempleo con acceso a las prestaciones. En el caso presente destaca que el contrato de interinidad se concertó a insistentes requerimientos de la empleadora, para atender la situación de la baja de la trabajadora que ocupaba el puesto antes desempeñado por la actora, y dado que existía una demanda urgente de pedidos. Se añade que no se aprecia

connivencia alguna entre la empleadora y la actora para obtener ilegítimamente las prestaciones por desempleo. De ello se deduce que en el presente caso no se acredita la existencia de contratación fraudulenta con el fin de obtener la prestación por desempleo.

3. Se parte en la sentencia de una doctrina de la Sala del TSJ de sospecha de fraude en quien extingue un contrato de trabajo indefinido y después concierta otro temporal en peores o iguales condiciones económicas y de trabajo, que en breve tiempo concluye, y se estima que ello es muestra de una maniobra jurídica para acceder a las prestaciones por desempleo. Pero el matiz que se añade es sustancial y consiste en que el fraude se debe probar, bien desde los hechos o desde las presunciones. Ello permite que en el caso presente se afirme que no es aplicable el criterio general de presunción de la existencia de la maniobra defraudatoria. Es cierto que aparentemente es sospechoso que alguien cambie de contrato para ser sujeto de otro temporal cuando el primero era indefinido. Pero no es menos cierto que existen multitud de circunstancias personales, familiares, sociales, económicas, técnicas, culturales, y de otra índole que producen la aceptación de este tipo de mutación. Por ello, lo razonable es no presumir nada, y entrar y estar así en cada caso concreto. La solución, por tanto, parece la razonable, si se suprime la categoría general de estimar que estos casos se sitúan *per se* en postura de sospecha bajo condición. No se puede olvidar que quien cesa voluntariamente en un contrato de trabajo, si hubiera forzado el despido —que se calificaría de procedente— también sería beneficiario de las prestaciones por desempleo con un pequeño plazo de espera.

C) Exclusiones

c) Actividades excluidas del Sistema de Seguridad Social

– STSJ de Madrid de 5 de junio de 2001 (recurso 1116/2001), I.L. J 1623

1. La sentencia que se comenta se ocupa de analizar un alta de oficio efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social contra quien era socio del 50 por ciento del capital social de una sociedad limitada, y además tenía la condición de administrador solidario de la misma. En los hechos probados se pone de manifiesto que el actor no realizaba actividad alguna para la sociedad, ni como administrador, ni como trabajador por cuenta ajena.

2. La sentencia de suplicación revoca la de instancia, que consideró procedente el alta de oficio, estimando que, para estar encuadrado en el RETA, la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS no sólo requiere que se tenga el control efectivo de la sociedad, sino también que se realicen funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o que, en su defecto, se efectúe una prestación de servicios a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, tal y como establece la legislación específica reguladora del RETA.

3. El fallo comentado resuelve, a mi juicio, acertadamente, una de las dudas que surgían de la aplicación de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, esto es, si el

II. Trabajador

desempeño del cargo de administrador de una sociedad conllevaba necesariamente entender que por este mero hecho se asumían funciones de dirección y gerencia. La sentencia entiende que cabe probar que el administrador no realiza funciones de dirección y gerencia, por lo que no procederá su encuadramiento en el RETA, salvo que se realice una actividad para la sociedad a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, en cuyo caso, deberá encuadrarse en dicho Régimen Especial. De esta doctrina se desprende por tanto que el desempeño del cargo de administrador, aún solidario, no implica necesariamente su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, ya que el mismo requiere, bien una actividad por cuenta ajena, bien una actividad de dirección y gerencia, o bien una actividad por cuenta propia. Si no existe tal actividad, según la sentencia, no cabe encuadramiento en el RETA y, en consecuencia, hay que concluir que al ser el administrador titular del 50 por ciento del capital social, no podría ser encuadrado en otro Régimen (al margen de las peculiaridades propias del Régimen Especial de Trabajadores del Mar).

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Aunque se trata más de un supuesto en el que se cuestiona la legislación aplicable que la jurisdicción competente, el elemento extranjero está presente en esta decisión del TSJ de Madrid.

– STSJ de Madrid de 29 de junio de 2001 (recurso 2272/2001), I.L. J 1618

1. La sentencia se ocupa de analizar la legislación aplicable a un contrato de trabajo celebrado entre el Instituto de Turismo en España, con sede en Nueva York (EEUU), pero dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda español, y un español residente en dicha ciudad y país, que recurre por despido en España, una vez que el citado Instituto le comunicó la finalización de su relación laboral.

2. La sentencia utiliza tres argumentos para aplicar la legislación española a un contrato de trabajo celebrado entre una institución española y un trabajador español en EEUU, existiendo sometimiento expreso a la legislación americana: a) que no se ha probado el derecho extranjero, por lo que, en virtud de reiterada jurisprudencia del TS, hay que entender que la legislación aplicable será la española; b) *obiter dicta*, se señala que el artículo 1.4 del ET prima sobre el artículo 10.6 del CC, pero siempre que quede acreditado que se dan todos los requisitos que el citado precepto exige, a saber, nacionalidad española del trabajador, contratación en España, para prestar servicios en empresas españolas y en el extranjero; siendo que, en el presente caso, no se acreditó que el contrato se celebró en España o que, al menos, la oferta se generó en dicho país, y c) también *obiter dicta*, se sostiene que el Convenio de Roma no resulta de aplicación a los conflictos de aplicación surgidos entre la Ley española y la estadounidense, al no ser parte este último Estado del citado Convenio.

3. El fallo comentado resuelve, acertadamente, el conflicto surgido entre el artículo 1.4 del ET y el artículo 10.6 del CC, a favor del primero. De la misma forma, nada hay que objetar al hecho de que se requiera la prueba del derecho extranjero para su aplicación, recurriendo en caso contrario a la legislación española. No obstante, hay que discrepar de la

interpretación que la sentencia hace del Convenio de Roma, entendiendo que el mismo sólo resulta aplicable cuando existan vínculos con los Estados firmantes, pero no con terceros Estados. En mi opinión, está claro el carácter *erga omnes* del Convenio de Roma, que es el que ha de regir los conflictos de aplicación de la ley que se planteen en los Tribunales españoles, al margen de que los Estados implicados en el conflicto sean o no parte del citado Convenio. Por otra parte, la sentencia no entra a valorar si el Convenio de Roma ha de prevalecer sobre el artículos 1.4 del ET y 10.6 del CC. A este respecto, en mi opinión, debe entenderse que será dicho Convenio el que prevalezca sobre las fuentes de Derecho interno, aunque sólo fuera en virtud de los principios de modernidad y especialidad.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (coordinadora)

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO

LUIS E. DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Centro de trabajo.** A) Concepto de centro de trabajo a efectos de designación de delegados sindicales. **3. Grupo de empresas.** A) Convenio colectivo aplicable. **4. Contratas.** A) La duración de una contrata puede actuar como límite temporal de un contrato para obra o servicio determinado. B) Responsabilidad. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Los posibles vicios del contrato entre trabajador y ETT no se transmiten al posterior contrato entre dicho trabajador y la EU. B) Responsabilidad de la empresa usuaria en supuestos de despido nulo. **6. Cesión ilegal de trabajadores.** A) Inscripción en cooperativa de trabajo asociado y prestación de servicios para empresa arrendataria de la cooperativa. B) El derecho a adquirir la condición de fijo recogido en el artículo 43.3 del ET se refiere al mismo puesto de trabajo y categoría que se viniese ostentando. **7. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. a) Cambio de titularidad que afecta a una estructura organizada, comprendiendo sede física, bienes, servicios y clientela. Traspaso de una entidad económica. b) Sucesión de contratas y concesiones administrativas. c) Reversión de industria. B) Naturaleza de derecho necesario del artículo 44 del ET. C) Subrogación convencional: condiciones acordadas en pacto extraestatutario. D) Derechos afectados por la subrogación. E) Subrogación y período de prueba. F) La nulidad del trasvase de trabajadores se produce en la sola medida en que no la consientan los interesados. G) Su existencia y alcance pueden declararse y determinarse en el ámbito del proceso de ejecución laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 864 a J 1769) que afectan a materia relativa a la figura del

empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones, Empresas de Trabajo Temporal), así como lo concerniente 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 dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

Un nutrido grupo de sentencias del Tribunal Supremo contenidas en los números de jurisprudencia correspondientes al período estudiado reúne la nota común de ser dictadas en supuestos de recursos de casación para la unificación de doctrina que, por incumplir las exigencias del artículo 217 de la LPL, falta de contenido casacional u otro defecto insubsanable, son objeto de inadmisión —o desestimación, según los casos y circunstancias adicionales concurrentes—. Se trata de pronunciamientos cuyo supuesto de hecho gira, en una u otra medida, en torno a la figura de la sucesión empresarial pero que, por los motivos apuntados, no suelen recoger doctrina jurisprudencial digna de reseña. No obstante, dejamos constancia de ellos. Tales sentencias son, amén de algunas otras que se citan a lo largo del estudio, las siguientes: **STS de 20 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1738; **STS de 24 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1747; **STS de 25 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1488; **STS de 22 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1485; **STS de 18 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1460.

2. CENTRO DE TRABAJO

A) Concepto de centro de trabajo a efectos de designación de delegados sindicales

La **STS de 13 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1439, aborda un problema ya resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de abril de 2001, cuyos argumentos básicos reitera. La cuestión se centra en dilucidar si la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos de Navarra debe considerarse como un solo centro de trabajo a efectos del artículo 10.1 de la LOLS, o si, por el contrario, cada oficina de atención al público ha de ser estimada como tal. La segunda opción será la considerada correcta, de tal manera que frente a la pretensión del sindicato de contabilizar unitariamente todos los trabajadores de la empresa en los supuestos de centros de trabajo diferenciados y con comité de empresa propio, que, sin embargo, no alcanzan los 250 trabajadores, la Sala declarará que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo, contenida en el encabezamiento del artículo 10.1 de la LOLS:

“(…) no es algo que quede al arbitrio del sindicato sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa; artículos 4.1 y 61 del Estatuto de los Trabajadores, es decir que hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 63 de este Texto legal, en su consecuencia en el caso de autos los Trabajadores participan en la empresa mediante Comités de Empresa en centro de trabajo, pues éstos tienen más de 50 trabajadores cada uno, de acuerdo con el menciona-

III. Empresario

do artículo 63 y por ello la exigencia de 250 trabajadores del artículo 10.1 de la ley de Libertad Sindical ha de referirse a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa”.

Ex *abundantia* se utiliza como argumento la interpretación que el Acuerdo Marco de 1995 realizó del precepto relativo a los centros de trabajo con plantilla que exceda de 250 trabajadores recogido en el AMI de 1980 cuyo contenido se transvasó en gran parte al artículo 10 de la LOLS. En este sentido, se recuerda que:

“El Centro de Trabajo a los efectos de los artículos 8 y 10 de la LOLS debe entenderse equiparado a centro físico de trabajo; es decir, las dependencias y oficinas de Correos y Telégrafos que tengan ubicación independiente, cualquiera que sea su rango, siempre que tenga más de 250 trabajadores.”

Aunque nada se mencione en la sentencia al respecto, tal vez sería procedente preguntarse si podría alegarse en el caso de autos la regla prevista en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Tal disposición señala: “A efectos de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de esta Ley, en adecuación a las actividades y organización específica de la Administración Pública, en las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del Departamento u Organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo”.

Respecto a la norma recién transcrita hay que tener presente, sobre todo, tres cosas: primera, alude expresamente al personal laboral, por tanto, es de aplicación al régimen de representación de quienes se rigen por la legislación laboral estrictamente. Segunda, su conexión explícita con los artículos 39 y 40 de la misma ley puede limitar la amplitud de la misma. Tercera, aun tratándose de personal laboral, se refiere, en todo caso, a empleados vinculados a la Administración Pública, por lo que habría que determinar en qué medida la entidad a la que se refiere el supuesto enjuiciado, Correos y Telégrafos, está ya plenamente privatizada o, por el contrario, aún conserva estrechos lazos de vinculación a la Administración Pública.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Convenio colectivo aplicable

La falta de concurrencia de las identidades de hechos, fundamentos y pretensiones exigidas por el artículo 217 de la LPL impide a la **STS de 12 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1427, decidir la controversia planteada con el recurso de casación para la unificación de doctrina en cuestión. Ello motiva que no podamos apuntar doctrina jurisprudencial específica sobre el problema debatido, optando en tales casos, como ya hemos anunciado y repetiremos en ocasiones posteriores, por hacer mera referencia al pronunciamiento jurisprudencial y al tema tratado en él.

4. CONTRATAS

A) La duración de una contrata puede actuar como límite temporal de un contrato para obra o servicio determinado

La ya reiterada doctrina del TS acerca de la admisibilidad de la celebración de un contrato para obra o servicio determinado condicionado en su duración a la vigencia de una contrata que le sirve de fundamento, es reproducida por la **STS de 26 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1498 y por la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 1447, destacando ambos pronunciamientos que, a tales efectos, lo decisivo es “(...) la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo”. Pues:

“(...) existe una necesidad de trabajo temporalmente limitado para la empresa y objetivamente definida y ésta es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”.

Aunque esta cuestión ya ha sido abordada en anteriores comentarios —a los que nos remitimos—, interesa, no obstante, resaltar las consecuencias últimas de la mencionada tesis sobre determinados supuestos de hecho, en particular, sobre el contenido en la **STS de 26 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1498, citada. En él se da la circunstancia de que la extinción del contrato de trabajo temporal como consecuencia del fin de la contrata de limpieza a la que estaba vinculado, se produce unos días después de la adjudicación a la empresa empleadora del contrato de mantenimiento de limpieza de otro centro de trabajo distinto. Ante tal situación y frente a la pretensión de la trabajadora de considerar su cese constitutivo de un despido improcedente, la Sala entenderá que:

“(...) al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquélla se refería. (...) Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, para la limpieza de un establecimiento comercial, sito en local distinto de los dos anteriores y con diferentes pactos. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora (...)”.

B) Responsabilidad

El contrato suscrito entre la Tesorería General de la Seguridad Social y una determinada empresa, a tenor del cual ésta se encarga del servicio de toma de datos de las relaciones nominales de trabajadores (TC-2 y TC-2/1) correspondientes a un determinado período, es considerado por la **STSJ de Madrid de 13 de junio de 2001**, I.L. J 1627, como un contrato administrativo de asistencia, que exonera de cualquier eventual responsabilidad solidaria a la Tesorería General del Seguridad Social. Señala la Sala que no hay:

III. Empresario

“(…) concesión administrativa, ni cesión alguna de personal, ni de medios materiales, que pudiera abrir la puerta a una responsabilidad de la Tesorería (...)”.

No obstante, hecha esta primera aproximación, conviene resaltar que estamos ante una sentencia verdaderamente confusa en sus planteamientos y con un desarrollo argumental ciertamente desafortunado. Así, comienza señalando la solemne obviedad de que “no hubo relación laboral alguna” entre la TGSS y la empresa de asistencia; afirmación, por lo demás, absurda, pues nunca puede existir relación laboral entre dos empresas. Es más, justamente la existencia de esa relación “no laboral” entre dos empresas es el presupuesto de hecho aplicativo del artículo 42 del ET y no puede ser entendido, como hace el pronunciamiento analizado, como argumento en contra de la aplicación del citado precepto.

Por otra parte, es jurisprudencia consolidada que los contratos administrativos también entran dentro del ámbito de las contrataciones del artículo 42 del ET, por lo que se comprende mal que tal circunstancia sirva para excluir el asunto debatido del marco de este precepto estatutario. Y en este sentido, resulta absolutamente irrelevante que el contrato en cuestión tenga la naturaleza de concesión administrativa o de simple contrato administrativo de asistencia.

Desde otra perspectiva, la dicción literal de lo previsto en el contrato suscrito entre la TGSS y la empresa no puede servir de fundamento —como se sostiene en la examinada sentencia—, a una eventual inaplicación de las consecuencias contenidas en el artículo 42 del ET, por cuanto podría tratarse de un pacto ilícito contrario a dicho artículo.

Finalmente, carece de sentido que se excluya la responsabilidad de la TGSS con el argumento de que no hubo cesión alguna de personal ni de medios materiales. No se discute aquí si se aplica el artículo 43 del ET, sino el artículo 42 del mismo texto, y, en el contexto de este precepto, por supuesto, que nunca existe cesión de trabajadores, presuponiéndose, además, que la empresa contratista presta sus servicios con sus propios medios.

En suma, un pronunciamiento sorprendente en el que, por lo demás, ni siquiera se atisba el problema de fondo: la prestación o no del servicio en los locales de la TGSS, con presencia material de los trabajadores dentro de la organización de la empresa principal.

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Los posibles vicios del contrato entre trabajador y ETT no se transmiten al posterior contrato entre dicho trabajador y la EU

Según parece desprenderse de los antecedentes de hecho recogidos en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2001, I.L. J 1201, el recurrente, tras haber prestado servicios para la empresa demandada en el marco de un contrato de puesta a disposición entre aquella y una ETT, suscribió diversos contratos de trabajo temporales directos con la empresa que antes reunía la condición de usuaria. En este contexto, y ante la alegación de despido por el trabajador a la finalización del último de los contratos temporales, la Sala confirmará la sentencia de instancia desestimatoria, afirmando que:

“(…) los posibles vicios del contrato con la ETT no se trasfieren al posterior del mismo trabajador con la empresa usuaria, lo que es acorde con lo establecido en los núms. 2 y 3 del art. 7º de la Ley núm. 14/1994, de 1 de junio –no afectados por la posterior reforma que operó la Ley núm. 29/1999, de 16 de julio–, donde se proclama la indefinición del contrato con la usuaria si se continúa prestando servicios para ella, tras el de puesta a disposición, que nada tiene que ver con la suscripción de un nuevo contrato temporal una vez extinguido el que se tenía con la ETT (…).”.

Para extraer una conclusión certera de la doctrina expuesta, convendría, quizás, aclarar que en el supuesto enjuiciado no hubo solución de continuidad entre la finalización de la puesta a disposición y la celebración directa del contrato con la empleadora. Por otra parte, la sentencia no precisa cuáles eran las presuntas irregularidades del contrato entre la ETT y el trabajador. A tales efectos, habría que señalar que lo que no aborda la sentencia, y es el tema de mayor interés, es que, aunque no se tengan en cuenta las referidas irregularidades, sí se tiene que analizar el referido período a efectos de comprobar hasta qué punto el *continuum* de prestación de servicios era demostrativo de la existencia de una actividad permanente en la empleadora que hubiera obligado a celebrar un contrato por tiempo indefinido; en otras palabras, hasta qué punto la inicialmente empresa usuaria, después empleadora, es causante de la ilegalidad al hacer uso de un mecanismo temporal para ocupar puestos de trabajo permanentes; y, en definitiva, en qué medida se ha producido un fraude de ley que debería determinar una declaración, no sólo del carácter indefinido del contrato, sino, además, que ello lo es desde el inicio de la prestación de servicios, incluido el período de puesta a disposición.

B) Responsabilidad de la empresa usuaria en supuestos de despido nulo

Uno de los motivos de unificación de doctrina propuestos en el recurso que sirve de base a la **STS de 6 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1395, se refiere al alcance de las responsabilidades de la empresa usuaria respecto de las obligaciones contraídas por la empresa de trabajo temporal con los trabajadores en misión. En particular, se invoca el artículo 16.3 de la LETT con la pretensión de hacer responder solidariamente a la EU con la ETT de las consecuencias derivadas de una condena de despido nulo. Mientras que la sentencia recurrida niega la existencia de tal responsabilidad, la de contraste condenaba solidariamente por despido improcedente a una ETT y a una EU entre las que mediaba un contrato de puesta a disposición. La falta de contradicción hace que la Sala no entre a conocer del fondo del asunto; no obstante, dejamos anotada la sentencia por la utilidad que, respecto a la sentencia de contraste alegada o del supuesto de hecho contemplado, pudiera tener.

6. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

A) Inscripción en cooperativa de trabajo asociado y prestación de servicios para empresa arrendataria de la cooperativa

La falta de concurrencia del requisito de contradicción conduce a la **STS de 12 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1432, a la inadmisión del recurso de casación para la unificación de

III. Empresario

doctrina planteado. Ello supone que de la misma no puede extraerse doctrina jurisprudencial digna de consideración; pese a todo, reseñamos sumariamente el supuesto de hecho y las pretensiones reclamadas por lo que de interés pudieran tener.

Los antecedentes de hecho del proceso que da origen a la meritada **STS de 12 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1432, se resumen de la siguiente forma: el actor solicitó su inscripción en una cooperativa de trabajo asociado firmando al tiempo una cláusula según la cual se precisaba un período de seis meses para ser socio de pleno derecho de la mencionada cooperativa. Durante dicho período ambas partes podían dar por rescindida la relación sin necesidad de alegar causa alguna. Se da la circunstancia de que el solicitante prestó siempre sus servicios en el centro de trabajo de una segunda empresa con la que la cooperativa había concertado un contrato de arrendamiento de servicios, “siendo toda la maquinaria propiedad de dicha arrendataria y llevando los trabajadores únicamente su utillaje personal”. Antes de finalizar el plazo de seis meses se le comunica al trabajador solicitante que no se le admitía definitivamente como socio, por lo que debía cesar justo el día en que concluía el período de seis meses pactado. El trabajador formuló demanda por despido que fue desestimada por el Juzgado de lo Social; interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del TSJ revoca la sentencia impugnada al entender que “el demandante había sido objeto de una cesión ilegal comprendida en el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores”.

B) El derecho a adquirir la condición de fijo recogido en el artículo 43.3 del ET se refiere al mismo puesto de trabajo y categoría que se viniese ostentando

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de junio de 2001**, I.L. J 1602, delimita el genérico derecho de fijeza reconocido en el artículo 43.3 del ET a los trabajadores sometidos a tráfico ilegal de mano de obra, señalando que, reconocido, en su caso, el carácter indefinido de la relación laboral, “ésta lo sería en el mismo puesto de trabajo y categoría que [se] viniese ostentando”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

Como viene siendo habitual, el porcentaje más numeroso de sentencias recaídas en el período analizado y relativas a la materia objeto de nuestro análisis se refiere al fenómeno del cambio de titularidad de la empresa. En muchas de ellas se reproduce la doctrina sentada en pronunciamientos anteriores y que ya ha sido comentada en crónicas precedentes, por lo que, en tales supuestos, nos limitaremos a dejar constancia de las mismas.

A) Elementos del supuesto de hecho

La determinación de los requisitos necesarios para que opere el traspaso de trabajadores contenido en el artículo 44 del ET constituye uno de los principales problemas interpretativos del citado precepto. Buena prueba de ello es que la mayor parte de las sentencias recaídas en torno a este artículo deben pronunciarse acerca de la existencia o no de sucesión empresarial en atención a los elementos fácticos presentes.

a) Cambio de titularidad que afecta a una estructura organizada, comprendiendo sede física, bienes, servicios y clientela. Traspaso de una entidad económica

La STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2001, I.L. J 1312, aprecia la existencia de subrogación empresarial en la supresión de un Conservatorio de música no estatal de grado medio dependiente de un Ayuntamiento y la posterior creación de un Conservatorio de música de grado profesional de carácter estatal, que absorbe al anterior, “tanto en lo concerniente a locales, bienes, instrumentos y enseres como en lo relativo a personal y alumnado”. Reiterando un pronunciamiento precedente, la Sala afirmará que:

“(…) no ofrece duda la sucesión empresarial operada en los términos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, (...) en función de un cambio de titularidad que afecta a una estructura organizada y comprende sede física, bienes afectos a la producción de servicios, clientela (alumnado) y plantilla”.

Más ilustrativa resulta la STSJ de Murcia de 9 de abril de 2001, I.L. J 1028, pues en ella se recoge una detallada relación de los criterios que en la jurisprudencia comunitaria se utilizan para dilucidar si hay o no sucesión empresarial. Tras la exposición de diversos pronunciamientos del TJUE, la Sala rechaza la existencia de subrogación en el supuesto concreto analizado, al entender que no ha habido “traspaso de una entidad económica”.

A tales efectos conviene tener presente que en la versión vigente del artículo 44.2 del ET –tras la reforma operada por la Ley 12/2001, que, a su vez, transcribe literalmente el texto de la Directiva Comunitaria y el criterio de la jurisprudencia del TJUE–, la “entidad económica” aparece definida “como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. No obstante, tal precisión no estaba recogida en la redacción del artículo 44 del ET cuando se dictó la sentencia que se comenta.

b) Sucesión de contratas y concesiones administrativas

En la delimitación del ámbito aplicativo del artículo 44 del ET, los supuestos de sucesión en la celebración de contratos de arrendamiento de obra o servicios con diversas empresas, así como de concesiones administrativas, han representado un importante núcleo de debate, cuyos términos pueden considerarse resueltos en la actualidad de forma pacífica o, cuanto menos, reiterada.

Así, por lo que a la llamada sucesión de contratas concierne, la jurisprudencia ya ha fijado cuáles son los presupuestos necesarios para que opere el mecanismo subrogatorio. A ellos se refiere la STSJ de Andalucía de 13 de febrero de 2001, I.L. J 1210, en los siguientes términos:

“Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, como el convenio colectivo, o al menos el pliego de condiciones aceptado por el

III. Empresario

nuevo contratista, y que por la empresa saliente se cumplan las exigencias impuestas para ello por el convenio o por el pliego de condiciones.”

De no ser así, no cabe apreciar la existencia de subrogación empresarial ni existe obligación para la nueva adjudicataria de computar a efectos de antigüedad el tiempo trabajado para la empresa cesante en la contrata.

De forma similar, la **STSJ de Murcia de 9 de abril de 2001**, I.L. J 1028, recordando la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su Sentencia de 29 de febrero de 2000, indicará que:

“(…) ‘el concepto traslativo’ no sólo incluye el cambio de titularidad nominativa de la empresa, sino también la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. De no ser así, lo que acaece es únicamente la finalización de una contrata y entrada de un nuevo empleador a quien revierte el servicio o actividad, no ligado al anterior propietario por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales”.

Respecto al caso particular de la sucesión de concesiones administrativas, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2001**, I.L. J 1447, sobre la base de una prolija reseña de sentencias del Tribunal Supremo, da respuesta al interrogante de si existe subrogación empresarial entre concesionarios de un servicio público cuando es la Administración la que entrega la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, de la siguiente manera:

“En la sucesión de contratos o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva; en otro caso sólo si lo determina la normativa sectorial, o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión.”

La aplicación de esta doctrina al caso de autos lleva a la Sala a negar la presencia del supuesto de hecho necesario para que pueda aplicarse el artículo 44 del ET, pues entiende que se ha producido “una mera transmisión de contrata, esto es, del derecho a prestar un servicio, no de una unidad productiva con organización específica o autonomía”.

c) Reversión de industria

La cuestión de si la Administración debe asumir a los trabajadores de la concesionaria cuando se produce el rescate de dicha concesión y la consiguiente reversión de la industria es resuelta en sentido afirmativo por la **STSJ de Madrid de 5 de junio de 2001**, I.L. J 1622. Entiende la Sala que en el caso planteado se dan los elementos subjetivos y objetivo que la jurisprudencia considera imprescindibles para que entre en juego el artículo 44 del ET, pues si es indiscutible que se produjo un cambio de titularidad, “en la transmisión operada la infraestructura de la explotación también fue asumida por la propiedad que un local o instalaciones arrendó”. Y, recordando la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, señalará que:

“(…) nuestro Alto Tribunal ha mantenido la existencia de subrogación en los casos de rescate de concesión por la Administración, y así dicen –SS de 26 de mayo de 1987 y 20 de julio de 1988– que el organismo titular del servicio objeto de la concesión, debe asumir a los trabajadores de la concesionaria cuando recupera los bienes y la infraestructura que constituyen el sustrato objetivo de aquella actividad empresarial, aun en el caso de que no se continúe con el servicio”.

En otro conjunto de casos, la apreciación de oficio de la inexistencia de acción (al no ejercitarse un interés directo, actual y concreto) hace que la Sala tampoco entre a decidir la cuestión de fondo. Se trata de una serie de sentencias del Tribunal Supremo que responden todas al mismo supuesto de hecho e idéntica pretensión, a saber, la de los trabajadores contratados por una persona física adjudicataria del servicio de recaudador y agente ejecutivo de impuestos y exacciones municipales de un determinado Ayuntamiento que, posteriormente, decide asumir directamente las referidas funciones. Los mencionados trabajadores invocarán la existencia de una subrogación en la titularidad de la relación de trabajo encuadrable en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores. La relación de pronunciamientos sobre el particular es la siguiente: **STS de 10 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1717; **STS de 25 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1752; **STS de 7 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1407; **STS de 25 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1486.

B) Naturaleza de derecho necesario del artículo 44 del ET

La recién mencionada **STSJ de Madrid de 5 de junio de 2001**, I.L. J 1622, a la hora de interpretar la cláusula contenida en un contrato de arrendamiento de industria, en virtud de la cual el arrendatario se comprometía “a dejar libre de ocupantes lo arrendado a la finalización del contrato”, indica que semejante obligación habría de conectarse con las viviendas aludidas en dicho contrato, añadiendo que:

“(…) en todo caso, aunque a los trabajadores se refiriera nula sería la estipulación por ir *contra legem*, esto es, contra el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores que de derecho necesario es e impone la subrogación”.

C) Subrogación convencional: condiciones acordadas en pacto extraestatutario

El mantenimiento o no de las condiciones laborales acordadas en un pacto extraestatutario cuando se produce una sucesión de contratas constituye la cuestión planteada en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por la **STS de 6 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1402. Frente a la opinión negativa de la sentencia recurrida con el argumento de que en supuestos de subrogación convencional “continúa la relación de trabajo con la empresa contratista siguiente pero manteniendo sólo las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, y no las incorporadas al contrato de trabajo existente con la empresa anterior”, la Sala del Tribunal Supremo afirmará que:

“(…) es cierto que nos encontramos aquí (…) no ante un supuesto de subrogación del art. 44 del ET sino ante una subrogación o sucesión de obligaciones contractuales de origen convencional. Pero ello no conduce necesariamente a la exclusión del mantenimiento de las condiciones contractuales pactadas con la empresa contratista anterior. La subrogación convencional impone el atenuamiento a las cláusulas del convenio o acuerdo que la establece, y si tales cláusulas ordenan el mantenimiento de las condiciones contractuales anteriores, así ha de hacerse”.

D) Derechos afectados por la subrogación

Descendiendo un paso más, una vez declarada la existencia de subrogación, algunos de los pronunciamientos examinados se dedican a la delimitación de las consecuencias jurídicas de aquélla; es decir, a determinar el alcance de los derechos afectados por la sucesión empresarial. En este sentido, la **STS de 18 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1464 señalará que tales derechos son aquellos que los trabajadores tuvieran reconocidos antes de terminar la anterior relación, debiendo entenderse referida la sucesión “al contenido jurídicamente eficaz de los contratos de los trabajadores asumidos por el nuevo contratista”.

De igual forma, la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2001**, I.L. J 1182, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que se remite expresamente, declarará que:

“(…) los derechos y obligaciones correspondientes a una antigua relación laboral que perviven al subrogarse la demandada en la titularidad activa y pasiva de aquélla, son tan sólo aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el reconocimiento de dicha integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiera ya adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a meras expectativas legales, toda vez que en ellos no existe todavía derecho alguno”.

De todas formas, es preciso aclarar que en el asunto tratado “el derecho postulado no tenía su razón de ser en la subrogación producida, sino en la integración en distinto convenio colectivo”. Entre los compromisos asumidos por las partes firmantes del nuevo convenio se encontraba el reconocimiento, como garantía *ad personam*, de determinadas condiciones de carácter social establecidas en el anterior convenio para aquellos trabajadores que las tuvieran adquiridas como expectativas de derechos. La Sala desestimará la petición del recurrente argumentando que “en el momento de la integración al nuevo convenio nacional no había adquirido la expectativa de derecho que ahora postula como garantía *ad personam*”.

Esta doctrina ha sido ya reseñada en crónicas anteriores y a ellas nos remitimos.

E) Subrogación y período de prueba

La dicción literal del artículo 14 del ET, según la cual “será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”, sirve de funda-

mento a la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2001, I.L. J 1447, para afirmar que:

“(…) si existe subrogación de derechos y obligaciones laborales entre una y otra empresa es nula la cláusula que la establezca entendemos que se trata de un error mecanográfico y se quiere decir ‘que lo establezca’”.

F) La nulidad del trasvase de trabajadores se produce en la sola medida en que no la consientan los interesados

Entre los argumentos esgrimidos por la STSJ de Baleares de 11 de abril de 2001, I.L. J 948, para desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la resolución de instancia, figura la doctrina fijada por la STS de 29 de febrero de 2000 –reiterada en otras posteriores–, que, en supuestos de subrogación empresarial, declara “la nulidad del trasvase de trabajadores de una empresa a la otra en la sola medida en que no la consienten los interesados, mas no en caso contrario”.

De todos modos debe aclararse que la sentencia mezcla este asunto de fondo con una cuestión procesal que es más decisiva y que debilita la importancia del argumento sustantivo: esa nulidad de la subrogación no había sido alegada por la actora en la instancia, aparece como novedosa en el recurso de suplicación, lo que comporta una alteración esencial de la demanda inicial que no puede ser aceptada pues produce indefensión en la otra parte.

G) Su existencia y alcance pueden declararse y determinarse en el ámbito del proceso de ejecución laboral

Es ésta una doctrina a la que ya hemos aludido en ocasiones anteriores y que la STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2001, I.L. J 1158, reitera reproduciendo argumentos y pronunciamientos precedentes del Tribunal Supremo. Los términos exactos de dicha doctrina se sintetizan en las siguientes frases:

“La existencia de un cambio de titularidad de empresa o supuestos a ello asimilados, así como de su alcance y consecuencias, pueden determinarse y declararse en el ámbito del proceso de ejecución laboral.”

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

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

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

b) Contrato de interinidad. B) Reglas generales de la contratación. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contrato indefinido.

c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y contrato**

fijo discontinuo. A) Contrato a tiempo parcial. B) Fijo discontinuo. **5. Contratos for-**

mativos. A) Contrato para la formación. B) Contrato en prácticas. **6. Contratación en la**

Administración Pública. A) Contratos laborales y contratos administrativos.

B) Contratación laboral. a) Requisitos de acceso. b) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período enjuiciado, la mayoría de los pronunciamientos se limitan a reiterar doctrina ya conocida, ello no obstante, cabe destacar, en primer término, la **STS de 26 de junio de 2001**, de Sala General, I.L. J 1648, que se ocupa de la controvertida cuestión de los pactos de permanencia en los contratos en prácticas y, en segundo término, la **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2001**, I.L. J 1331, que considera improcedente el cese del interino por sustitución por el agotamiento del plazo de 18 meses de incapacidad temporal, entendiendo que debe prorrogarse la situación suspensiva del contrato, y en consecuencia, la interinidad, hasta el examen para reconocer la prestación de incapacidad permanente al trabajador sustituido.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Período de prueba. Cinco resoluciones abordan en el período analizado el tema del período de prueba y las diversas consecuencias que derivan de la conclusión contractual de este pacto. En primer lugar, la **STSJ de Cataluña de 28 de abril de 2001**, I.L. J 1566, declara que constituye despido la resolución del contrato durante el período de prueba en un supuesto en que el trabajador ya se hallaba vinculado con anterioridad a la empre-

sa, sin que quede acreditado que las funciones desempeñadas por el mismo eran diferentes, muy al contrario:

“No sólo tenía encomendadas el actor las mismas tareas, sino que la limitación del territorio, excluyendo parte del que antes podía ser objeto de su actuación, implicaría, en todo caso, que dichas funciones iba a volverlas a realizar en un terreno que ya conocía pues la diferencia en el segundo contrato era únicamente la de que la actividad del trabajador quedaba limitada a Kosovo y Macedonia.”

En segundo lugar, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 2 mayo de 2001**, I.L. J 1061, resuelve la cuestión centrada en si un convenio de empresa puede o no modificar la regulación del período de prueba establecida por un Acuerdo Marco Nacional. Según puntualiza la resolución citada, el Acuerdo “tiene el alcance y la virtualidad que le otorgan las partes que lo suscriben”. Y dado que el acuerdo prevé la posibilidad de que las partes dispongan de sus contenidos, haciéndolo así el convenio empresarial:

“Es aplicable, pues, al contrato habido entre las partes lo establecido en el Convenio de Empresa en materia de período de prueba (...)”.

En relación, en tercer lugar, con la verdadera finalidad del período de prueba, la **STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2001**, I.L. J 1335, declara, en un supuesto en el que se descarta previamente la responsabilidad solidaria de dos empresas pertenecientes a un mismo grupo, que no existe razón alguna para considerar que el período de prueba pactado con la segunda empresa, no haya sido fiel al fundamento o finalidad de la prueba. Es más, puntualiza la resolución, que éste tampoco sería nulo por aplicación del artículo 14.1, 3^{er} párrafo:

“ya que, al tratarse de empresas distintas, aunque integrantes de un mismo grupo, también habría que hablar de relaciones laborales diversas y separadas, aunque las funciones desarrolladas fuesen comerciales en uno y otro caso”.

La resolución del contrato de trabajo, pues, se considera adecuada por aplicación del artículo 49.1.b) ET, admitiéndose que no es necesario que el desistimiento empresarial se plasme por escrito (STS de 6 de julio de 1990). En un supuesto semejante, concretamente referido a la inexistencia de subrogación empresarial, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 1447, declara que:

“Si no existió subrogación no cabe tomar en consideración los trabajos que la actora hubiera desarrollado previamente para la anterior concesionaria, y ello es así porque durante el período de prueba las partes pueden tener en cuenta para resolver la relación laboral múltiples factores, no sólo la prestación de trabajo propiamente dicha que, además, podría ser satisfactoria para una y no para la otra.”

IV. Modalidades de Contratación

Por su parte, finalmente, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de mayo de 2001, I.L. J 1283, resuelve el supuesto más habitual que se plantea en relación con el pacto de prueba, esto es, la resolución adecuada del contrato dentro del mismo no constitutiva de despido improcedente, sin aceptar que hayan quedado acreditados indicios de discriminación o violación de los derechos fundamentales. Supuesto este, como es sabido, en el que no se consideraría válidamente finalizada la relación laboral (STC 166/1988, de 26 de septiembre, BOE de 14 de octubre).

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En relación con esta modalidad contractual se deben destacar básicamente tres sentencias centradas en su adecuada acreditación causal. Por un parte, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001, I.L. J 1247, resuelve que:

“el contrato cumple a la perfección la exigencia formal que se contiene en el art. 2.2.a) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, al consignar que lo era para la realización de la obra o servicio C-84 en AESA Puerto Real, lo que implica sobrada identificación del objeto, por consiguiente, se está en presencia de un contrato claramente temporal (...)”.

Por otra parte, la STS de 26 de junio de 2001, u.d., I.L. J 1498, y en el mismo sentido, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001, I.L. J 1447, se pronuncia sobre la adecuación de esta modalidad contractual para la cobertura de los contratos temporales en las empresas contratistas hasta la extinción de la contrata en el sentido de la reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998, u.d.) reseñando que:

“existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”.

b) Contrato de interinidad

Diversas sentencias se ocupan de supuestos de interinidad por sustitución cuando se producen dilaciones entre la extinción de la causa que da lugar a la reserva del puesto de trabajo y el cese del interino. Así, en primer lugar, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de marzo de 2001, I.L. J 1224, estima lícita la extinción del contrato, considerando irrelevante el retraso, “porque ello se debió al desconocimiento del alta médica por el Ayuntamiento demandado, quien tan pronto lo supo, comunicó la extinción contractual

al demandante”. También abunda en esta línea de no otorgar efectos sustantivos al retraso en la comunicación del cese respecto al momento del alta médica del trabajador sustituido la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001**, I.L. J 1246. Además, este pronunciamiento tiene cierto interés pese a que se trata de doctrina ciertamente conocida, pues admite la validez del cese del interino cuando la trabajadora sustituida se reincorpora a otro puesto al reconocérsele a ésta una movilidad por disminución de capacidad.

Asimismo, debe destacarse la **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2001**, I.L. J 1331, que considera improcedente el cese del interino por el agotamiento del plazo máximo de 18 meses de incapacidad temporal. El Tribunal se basa en la interpretación del art. 131 bis, párrafo 1º LGSS, entendiendo que agotado este plazo, deben prorrogarse la percepción de la prestación por un plazo máximo de tres meses hasta que se lleve a cabo el examen para reconocer la prestación de incapacidad permanente, por lo que al mantenerse la situación suspensiva del contrato, no cabe el cese de interino. Sin embargo, en congruencia con lo anterior se limitan los efectos del despido improcedente del interino hasta la extinción del contrato por el transcurso del plazo máximo para la calificación de la trabajadora sustituida.

En cambio, no introduce novedad alguna la **STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2001**, I.L. J 1299, que admite que la ocupación del puesto de trabajo por concurso determina la extinción del contrato de interinidad por vacante, sin que a ello obste la larga duración del contrato. También en el ámbito de la interinidad por vacante en las Administraciones públicas, cabe señalar la **STSJ de Aragón de 17 de abril de 2001**, I.L. J 921, que apoyándose en el convenio colectivo aplicable, admite la redistribución de efectivos como causa de extinción del contrato de interinidad.

Más centrada en el caso en concreto, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de junio de 2001**, I.L. J 1595, interpreta analógicamente una cláusula convencional que imponía el cese del interino más antiguo para considerar improcedente el cese llevada a cabo sin seguir este criterio:

“este criterio de cesar al interino más antiguo en la plaza ocupada interinamente parece lógico, y por ello, debe aplicarse también al supuesto contemplado en el artículo 9º del convenio colectivo citado, en el que no se establece criterio alguno para cese de los interinos, pero analógicamente puede y debe aplicarse el sistema contemplado en el artículo 10”.

Otro grupo de sentencias examina las posibles irregularidades en la contratación por interinidad. Por una parte, la **STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1351, desestima la acción declarativa para que se declare la fijeza de la relación laboral al no haberse probado fraude en la interinidad. Por otra parte, la **STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1350, rechaza la apreciación de fraude y declara que aun en el caso de apreciarse irregularidades en la contratación en el ámbito de las Administraciones públicas, el efecto de considerar el vínculo como indefinido en tanto no se amortizara o

IV. Modalidades de Contratación

se cubriera la plaza reglamentariamente sería muy similar al del contrato de interinidad. En cambio, se considera improcedente el cese del interino, cuando entre los criterios para la extinción del contrato figura la existencia de informe negativo sobre el trabajo del interino, pero en el caso en concreto, dicho informe no constaba de los requisitos pactados (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 11 de junio de 2001, I.L. J 1596).

Por último, reseñar alguna sentencia, como la **STSJ de Extremadura de 11 de abril de 2001**, I.L. J 982, que abunda en la doctrina consolidada sobre la extinción por el transcurso del tiempo de los contratos de interinidad celebrados con base en la jubilación anticipada regulada en el RD 1194/1985.

B) Reglas generales de la contratación

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Se repiten en este período las resoluciones en materia de reconocimiento del derecho de antigüedad de los trabajadores temporales que mantienen lógicamente los criterios anteriores a la reciente reforma de 2001. Así, cabe destacar en relación con el personal laboral temporal contratado en la Administración Pública, la **STSJ de Valencia de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 880, que declara que, por aplicación del convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Generalitat Valenciana, no procede el reconocimiento del complemento de antigüedad a estos trabajadores:

“pues sólo se computan los servicios prestados con carácter temporal y previo a la constitución de la relación jurídica con carácter permanente, condición laboral que no consta tenga el reclamante”.

Alegando la inexistencia de norma convencional aplicable, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de mayo de 2001**, I.L. J 1263, niega el derecho a percibir el complemento de antigüedad a un trabajador temporal, declarando que:

“No constando que el personal laboral del Servicio Andaluz de Salud tenga reconocido el complemento pretendido por Convenio Colectivo, ni existiendo normativa específica que le reconozca tal derecho a este personal y, en última instancia, no constando tampoco en el presente caso que por contrato individual se le reconociera el mismo (...)”.

Por otro lado, en relación con el reconocimiento del derecho de antigüedad de los trabajadores vinculados laboralmente por diversos contratos temporales que se pactan sin solución de continuidad, debe destacarse la **STS de 22 de mayo de 2001**, u.d., I.L. J 1104, que reiterando la consabida doctrina jurisprudencial sobre la cuestión (STS de 17 de enero de 1996, u.d.), viene a concluir que:

“la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos”.

De acuerdo con ello, puntualiza la resolución referida que “la legalidad de los aludidos contratos y la ausencia de fraude son perfectamente compatibles con el hecho de que la antigüedad deba computarse a partir del momento en que se concertó el primer contrato”.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1354, que, citando la STS de 16 de abril de 1999, reconoce que la antigüedad queda integrada por la totalidad de relaciones temporales, siempre que no haya existido solución de continuidad y ésta no se produce si no existe un decaimiento de la acción de despido.

b) Conversión en contrato indefinido

Tres resoluciones declaran la conversión de los contratos pactados como temporales en indefinidos. De un parte, la **STSJ de Galicia de 23 de abril de 2001**, I.L. J 994, resuelve el carácter indefinido de la relación laboral de un trabajador vinculado a una empresa sin contrato formalizado por escrito, considerando que no se prueba el carácter eventual del contrato inferior a cuatro semanas.

De otra, en relación con un contrato pactado por obra o servicio determinado, la **STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2001**, I.L. J 1300, declara la conversión en indefinido del contrato temporal en un supuesto en que, tras la modificación de la obra a realizar por el trabajador, se comunica la extinción del contrato por finalización de la obra. Resuelve la sentencia citada que:

“al asignar al actor trabajos para los que no existía acuerdo ni comunicación escrita al trabajador, en lugar distinto al convenido, pone de relieve la concurrencia de fraude de ley que determina la conversión del contrato temporal en indefinido y en consecuencia, no probada la causa extintiva referida por la empresa, relativa a extinción por finalización de obra”.

En un supuesto en que el trabajador contratado por obra sigue prestando servicios para la empresa una vez terminada la misma, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2001**, I.L. J 1591, declara que:

“como el recurrente después de haber terminado la obra para la que fue contratado, siguió prestando servicios para la empresa en una obra diferente, se ha producido un fraude de Ley y por tanto el contrato se ha transformado en indefinido (...), ya que la empresa debió formalizar un nuevo contrato para la nueva obra (...)”.

Del mismo modo, la **STSJ del País Vasco de 5 de junio de 2001**, I.L. J 1634, considera indefinido el contrato temporal pactado con un trabajador que continúa prestando servicios para la empresa concluida la obra, sin que quede justificado el carácter temporal de los mismos:

IV. Modalidades de Contratación

“Así pues, si la relación laboral del Sr. F. no finalizó cuando terminaron las obras para las que fue contratado y la prórroga posterior de su contrato para prestar servicios en otros centros de trabajo distintos no se acredita estuviese amparada en ninguno de los supuestos convencionalmente previstos, ha de llegarse a la conclusión de que el poner fin a su relación laboral dan pie a la aplicación de las previsiones contenidas en el párrafo 3º del art. 49.c) ET y, a su amparo, declarar que la relación laboral del trabajador era indefinida, de tal forma que su extinción, unilateralmente acordada por el empresario, constituye despido.”

c) Tratamiento de la extinción contractual

Diversas resoluciones abordan la cuestión de la extinción de los contratos pactados por tiempo determinado.

En primer lugar, en relación con el contrato por obra o servicio determinado, se encuentran en este período varias sentencias que se pronuncian sobre las diferentes causas que pueden justificar la extinción del mismo. Así, la **STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2001**, I.L. J 1305, declara conforme a derecho la extinción de un contrato por obra acreditada la finalización de la misma, al margen de que en el contrato se constate una fecha de finalización anterior a la efectiva:

“La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio. Si el contrato fijara una duración o término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior. La claridad de la norma excusa todo razonamiento complementario, salvo el de indicar que a la precisión temporal efectuada en el contrato no puede atribuírsele otro valor que el meramente orientativo que preceptúa el propio legislador.”

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001**, I.L. J 1247, declara adecuada la finalización “acreditada la realización de la obra determinante del contrato del actor”.

La **STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1295, resuelve la conocida cuestión de la extinción del contrato por obra cuya celebración se hace depender de la existencia de determinada subvención, concluyendo, a tenor de la doctrina jurisprudencial en la materia (SSTS de 18 y 28 de diciembre de 1998) que la relación laboral se extingue adecuadamente cuando aquella subvención es retirada. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de junio de 2001**, I.L. J 1530.

Finalmente, la **STS de 26 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1498, resuelve la también consabida cuestión de la extinción del contrato por obra vinculado a la realización de una contrata determinada. El TS se pronuncia, siguiendo su doctrina anterior (SSTS de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999), en el sentido de considerar que el contrato se mantiene en vigor en tanto lo haga la propia contrata, por tanto, la finalización de la misma conlleva la extinción de la relación laboral, puesto que “lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empre-

sarial en ese contrato”. De este modo, declara la resolución referida que la realización de una nueva contrata con otra empresa no puede llevar a concluir que el contrato por obra se mantiene en vigor:

“Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, para la limpieza de un establecimiento comercial, sito en local distinto de los anteriores y con diferentes pactos. Se trata de una contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por la suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que, por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello.”

En segundo lugar, respecto del contrato eventual, dos resoluciones declaran la adecuada extinción por expiración del término pactado. De una parte, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 1228, declara que con la argumentación centrada en que “las partes quisieron que el objeto del contrato suscrito fuese atender la acumulación de tareas en el centro de trabajo de la guardería infantil municipal en la que se precisaba temporalmente una puericultora, añadiéndose que la actividad estaba acrecentada”, se justifica la temporalidad del contrato eventual. De otro, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001**, I.L. J 1245, considera adecuado el recurso a esta modalidad contractual cuando se trata de cubrir la acumulación de tareas derivada de la apertura de un nuevo centro de trabajo, puntualizando que:

“nada tiene que ver con la eliminación de la anterior figura de contrato por lanzamiento de nueva actividad que, por el mero hecho de ésta, propiciaba tal tipo contractual por tiempo determinado superior al establecido para el contrato eventual”.

En tercer lugar, en relación con el contrato de interinidad, la **STSJ de Asturias de 27 de abril de 2001**, I.L. J 932, considera ajustada a derecho la finalización del contrato de interinidad por vacante pactado por cobertura de la plaza producida por la recalificación del personal laboral en funcionario no superando la correspondiente prueba el trabajador interino, ocupándose por tanto la plaza funcionarial:

“no ha existido el despido que se alega en la demanda sino que el contrato de interinidad suscrito entre las partes finalizado en virtud de la previsión contenida en el propio contrato de que la plaza de operario de limpieza que ocupaba fue incluida en la oferta de empleo público del Ayuntamiento demandado y aunque posteriormente se modificó el status jurídico de la misma al convertirse en plazas de funcionario ello no obsta a que se produzca la cobertura reglamentaria de la misma mediante unas pruebas a las que por cierto concurrió el actor (...)”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Galicia de 28 de abril de 2001**, I.L. J 996, declara justificado el cese de una trabajadora interina por haberse cubierto la plaza reglamentariamente.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

A) Contrato a tiempo parcial

Los pronunciamientos recaídos en este período vienen referidos a cuestiones relativas a la Seguridad Social de este tipo de contratos. Así, en primer término, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de abril de 2001**, I.L. J 942, resuelve la compatibilidad del subsidio de desempleo de una trabajadora agrícola eventual con un trabajo a tiempo parcial (de 5'5 horas semanales). El Tribunal admite esta coexistencia, reconociendo el cambio de criterio operado a partir del RD 5/1997, de 10 de enero. Y, con base en una interpretación del artículo 13 de la mencionada regulación, reconoce una excepción al principio de que el subsidio que en él se regula es incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena, entendiendo que:

“puesto que en el art. 13 se prevé la posibilidad de actividades laborales en días concretos en el mes anterior al de la percepción del subsidio, los cuales habrán de deducirse de dicha percepción, lo que supone sin duda una fórmula de compatibilidad del subsidio con el trabajo a tiempo parcial”.

En segundo término, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de abril de 2001**, I.L. J 944, aborda la cuestión del cómputo de los días trabajados a efectos de la prestación de desempleo, en el supuesto de coincidencia de dos contratos a tiempo parcial. El Tribunal estima, siguiendo la doctrina anterior del Tribunal Supremo que, el cese de un contrato y la posterior terminación del otro determina que se computen separadamente los días trabajados separadamente a efectos de la duración de la prestación.

B) Fijo discontinuo

De entrada, cabe reseñar algún pronunciamiento, como la **STSJ de Cantabria de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1519, que abunda en la clásica distinción entre contratos eventuales y fijos discontinuos, reconociendo el carácter fijo discontinuo cuando se produce la contratación en intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad.

En cambio, en la **STSJ de Murcia de 9 de abril de 2001**, I.L. J 1028, no se discute el reconocimiento por sentencia del carácter fijo discontinuo del trabajador, sino que la controversia se centra en la adquisición de dicha condición no sólo frente a la Administración empleadora, sino frente a la empresa contratista. De este modo, la argumentación de la sentencia gira en torno a la existencia o no de una transmisión de empresa que posibilite también la adquisición de la condición de fijo en la empresa contratista:

“no puede hablarse de que se haya transferido la organización empresarial básica de la explotación —no se cede la explotación—, ya que lo único que se encarga al concesionario es una actividad de mantenimiento y, en consecuencia, no cabe hablar de traspaso de una entidad económica”.

Distinta cuestión se aborda en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de mayo de 2001**, I.L. J 1266, donde se ventila el reconocimiento de un contrato fijo de carácter continuo de un trabajador que tenía la condición de fijo discontinuo al realizarse su trabajo a jornada completa. Parcialmente diferente es la cuestión que se resuelve en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de enero de 2001**, I.L. J 1196, donde la trabajadora fija discontinua de la Administración considera que a partir de la modificación de puestos de trabajo tenía derecho a prestar servicios a tiempo completo y los prestó a tiempo parcial. En síntesis, el Tribunal rechazará la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la trabajadora porque, en primer lugar, no aprecia dolo, negligencia o mora por el hecho de que no se hubiese comunicado personalmente la modificación del puesto de trabajo y, en segundo lugar, porque el Ayuntamiento no venía obligado a ocupar automáticamente la vacante y la novación del contrato había de hacerse por la concurrencia de la voluntad de ambas partes.

Finalmente, reseñar la **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1555, que no entra a examinar la cuestión de si la contratación eventual de la trabajadora escondía en realidad, un contrato fijo discontinuo al haber transcurrido más de un año desde la finalización del último contrato.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato para la formación

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 1221, incide en la problemática cuestión de los incumplimientos de la obligación empresarial de formación teórica en los contratos de trabajo para la formación, cuando ésta se lleva a cabo mediante una formación a distancia, entendiéndose que corresponde al empresario la acreditación de la realidad de esta formación:

“pues es el empresario el que, además de facilitar los medios para su efectividad (impartiendo o concertando la formación teórica y concediendo al trabajador los permisos necesarios para recibir dicha formación), ha de tutelar el desarrollo del proceso formativo (artículo 8 RD de 27 de marzo de 1998, de aplicación por carácter sustantivo), manteniendo con los centros que imparten la formación teórica —en su caso— la adecuada coordinación (art. 12.1)”.

Las consecuencias que se atribuyen a dicho incumplimiento son las de afirmar el fraude en la formación y considerar el carácter común u ordinario e indefinido del contrato.

B) Contrato en prácticas

Particular interés presenta la **STS de 26 de junio de 2001**, Sala General, I.L. J 1648, que se ocupa de la controvertida cuestión de los pactos de permanencia en los contratos en

IV. Modalidades de Contratación

prácticas, que como se reconoce en el propio pronunciamiento, ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria y a que buena parte de la doctrina científica negara su validez en este tipo de contratos formativos. El Tribunal parte precisamente de las peculiaridades de esta modalidad contractual, que se centran en tratar de proporcionar una práctica profesional, para si bien no negar la posibilidad de estos pactos, sí limitar su aplicación en los contratos en prácticas cuando no se produce una auténtica especialización profesional.

“en caso de controversia incumbe a la empresa la probanza de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica ‘especialización profesional’ que, por una parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro, y por otra, que origine al propio tiempo a aquélla un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado”.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La STSJ de Madrid de 8 de junio de 2001, I.L. J 1624, examina el carácter laboral o administrativo de las sucesivas contrataciones de un profesor de música realizadas al amparo de la Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones públicas. El Tribunal cierra esta posibilidad al estimar que la referida normativa administrativa no ampara este tipo de vinculaciones de naturaleza pedagógica y educativa, sin que en ningún caso pudieran incardinarse en las precisiones normativas cuyo objeto fuera “técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga”.

El resto de pronunciamientos versan sobre cuestiones retributivas en los contratos laborales. En primer lugar, cabe reseñar la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de abril de 2001, I.L. J 902, donde se dilucida la responsabilidad en el pago frente a una reclamación salarial por un complemento económico no abonado de un profesor de un centro privado concertado. Concretamente, el conflicto se centra en si corresponde a la Administración General del Estado o a la Comunidad Autónoma, estimando el tribunal que dado que el traspaso de competencias en materia de gestión educativa se produjo a partir de una fecha, no corresponde el pago a la Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de abril de 2001, I.L. J 954, reconoce el derecho a iguales retribuciones, como si estuviera prestando servicios efectivos, de un contratado laboral que tiene una dispensa de asistencia al trabajo, está liberado de servicio y asimiladas las actividades por él realizadas en un sindicato a la función representativa de carácter legal por un Acuerdo reconocerá el derecho a las retribuciones.

Finalmente, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de mayo de 2001**, I.L. J 1062, se ocupa del derecho a un complemento retributivo que cobraba el trabajador y que después de obtener una plaza fija laboral ya no percibe. El Tribunal estima que no tiene derecho porque dicho complemento tiene carácter transitorio, siendo su objeto el establecer una homogeneización retributiva en los distintos casos y evitar unas pérdidas salariales, quedando absorbido y compensado por mejoras retributivas de la misma naturaleza.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

En punto al derecho a participar en concursos, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1261, que declara la nulidad de la adjudicación de una plaza en un concurso de traslados del personal laboral porque no había sido declarada vacante al tiempo de incluirse en el concurso de traslados.

También puede verse la **STS de 5 de julio de 2001**, I.L. J 1698, abunda en doctrina anterior al declarar la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los actos de las Administraciones públicas en materia de selección de personal, aunque se trate de contratación laboral. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de abril de 2001**, I.L. J 1258, rechaza el reconocimiento de los servicios prestados y las posibles infracciones en las que se haya podido incurrir en la convocatoria de la plaza de personal laboral en una pretensión en materia de cambio temporal por antigüedad, por inadecuación del procedimiento.

b) Irregularidades en la contratación

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de junio de 2001**, I.L. J 1602, aclara algo más la cuestión de qué categoría corresponde a la trabajadora al ser declarado el carácter indefinido de la relación laboral que mantenía con el Ayuntamiento por cesión ilegal. El Tribunal aplicando lo ordenado en el artículo 43.3 ET declara el derecho a adquirir la condición de indefinida en el “mismo puesto y categoría que viniera ostentando”.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial.

a) Algunas cuestiones acerca del complemento de antigüedad. b) Naturaleza salarial de las “dietas viaje”. c) Servicios de vigilancia sin arma de fuego. Plus de peligrosidad. d) Plus de disponibilidad. e) Vale de carbón y ayuda por vivienda. f) Complemento personal transitorio de la Junta de Andalucía. g) Remuneración de cursos o prácticas reglamentariamente exigidos.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. C) Fondo de Garantía Salarial.

a) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: fecha en que se dicta el Auto de insolvencia, pero siempre que antes se haya instado la ejecución contra el empresario dentro del plazo. b) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo: fecha en que adquiere firmeza la sentencia de condena cuando la indemnización se declara en vía jurisdiccional, y fecha en que el empresario decide extinguir la relación laboral por la causa prevista en el artículo 52.c) ET cuando no se impugna judicialmente el cese. c) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra al FOGASA: responsabilidad subsidiaria y acuerdos privados eficaces para interrumpir la prescripción frente al deudor principal. d) Excepción de caducidad de la acción de despido opuesta por el FOGASA en el proceso seguido sobre responsabilidad de dicha entidad cuando no fue parte ni estuvo citado en el proceso anterior de despido.

e) Responsabilidad por insolvencia empresarial. Comunidad de bienes y responsabilidad solidaria de los miembros de la comunidad: alegación extemporánea. f) Responsabilidad por insolvencia empresarial. Extinción por causa de fuerza mayor: resolución administrativa no firme.

g) Responsabilidad: no procede. Indemnizaciones consecuencia de la extinción de la relación laboral por incapacidad del empresario. h) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: efectos de la recuperación por éste de las cantidades abonadas al trabajador en otro proceso. i) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: efectos del cobro por parte del trabajador de determinadas cantidades con anterioridad a la fecha en que la empresa es declarada insolvente. j) Responsabilidad directa del Fondo

de Garantía Salarial y topes máximos: efectos sobre la responsabilidad empresarial.

2. Clasificación profesional. A) Cambios en la clasificación profesional objetiva y comunicación al trabajador. B) Carácter irrecurrible de las sentencias. **3. Movilidad funcional.** A) La titulación

como límite de la movilidad funcional. B) Movilidad funcional ascendente: retribución correspondiente a la realización de funciones de superior categoría. C) Movilidad funcional descendente. Cargo que no es de libre designación y consecuencias de la encomienda de funciones inferiores. D) Cambio de puesto de trabajo por razones de salud. **4. Pacto de no competencia**

poscontractual. **5. Jornada de trabajo.** A) Descansos. Condición más beneficiosa. B) Horas extraordinarias. Prueba. C) Instituto Social de la Marina. Jornada. D) Reducción de jornada.

Lactancia. **6. Movilidad geográfica.** A) Traslado forzoso en Renfe. Inexistencia y por tal no derecho a la indemnización prevista en el Convenio colectivo. B) Movilidad geográfica. Resolución del contrato a instancia del trabajador con amparo en el artículo 40 ET. Interpretación del artículo 82 del Convenio General de la Construcción. **7. Modificación sustancial de condiciones de tra-**

bajo. A) Resolución del contrato por modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. B) Reducción del complemento de antigüedad y aumento salario base supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. C) Nulidad por incumplimiento de los requisitos formales en la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Cambio día de libranza como consecuencia amarre y huelga de transporte. D) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo colectivas. Carácter de sustancial la alteración de la jornada de 40 horas a 35 horas. E) Procedimiento de Conflicto colectivo. Modificación sustancial de con-

diciones del contrato que afecta a cuatro trabajadores. **8. Excedencias.** A) Excedencia especial: la relación laboral se rige por la normativa vigente al momento de la reincorporación, no al de la solicitud. B) La excedencia por período no superior a tres años para atención a hijo tiene la consideración de asimilada al alta a efectos de desempleo. C) Excedencia: reingreso. Falta de vacante. D) Excedencia especial por invalidez: Servicio Andaluz de Salud. E) Telefónica: Excedencia ilimitada por razón de matrimonio. F) Servicio Andaluz de Salud: Reingreso provisional y plazas en proceso de reconversión. G) Servicio Andaluz de Salud: Retorno a la situación de excedencia. H) Reingreso de excedente voluntario: Plazo de ejercicio de la acción de reingreso. I) INSALUD.

Personal sanitario: Normativa aplicable al reingreso. J) Reingreso de excedencia: Exigencia de preaviso. **9. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Suspensión del contrato de trabajo pactada en Convenio Colectivo. B) Suspensión del contrato por maternidad (adopción): Duración.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2001 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 864 a J 1769).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Algunas cuestiones acerca del complemento de antigüedad

Tras la reforma laboral de 1994 el artículo 25 ET no reconoce el derecho de los trabajadores a un complemento personal de antigüedad en razón a los años de servicios acreditados en la empresa, remitiéndose a la regulación prevista en el Convenio Colectivo o contrato individual. Ello permite denegar este complemento al trabajador inicialmente vinculado al Servicio Andaluz de Salud por un contrato laboral temporal cuya relación laboral se declara, más tarde, indefinida por pronunciamiento jurisdiccional, pues no hay previsión normativa específica al respecto (**STSJ de Andalucía, Málaga, de 4 de mayo de 2001**, I.L. J 1263).

Constituye doctrina unificada que si un contrato temporal concluye el plazo de vigencia o se produce causa extintiva, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo por el primer contrato temporal. Este criterio se justifica por lo siguiente:

- a) La relación laboral es la misma, pese a la diversidad de contratos.
- b) La antigüedad de un trabajador en una empresa es el tiempo que ha prestado servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque hubieran mediado diferentes contratos, temporales e indefinidos.
- c) El artículo 25 ET toma en consideración los años trabajados sin distinguir, diferenciar ni exigir que la actividad desarrollada fuese originada por un solo contrato ni que sólo se computen los contratos indefinidos, y sin excluir el tiempo correspondiente a contratos temporales.

Esta teoría se ha mantenido en las SSTS de 12 de noviembre de 1993, 10 de abril de 1995, 17 de enero de 1996, 25 de febrero de 1998, 30 de marzo de 1999, 20 de diciembre de 1999, 3 de febrero de 2000. La **STS de 22 de mayo de 2001**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1104, continúa la línea descrita.

b) Naturaleza salarial de las “dietas viaje”

Según la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 de mayo de 2001, I.L. J 1288, la percepción por el trabajador de cantidades bajo la denominación de “dietas” no tiene el carácter compensatorio que caracteriza a las mismas como indemnización alzada que percibe el trabajador para cubrir su manutención cuando, por razón de su trabajo, tiene que accidentalmente desplazarse fuera de la localidad de su domicilio habitual. No se trata de una indemnización por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral (art. 26.2 ET), sino de una cantidad que es percibida por los trabajadores de la empresa de forma regular, en cuantía fija y sin justificación alguna. Por todo ello, esta partida ha de considerarse como salario (art. 26.1 ET).

c) Servicios de vigilancia sin arma de fuego. Plus de peligrosidad

El plus de peligrosidad, regulado en el artículo 71.a) del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad (R. de 19 de abril de 1994), planteó si se tenía derecho a él cuando el servicio prestado no exigía portar armas de fuego. Esta cuestión dio lugar, al margen de múltiples pleitos individuales, a un Conflicto Colectivo que fue resuelto por Sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo en 1997. Aquí se decía que se carecía del derecho al referido plus cuando no concurría la obligación de portar armas de fuego en el desempeño de la función de vigilancia. Igual criterio aplica la STS de 11 de mayo de 2001, u.d., I.L. J 1077, en un supuesto de abono de este complemento por la empresa a trabajadores que prestaban su servicio sin arma de fuego hasta que pasan a depender de otra empresa:

“(…) los actores no tienen derecho al plus reclamado por simple aplicación del art. 71 del Convenio y que sólo si se hubiera convenido entre la primitiva empresa y los trabajadores su percepción, comunicándose a la nueva empresa este pacto con la aportación de la correspondiente documentación por parte de la empresa o en su defecto por los propios trabajadores tendrían derecho al plus reclamado (...)”

d) Plus de disponibilidad

El Tribunal Supremo reconoció en 1996 el complemento de disponibilidad a determinados puestos de trabajo, con independencia de que hubiera o no modificación del horario o de la jornada, impidiendo con ello su abono sólo en los supuestos de efectiva modificación de jornada. Este criterio se emplea para reconocer dicho plus de forma retroactiva a un grupo de reporteros gráficos, a quienes, a pesar de estar sujetos a disponibilidad permanente, la empresa les ha venido abonando este complemento salarial sólo en los casos de efectiva modificación de jornada, prolongación de la misma o trabajos en domingos y festivos (STSJ de Extremadura de 7 de junio de 2001, I.L. J 1605).

e) Vale de carbón y ayuda por vivienda

El Convenio Colectivo provincial de Minas de Carbón de León (1998-2000) recoge en el artículo 17 la obligación de las empresas afectadas por el mismo de facilitar carbón a todo el personal en activo en el que concurra la condición de ser cabeza de familia. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de abril de 2001**, I.L. J 899, aplicando este precepto, desestima la petición del incapacitado permanente total de recibir en un pago único el suministro de carbón que hasta la incapacidad percibía. La decisión judicial se justifica en el no cumplimiento de los requisitos fijados más arriba y en la inexistencia de norma sectorial específica aplicable al caso concreto.

La cuestión se dirige a determinar la continuación en la percepción de la ayuda por vivienda, tras la baja definitiva en la empresa con motivo de incapacidad permanente total. Al efecto, la **STSJ de Cantabria de 25 de abril de 2001**, I.L. J 940, se pronuncia en sentido negativo. Siendo el contrato de trabajo el título que habilitaba el cobro de esta ayuda, la extinción de la relación laboral conlleva la cesación de la prestación.

f) Complemento personal transitorio de la Junta de Andalucía

El complemento personal transitorio tiene por objeto establecer una homogeneización retributiva en las diferentes categorías y evitar injustas pérdidas salariales entre trabajadores que se incorporan a la Junta provenientes de otros organismos y se someten al Convenio del Personal Laboral de la misma, experimentando una disminución de sus retribuciones. Será absorbido y compensado, en cómputo anual, por cualquier mejora retributiva de la misma naturaleza que se fije con posterioridad. Considerando lo dicho, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de mayo de 2001**, I.L. J 1062, estima correcta la decisión de interrumpir el pago de este complemento al trabajador que fue beneficiario del mismo mientras prestaba servicios con carácter temporal en la Gerencia Provincial del SAS (bajo la dependencia de la Junta de Andalucía), perdiendo tal condición cuando obtiene plaza como fijo laboral en el puesto de ordenanza en el Conservatorio de Música de Andújar de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía. El actor cesa en el contrato temporal que le vinculaba con la Junta de Andalucía y concierta con la misma un nuevo y distinto contrato con unas obligaciones y derechos retributivos que difieren de los anteriores.

g) Remuneración de cursos o prácticas reglamentariamente exigidos

Se debate la cuestión relativa a si las empresas de seguridad deben abonar a sus vigilantes de seguridad como horas trabajadas el tiempo invertido en la realización de los cursos o prácticas reglamentariamente exigidos.

En efecto, el artículo 57 del Reglamento de Seguridad Privada (RD 2364/1994, de 9 de diciembre) impone una formación obligatoria a los vigilantes de seguridad:

“1. Al objeto de mantener al día el nivel de aptitud y conocimientos necesarios para el ejercicio de las funciones atribuidas al personal de seguridad privada, las empresas de seguri-

dad, a través de los centros de formación autorizados, habrán de garantizar la asistencia de su personal de seguridad privada a cursos, adaptados a las distintas modalidades de personal, de actualización en las materias que hayan experimentado modificación o evolución sustancial, o en aquellas en que resulte conveniente una mayor especialización.

2. Para los vigilantes de seguridad, estos cursos tendrán como mínimo una duración de quince días hábiles o setenta y cinco horas lectivas; y dicho personal habrá de recibir un curso de actualización cada tres años al menos.”

El artículo 12 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad (BOE de 11 de junio de 1998) establece que cuando se efectúe la actividad formativa obligatoria fuera de la jornada laboral, las horas empleadas en ella serán abonadas al trabajador en la cuantía establecida en el punto 7 del artículo 13 del Acuerdo de Formación Continua. Por su parte, el artículo 1 del II Acuerdo Nacional de Formación Continua (R. de 14 de enero de 1997) define la formación continua, a efectos de este acuerdo, como “el conjunto de acciones formativas que se desarrollen por las empresas, los trabajadores o sus respectivas organizaciones, a través de las modalidades previstas en el mismo, dirigidas tanto a la mejora de competencias y cualificaciones como a la recualificación de los trabajadores ocupados, que permitan compatibilizar la mayor competitividad de las empresas con la formación individual del trabajador”.

La STSJ de Aragón de 5 de abril de 2001, I.L. J 920, realiza una interpretación conjunta de los preceptos anteriores y entiende conforme a derecho el abono de estos cursos de reciclaje, pues:

“el curso seguido por los actores, si no se ha llevado a cabo en el marco de II Acuerdo Nacional de Formación Continua, sí que ha cumplido una función equivalente a la llevada a cabo por los planes de formación previstos en el citado Acuerdo: proporcionar a los demandantes la formación necesaria para el desempeño de su profesión, cuya obligatoriedad viene impuesta reglamentariamente”.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

En materia retributiva el principio de igualdad se traduce en que a igual trabajo o del mismo valor corresponde idéntico salario. Sin embargo, esta tutela se extiende a las retribuciones básicas o generales y no, por ejemplo, a los complementos de puesto de trabajo, cuyo abono depende de la concurrencia de aquellas circunstancias fijadas por la norma reguladora. Cuando los presupuestos legales no concurren, no hay obligación de pago, sin que el hecho de que pueda haber sido abonado a otros colectivos deba deducirse, sin más, que genera discriminación (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de enero de 2001, I.L. J 1199). Porque el principio de igualdad ha de exigirse dentro de la legalidad, es decir, ante cuestiones idénticas que sean conforme con el ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, pretendiendo extender indebidamente protección a situaciones ilegales (SSTC 37/1982, de 16 junio, y 43/1982, de 6 julio).

C) Fondo de Garantía Salarial

- a) **Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: fecha en que se dicta el Auto de insolvencia, pero siempre que antes se haya instado la ejecución contra el empresario dentro del plazo**

El plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad del FOGASA comienza a partir de la fecha en que se dicta el Auto de insolvencia, pero siempre que antes se haya instado la ejecución contra el empresario dentro de plazo. Así lo ha señalado el TS, en Sentencia de 9 de marzo de 1999, I.L. J 440.

La STSJ de Cataluña de 4 mayo de 2001, I.L. J 1173, aplica la regla mencionada. Señala que el haber solicitado la ejecución del fallo en el plazo de tres meses es un requisito del que no se puede prescindir porque es actividad de parte en interés de ejecución de lo que se ha sentenciado, como se desprende del artículo 277 de la LPL.

En la misma línea, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de abril de 2001, I.L. J 1253, señala que cuando se reclaman diferencias salariales frente al empleador que es posteriormente declarado insolvente, puede alegar el FOGASA el transcurso del plazo de prescripción anual que establece el artículo 59.2 ET, para denegar las prestaciones reclamadas, aun cuando no haya transcurrido un año desde la fecha en que se dicta el Auto de insolvencia. Se dice en la misma Sentencia que incluso aunque se haya interpuesto demanda por despido, se puede alegar al transcurso del mencionado plazo de prescripción, teniendo en cuenta que entre los litigios por salarios y por extinción del contrato de trabajo no existe el riesgo de litispendencia, al no concurrir las tres identidades que exige el artículo 1252 del Código Civil.

- b) **Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo: fecha en que adquiere firmeza la sentencia de condena cuando la indemnización se declara en vía jurisdiccional y fecha en que el empresario decide extinguir la relación laboral por la causa prevista en el artículo 52.c) ET cuando no se impugna judicialmente el cese**

Al primer supuesto se refiere la STS de 3 de julio de 2001, u.d., 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 artículo 33.8 ET, porque en este último supuesto el hecho causante no es la insolvencia del empresario sino el reconocimiento por resolución administrativa o sentencia judicial de la obligación de pago de dicha indemnización legal. Dice el TS que cuando tal indemnización legal ha sido declarada en vía jurisdiccional el plazo de prescripción comienza desde la firmeza de la sentencia que condena al abono de la misma por aplicación de lo previsto en el artículo 1971 del Código Civil en el que expresamente se señala que “el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme”.

Por su parte, la STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001, I.L. J 1353, señala que el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad del FOGASA cuando éste es responsable directo, la relación laboral se extingue por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52 ET, y no se impugna judicialmente el cese, comienza a partir de la fecha en que el empresario decide extinguir la relación laboral por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil en el que se señala que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

c) 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 artículo 1975 del Código Civil, y no el régimen jurídico sobre la interrupción de la prescripción que establece el artículo 1973 del mismo cuerpo legal, doctrina que contiene la STS de 24 de abril de 2001, I.L. J 790.

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de abril de 2001, I.L. J 1255, reitera el mismo criterio.

d) Excepción de caducidad de la acción de despido opuesta por el FOGASA en el proceso seguido sobre responsabilidad de dicha entidad cuando no fue parte ni estuvo citado en el proceso anterior de despido

En el supuesto que resuelve la STS de 10 de julio de 2001, u.d., I.L. J 1721, se cuestiona si el FOGASA puede oponer la excepción de caducidad de la acción de despido en el posterior proceso sobre responsabilidad de dicha entidad consecuencia de la insolvencia empresarial, cuando no fue parte ni estuvo citado en el anterior proceso de despido.

El TS responde en sentido afirmativo a la mencionada cuestión distinguiendo los supuestos en que el FOGASA fue parte en el proceso anterior de aquellos en que no lo fue, de modo que si en el primer caso no podrá oponer la excepción que no alegó a su debido tiempo, en el segundo puede alegar las mismas excepciones que en su día pudo oponer el deudor principal, en tanto que con anterioridad no pudo hacerlo. Dice el TS que lo contrario supondría hacer recaer sobre el mismo las consecuencias de la pasividad del empleador.

e) Responsabilidad por insolvencia empresarial. Comunidad de bienes y responsabilidad solidaria de los miembros de la comunidad: alegación extemporánea

En STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de abril de 2001, I.L. J 953, se señala que la responsabilidad sobre los bienes de los integrantes de una comunidad de bie-

nes será solidaria con la de esta última sólo y exclusivamente cuando hayan sido citados y condenados en juicio. En caso contrario, una vez declarada la insolvencia de la empresa, comunidad de bienes, debe responder el FOGASA.

Se dice que no puede pretender el citado organismo en vía de ejecución hacer responsables a los miembros de la comunidad de bienes sin haber sido llamados a juicio y, en consecuencia, sin un previo pronunciamiento de condena.

f) Responsabilidad por insolvencia empresarial. Extinción por causa de fuerza mayor: resolución administrativa no firme

En el supuesto que resuelve la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, I.L. J 1018, se cuestiona si debe considerarse como presupuesto necesario para reclamar del FOGASA la responsabilidad que asume en los supuestos de insolvencia empresarial la previa firmeza de la resolución administrativa que pone fin al expediente de regulación de empleo tramitado a efectos extintivos.

Señala la STSJ comentada que la responsabilidad directa y la subsidiaria no guardan relación alguna, y que si bien en aquellos casos en que el FOGASA responde directamente, según lo previsto a tal efecto en el artículo 33.8 ET, es presupuesto necesario la previa resolución administrativa firme, no será preceptiva ésta cuando lo que se reclama del FOGASA es la responsabilidad subsidiaria consecuencia de la insolvencia empresarial. En este último caso, el título por el que los trabajadores pueden instar la efectividad de sus derechos no es una resolución administrativa, sino una sentencia firme, que dio lugar en su trámite de ejecución a que se decretase la insolvencia provisional de la empresa.

g) Responsabilidad: no procede. Indemnizaciones consecuencia de la extinción de la relación laboral por incapacidad del empresario

La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, tanto en materia de salarios como de indemnizaciones por insolvencia empresarial, alcanza a las que se devengan como consecuencia de las extinciones previstas en los artículos 50, 51 y 52.c) ET y no cabe hacerla extensiva a las que, en su caso, se devenguen como consecuencia de la causa de extinción prevista en el artículo 49.1.g) ET. Así se señala en STSJ de Andalucía (Granada) de 15 mayo de 2001, I.L. J 1063.

h) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: efectos de la recuperación por éste de las cantidades abonadas al trabajador en otro proceso

En el supuesto que resuelve la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de marzo de 2001, I.L. J 1232, se cuestiona si por el hecho de que el FOGASA haya recuperado cantidades por salarios de tramitación abonados al actor en otro proceso, por pagos o embargo de bienes de la empresa, se reduce proporcionalmente el tope de las cantidades reclamadas al FOGASA, situándose por debajo del límite máximo de los 120 días.

Se dice en la Sentencia comentada que no se puede responder en sentido afirmativo a la mencionada cuestión en tanto que el límite cuantitativo de que debe responder el FOGASA no puede variar por el hecho de que haya recuperado parte por pagos de la empresa, máxime teniendo en cuenta que en el artículo 33.4 ET se dice que “para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley” y que “si dichos créditos concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes”.

i) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: efectos del cobro por parte del trabajador de determinadas cantidades con anterioridad a la fecha en que la empresa es declarada insolvente

En STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de marzo de 2001, I.L. J 870, se cuestiona si los topes que se fijan en el artículo 33.1 y 2 ET constituyen límites en la responsabilidad cuantitativa del Fondo de Garantía Salarial o límites en la garantía que a través de dicho organismo se ofrece a los trabajadores sobre los salarios e indemnizaciones que les hayan sido reconocidos en conciliación judicial o por resolución administrativa o judicial. En este concreto supuesto, tras el acuerdo resolutorio de un expediente de regulación de empleo, parte de la indemnización fue abonada por la empresa y parte conseguida en fase de ejecución antes de que dicha empresa fuera declarada insolvente. El juez de instancia calcula el tope legal a que alcanza la responsabilidad del FOGASA por cada uno de los dos conceptos debidos y deduce de la cantidad total resultante lo obtenido con anterioridad por el trabajador.

Señala la Sentencia comentada que no cabe sostener la solución que defiende la sentencia que se impugna. Dice el TSJ de Andalucía (Granada) que en tanto que la responsabilidad del FOGASA surge a partir del Auto en que se declara la situación de insolvencia, el débito de que responde el citado organismo es aquel que en ese momento existe a favor del trabajador, con independencia de cuales fueran en este aspecto los términos de la conciliación judicial, fallo jurisdiccional o acuerdo administrativo en que fueron reconocidos como impagados los salarios e indemnizaciones correspondientes.

j) Responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: efectos sobre la responsabilidad empresarial

En los supuestos a que se refiere el artículo 33.8 ET, el FOGASA responde del 40 por ciento de la indemnización que les corresponde a los trabajadores, teniendo en cuenta el tope legal a que se refiere el artículo 33.2 ET a que el mencionado precepto expresamente se remite. Sin embargo, en aquellos supuestos en que el tope legal se sitúa por debajo del 40 por ciento de la cuantía indemnizatoria total, ello no libera al empresario del pago de la cuantía indemnizatoria restante, en tanto que en ningún precepto se dice que la responsabilidad del empresario se limite al 60 por ciento de la indemnización.

Así lo señala la **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2001**, I.L. J 1308, siguiendo la jurisprudencia del TS contenida en Sentencias de 27 de junio, 24 de noviembre y 12 y 16 de diciembre de 1992, y de 23 de julio de 1994. Expresamente se señala que:

“el trabajador no puede ver minorada su indemnización legal por el hecho de que el 40 por ciento que corresponda al FOGASA pague exceda del límite legal del duplo del salario mínimo interprofesional, porque una vez deducido lo que corresponde pagar a éste con los dos límites que señala la ley, el resto corresponderá pagarlo al empresario”.

2. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Cambios en la clasificación profesional objetiva y comunicación al trabajador

La **STSJ de Asturias de 27 abril de 2001** (recurso 862/2000), I.L. J 931 esgrime dos razones para negar la existencia de un incumplimiento del convenio por parte de Telefónica, S.A. En concreto, se niega la vulneración de la obligación convencional de comunicar a una trabajadora que ha estado en situación de incapacidad temporal el cambio de la categoría de telefonista por la de operadoras, producido en la empresa durante dicha situación, y de su derecho a optar entre las mismas, desestimando derecho alguno a las diferencias salariales correspondientes desde su alta médica. Estas dos razones son, en primer lugar, que la obligación de comunicación no tiene término alguno señalando como *die a quo* en el cumplimiento del plazo correspondiente, señalado para el ejercicio del derecho a optar, desde el momento en que se produzca esa comunicación sea cual fuere. Además, la notoriedad de los cambios realizados en la clasificación profesional del convenio determina que se presuma el conocimiento del trabajador tras su incorporación a la empresa.

B) Carácter irrecurrible de las sentencias

De no tener el alcance colectivo requerido por el artículo 189.1 LPL, las pretensiones sobre movilidad funcional han de ser necesariamente encauzadas por su modalidad procesal específica que prevé la irrecurribilidad de sus sentencias. Línea jurisprudencial seguida sin fisuras, entre otras muchas, por la **STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2000** (recurso 4908/2000), I.L. J 3172; por la **STSJ de Castilla y León de 21 de mayo de 2001** (recurso 832/2001), I.L. J 1168 relativa a la estimación de la asignación de una vacante de ordenanza adecuada a las condiciones físicas de un trabajador personal laboral de la limpieza de la Junta de Castilla y León al que se reconoce la situación de incapacidad permanente total.

Irrecurribilidad de la sentencia de instancia que igualmente se produce en virtud del artículo 137 LPL cuando ésta se pronuncia sobre clasificación profesional incluyendo las peticiones sobre diferencias retributivas condicionadas por aquélla. Supuesto enjuiciado en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2001** (recurso núm. 2242/2000) I.L. J 1203 en relación con un trabajador Oficial de 2ª de una empresa incluida en el

ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Nacional de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias afines, que solicita el reconocimiento de la categoría profesional de Operador de 1ª.

Sí serán por contra recurribles las sentencias que versen sobre clasificación profesional cuando la clave de la decisión judicial se encuentra en la interpretación de preceptos legales o convencionales, caso en el que no se seguirá la modalidad procesal de clasificación profesional del artículo 137 LPL. Así sucede con la **STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1564, que interpreta el artículo 61 del X Convenio Colectivo de Televisión Española, S.A., que rechaza la progresión del salario base de dos trabajadores con la categoría profesional de redactores sobre la base de no transcurrir los seis años de permanencia en el mismo nivel económico exigidos por la citada cláusula convencional.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) La titulación como límite de la movilidad funcional

Uno de los límites más importantes de la movilidad funcional en nuestro ordenamiento jurídico es la ostentación de las titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación profesional, tal y como establece el artículo 39.1 ET. La titulación es un requisito que responde a una cuestión de orden público y que, al limitar el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio en los términos en que se reconoce en el artículo 35.1 CE, admite matices y modulaciones.

Entre éstos las SSTS de 20 de enero, 21 de febrero, 25 de marzo de 1994 y 21 de junio de 2000 y las SSTS de 24 de julio de 2000, 15 de noviembre de 2000, u.d., y **STS de 4 de junio de 2001** (recurso 3677/2000) I.L. J 1387 reflejan las diferencias existentes entre la exigencia legal de titulación, en cuyo caso no cabe ni reconocimiento de nueva clasificación profesional ni retribución salarial acorde a las funciones realizadas, pudiendo incluso constituir un delito de intrusismo tipificado en el artículo 403 CP, y la exigencia convencional, supuesto en que al menos se reconoce a los trabajadores el derecho a las retribuciones propias de la categoría correspondiente a sus nuevas funciones aunque no puedan consolidar ésta.

B) Movilidad funcional ascendente: retribución correspondiente a la realización de funciones de superior categoría

La STSJ de Valencia de 11 de julio de 2000 (recurso 3299/1997), I.L. J 2179 afirma que “para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí que ha de realizar cuanto menos las funciones básicas y esenciales de la misma” (fundamento de derecho segundo). En esta línea aunque en otros términos, la STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000 (recurso 3307/1999), I.L. J 2293 manifiesta que existe derecho a percibir retri-

buciones superiores cuando las funciones ejercidas no sólo exceden claramente “de las que son atribuidas a la categoría propia, sino que es preciso que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización” (FJ 2°).

Requisitos que se cumplen perfectamente en el supuesto conocido por la STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2001 (recurso de suplicación 5877/2000), I.L. J 1321, cuando un trabajador contratado por seis meses en prácticas como botones de una empresa informática realiza en realidad funciones de instalación, reparación y configuración de equipos informáticos, propias de la categoría de analista de sistemas, ostentando además la titulación demandada por el convenio colectivo para los trabajadores de dicha categoría.

C) Movilidad funcional descendente. Cargo que no es de libre designación y consecuencias de la encomienda de funciones inferiores

La STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2001 (recurso 121/2001), I.L. J 879 establece que la categoría de “responsable de sección” del Convenio colectivo del Instituto Balear de la Natura no se corresponde con un cargo de libre designación, pues los únicos existentes en este ámbito son los del Gerente y Secretario técnico. En consecuencia, la empresa no puede unilateralmente descender al sujeto que ostenta dicha categoría profesional de la misma ni, en consecuencia, reducir su nivel retributivo, sin perjuicio de que pueda encomendar la sección de personal a otro sujeto distinto.

D) Cambio de puesto de trabajo por razones de salud

La importancia de las previsiones convencionales en relación con esta cuestión se observa, entre otros pronunciamientos, en las SSTSJ de Baleares de 22 de mayo de 2001 (recurso 213/2001), I.L. J 1273 y de Castilla y León de 12 de junio de 2001 (recurso 837/2001), I.L. J 1590, que proclaman el derecho de los trabajadores a cambiar sus funciones por motivos de salud cuando así estuviere previsto en el convenio colectivo de aplicación cumpliéndose unos mínimos requisitos.

En el primer caso la existencia de una vacante, el informe favorable de la responsable en la vigilancia de la salud en la Administración autonómica que actúa como empleadora y la aptitud de la trabajadora en cuestión para desempeñar esa plaza. En el segundo supuesto se declara también el derecho al cambio de funciones de una camarera limpiadora que presta sus servicios en una Residencia de la Tercera Edad dependiente de la Junta de Castilla y León por cumplir los requisitos previstos a tal fin en el convenio manifestando además una incapacidad primero temporal y después declarada como permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

Importancia que también se refleja a la hora de determinar cuál es el puesto de trabajo a ocupar por un trabajador que cambia sus funciones por motivos de salud. Así, la STSJ de

Castilla y León (Valladolid) de 25 de junio de 2001 (recurso 1056/2001), I.L. J 1595 aplica por analogía el criterio establecido en el Convenio colectivo en relación con los concursos de traslados y que determina que de existir más de una plaza vacante en el destino solicitado y estar éstas ocupadas por trabajadores interinos será adjudicada la plaza ocupada por el trabajador más antiguo en el puesto. Interpretación analógica que se considera más justificada que la atribución de la competencia de determinar el cese a la discrecionalidad, eso sí ni arbitraria ni caprichosa como dice la sentencia, de la Administración empresaria.

4. PACTO DE NO COMPETENCIA POSCONTRACTUAL

Para obstaculizar la eventual competencia desleal del trabajador contra el empresario, en determinados sectores de actividad, se contratan los pactos de competencia poscontractual. Constituye criterio jurisprudencial que la concurrencia prohibida es aquella que se produce dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal, en términos de competencia con ésta, por ir dirigida a potencial clientela, con ofrecimiento de bienes o servicios similares. La **STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2001**, I.L. J 973, considerando lo dicho, falla que:

“Inacreditado –en el supuesto que se trata– que la oferta comercial de las empresas en conflicto tenga distinto carácter por razón de la naturaleza de las materias y objetos a transportar, o que exista una sustancial divergencia en el medio utilizado (por ej., Convoyes especiales), la sola –y adjetiva circunstancia– de que la segunda cuente (...) con una flota de vehículos Megas o de máximo volumen de carga, no desmiente la concurrencia de actividades entre una y otra cuando, como es el caso, se produce identidad en su potencial clientela, derivada del ofrecimiento de un similar servicio cual es el transporte de mercancías por carretera.”

La firma del trabajador de un recibo de finiquito al extinguirse la relación laboral no entorpece la eficacia del pacto de no competencia poscontractual (**STSJ de Madrid de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1617). La decisión se sustenta en las siguientes consideraciones:

- a) El finiquito por su propia naturaleza sólo puede afectar a los problemas que pudieran surgir de las reclamaciones derivadas de hechos acaecidos antes de su firma, pero no a acontecimientos futuros e imprevisibles.
- b) El pacto de no competencia, por definición, comienza su vida jurídica al extinguirse la relación laboral, y es desde ese momento cuando obliga al trabajador a no colaborar ni trabajar para empresas competidoras.
- c) El plazo de duración del mismo tiene como *dies a quo* la fecha de expiración de las mutuas prestaciones inherentes a todo contrato laboral.

d) Lo que se premia es la conducta posterior de fidelidad y respeto hacia la anterior empleadora.

e) El primer empresario no puede ejercitar su acción indemnizatoria o de recuperación del premio pactado hasta que haya transcurrido el plazo en que el trabajador quedó obligado, por lo que no puede preverse ni calcularse al momento de firmar el finiquito.

5. JORNADA DE TRABAJO

A) Descansos. Condición más beneficiosa

¿Puede considerarse como una condición más beneficiosa, el haber venido disfrutando durante 17 años, del descanso de una serie de puentes al año que se compensan con la prolongación de jornada en determinadas fechas, aunque cada año deban concretarse y negociarse con la empresa el número de los puentes a disfrutar y los días en que deba prolongarse la jornada?

Es ésta la cuestión que dilucida la STSJ de Cataluña de fecha de 14 de mayo de 2001, I.L. J 1175, decantándose por la respuesta afirmativa, al entender, que se dan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos (repetición de la condición en el tiempo, que sea indicativa de la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto por la ley o por el Convenio Colectivo) para que pueda considerarse como condición más beneficiosa.

A ello no obsta, según esta Sentencia, que la fijación concreta del número de puentes a descansar deba hacerse cada año, ya que:

“(…) esa necesaria fijación no puede servir para negar que los trabajadores han venido disfrutando de ese derecho a que determinados días laborables de cada año libren como festivo a cambio de la compensación con superior jornada en los restantes”.

Un criterio más restrictivo, respecto a la concurrencia de la condición más beneficiosa en un supuesto muy similar al que tratamos, puede encontrarse en la STSJ de Navarra de 12 de enero de 1994 (recurso 441/1993).

En esta Sentencia, se discutía, igual que en la que comentamos, el derecho de los demandantes a disfrutar del descanso de una serie de puentes al año. Se declaraba aprobado que, durante 20 años, los demandantes venían descansando diversos puentes al año, aunque no siempre eran los mismos.

Con estos datos, concluye el tribunal que no nos encontramos ante una condición más beneficiosa ya que:

“(…) la circunstancia de que durante los años 1974 a 1992, la empresa fijara determinados puentes en el calendario laboral no supone que este beneficio deba mantenerse en el tiempo, por cuanto no se deduce una voluntad empresarial de concederlo, máxime cuando resulta escasamente razonable el reconocimiento de un derecho ilimitado hasta el punto de posibilitar su ejercicio tan indefinidamente que, en realidad, quedaría al arbitrio de una parte.”

No comparte este criterio, la STSJ de Valencia de 6 de junio de 2000, (recurso 1618/2000). Para esta Tribunal, el disfrute pacífico de un descanso, durante más de 20 años, exterioriza inequívocamente, el deseo de la empresa de concederlo como una mejora que se añade al contrato de trabajo. Y ello por cuanto:

“(…) Acreditado que los trabajadores afectados por el conflicto, (...) desde hace más de 20 años venían disfrutando de 20 minutos de descanso retribuido, hasta que en 31 de diciembre de 1999 la empresa les comunicó que a partir del día 3 de enero de 2000 debían recuperar dichos 20 minutos prolongando su horario laboral, se patentiza que con el pago del salario correspondiente a la jornada trabajada, que incluía ese descanso, la empresa manifestó su voluntad a través de hechos concluyentes de mejorar las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de aplicación (...)”

B) Horas extraordinarias. Prueba

La doctrina jurisprudencial clásica venía exigiendo una prueba rigurosa, estricta y detallada, de la realización de cada una de las horas extraordinarias reclamadas. Prueba, que en aplicación del antiguo artículo 1214 del Código Civil, hoy artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigía al demandante o reconviniente. Criterio este que se recogía de forma reiterada en múltiples Sentencias del TS, entre las que cabe citar, a modo de ejemplo, la STS, de 21 de enero de 1991 (FJ 2º): “Constante jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que, en materia de horas extraordinarias, quien pretende haberlas realizado debe fijar con toda precisión sus circunstancias y número y probar, a su vez su realización ‘día a día y hora a hora’ (...)”

En el mismo sentido, se pronunciaba la STS de 11 de junio de 1993, (recurso 660/1992), en donde en su FJ 4º, expresaba: “(...) corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado (...)”

Esta doctrina se sigue aún hoy, por algunos TTSSJ, como es el caso de la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2001**, I.L. J 1203, la cual entiende no acreditar por el actor la realización de horas extraordinarias, pese a ofrecer documental que acreditaba la prolongación de jornada a 12 horas, y no haber aportado la empresa los

partes diarios de trabajo del período reclamado, pese a haberse solicitado por el actor esta prueba en su demanda y haber sido admitida y declarada pertinente, en su día, por el Juzgado.

Frente a esta doctrina jurisprudencial clásica, va abriéndose cada vez con más contundencia, una doctrina jurisprudencial de diversos TTSSJ que dulcifican este criterio rigorista, en beneficio del propio derecho a la tutela judicial efectiva y con el ánimo de evitar la indefensión, que en ocasiones, tal doctrina provoca.

Ejemplo de esta nueva postura, lo es la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de abril de 2001**, I.L. J 1450. Se aplica en esta Sentencia la inversión de la carga de la prueba contenida en el actual artículo 217 de la nueva LEC, cuando el empresario incumple con su obligación de llevar registro de las horas día a día (art. 35.5 del ET) y de otorgar al trabajador una copia del resumen anual de horas extraordinarias.

En una crítica y clara alusión a la doctrina rigorista anteriormente mantenida por el TS se afirma en esta Sentencia que:

“ha de distribuirse la carga de la prueba atendiendo no a pautas teóricas y apriorísticas, sino a criterios realistas que, a la hora de ponderar la capacidad de aportación de la prueba, impidan al empresario adoptar una mera posición pasiva e inservible frente a la situación jurídico-material y estimulen la probanza de aquella de las partes a quien resulte más fácil o a quien se limite a negar datos perfectamente normales y habituales en el orden natural de las cosas”.

Por ello, afirma esta Sentencia que la prueba rigorista y circunstanciada de las horas extraordinarias:

“cede ante el habitual desarrollo de una jornada uniforme, pues en este caso basta acreditar dicha circunstancia para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria”.

El mismo espíritu, respecto a la inversión de la carga de la prueba, en materia de horas extraordinarias, cuando se incumple el mandato contenido en el artículo 35.5 del ET respecto a la obligación de llevar un registro diario de la jornada cuando ésta no es regular, se observa en la **STSJ de Baleares de 21 de mayo de 2001**, I.L. J 1272, en la que se afirma, refiriéndose a la empresa, que ésta:

“(…) pudo exigir que en el parte que éstos entregaban (los trabajadores demandantes) se concretara como está impreso, la hora de salida y llegada, así como las incidencias de los servicios diarios, cumplimentando así lo dispuesto en el artículo 35.5 del ET, y en otro caso pudo aportar otros medios de prueba sobre la jornada que realizaba el actor y no limitarse a manifestar que la ignoraba, ya que la organización de los servicios le permite o facilita controlar los mismos, mientras que el trabajador está más limitado en la aportación de pruebas y es conocida la doctrina jurisprudencial sobre un cierto grado de inversión de la carga probatoria en razón a la dificultad o facilidad de su práctica por una u otra parte (...)”

C) Instituto Social de la Marina. Jornada

La jornada semanal de médicos y asesores técnicos laborales del Instituto Social de la Marina se compone de 40 horas semanales y no de 37,5 horas. Así lo declaran múltiples Sentencias del TS (23 de mayo de 2001, I.L. J 1109; 19 de junio de 2001, I.L. J 1470; 29 de mayo de 2001, I.L. J 1127; 31 de mayo de 2001, I.L. J 1133; 3 de julio de 2001, I.L. J 1687 y 9 de julio de 2001, I.L. J 1712).

Es de señalar que esta materia ya había sido objeto de crónica anterior, en el número 7 del año 2001, en relación a la STSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2000, I.L. J 3104.

En definitiva, mantenía esta Sentencia, y las que se citan en el primer párrafo de esta crónica, que el horario semanal de los médicos y asesores técnicos del Instituto Social de la Marina es de 40 horas semanales y no de 37 horas 30 minutos por dos razones fundamentalmente:

1ª No resulta de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Seguridad Social. Ello por cuanto, este Convenio, excluye de su ámbito [art. 2.2.d)] a todo aquel personal que percibiera retribuciones anuales superiores a las máximas previstas para la categoría primera del Convenio.

En definitiva, y 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 lo contenido en su contrato de trabajo y por lo que, al respecto, se regula en el Estatuto de los Trabajadores.

2ª Razona, igualmente, el TS, la inaplicabilidad a los actores, de la Resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de 27 de abril de 1995 (BOE de 10 de mayo de 1995), sobre “jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado”.

No resulta de aplicación citada Resolución porque:

“(…) se limitó 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 por la jornada de 40 horas. Es más, la propia instrucción en la redacción original de su apartado 2º establecía que el personal que presta sus servicios en régimen de dedicación exclusiva —es decir, el régimen propio del actor, de acuerdo con la estipulación 7ª de su contrato—, realizará una jornada de 40 horas semanales, sin perjuicio del aumento de horario que sea necesario, en razón a la naturaleza especial de este régimen de dedicación”.

En definitiva, y pese a existir pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia en contra, puede afirmarse casada y unificada la doctrina sobre esta materia, en el sentido más arriba apuntado.

D) Reducción de jornada. Lactancia

Dos son las cuestiones que, en relación a la reducción de jornada por lactancia, merecen destacarse en esta crónica.

1ª cuestión: ¿Una trabajadora que tiene la jornada reducida a la mitad por guarda legal, tiene derecho a la reducción de su jornada en media hora por lactancia de forma íntegra, o este período de tiempo ha de reconocerse en atención a la jornada efectivamente realizada?

2ª cuestión: El derecho a reducción de la jornada por lactancia, en el caso de disfrutarse por el padre, ¿le corresponde aunque la madre sea trabajadora por cuenta propia?

De la primera cuestión se ocupa la **STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1042, en la que se enjuicia la decisión de un empresario de reconocer sólo 15 minutos de reducción de jornada por lactancia, a una trabajadora que previamente había obtenido la reducción de jornada en 4 horas por razón de guarda legal.

El TSJ del País Vasco, utiliza dos criterios (finalístico e histórico) para fundamentar la ilegalidad de la decisión empresarial antes apuntada.

Criterio finalístico, atendiendo a la propia esencia de la lactancia que exige un mínimo de 30 minutos para poderse llevar a cabo. Finalístico, igualmente, previendo las situaciones de aquellas mujeres que teniendo reducida la jornada ampliamente, verían ilusorio e inexistente en la práctica, la existencia de este derecho, de admitirse su reconocimiento en proporción a la jornada efectivamente realizada.

Criterio histórico, basado en la distinta redacción del precepto que comentamos, antes y después de la redacción que le otorga la Ley 30/1999. Así, mientras que el precepto originario hablaba de “reducción de la jornada *normal* en media hora”, el precepto tras la Ley 30/1999 habla de “reducción de su *jornada* en media hora”, diferencia sustancial, a juicio del tribunal, que no permite distinguir a la hora de reconocer este derecho entre jornadas ordinarias y jornadas reducidas.

De la segunda cuestión se ocupa la **STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1043. En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de mayo de 2000 (recurso 299/2000).

La Sentencia del TSJ del País Vasco deniega el derecho a la reducción de la jornada ordinaria en media hora por lactancia a un trabajador de telefónica, cuya esposa es trabajadora por cuenta propia.

Se argumenta, en definitiva, que el derecho a la reducción de jornada por guarda legal y por lactancia son derechos cuya titularidad corresponde a la madre; y que, como tal, ésta debe ostentar la condición de trabajadora por cuenta ajena, para poder ceder su disfrute al padre, dada su regulación en el Estatuto de los Trabajadores.

Es posible encontrar, pronunciamientos en sentido contrario, como es la Sentencia del TSJ de Cantabria de 13 de octubre de 1999 (recurso 503/1998), en el que en un supuesto de reducción de jornada por lactancia, en el que el padre ostentaba la condición de trabajador por cuenta ajena y la madre trabajadora por cuenta propia afirmaba: “La referencia a que ‘ambos trabajen’ ha de entenderse en sentido material, es decir, de encontrarse desarrollando efectivamente la actividad ya que como es lógico si no trabaja o disfruta de ese tiempo necesario para el cuidado y alimentación del hijo, carecería de sentido el reconocimiento del derecho al hombre. En el supuesto que nos ocupa, la norma convencional exige la demostración de que la madre no utiliza ese derecho. Aun siendo cierto, que *por el simple hecho de ser la madre trabajadora por cuenta propia, no se puede excluir tal posibilidad*, lo que sí se precisa es la demostración de que la madre, dada la actividad comercial o de otro tipo, que por cuenta propia desarrolla, se vea imposibilitada de atender al cuidado y alimentación del hijo”.

En este último sentido, pero referido al permiso parental por maternidad, se pronunciaba la Sentencia del TSJ de Navarra de 29 de febrero de 2000, (recurso 55/2000), la cual, sostenía que:

“(…) si la finalidad de este descanso es precisamente, el cuidado del niño, el art. 48.4 de la Ley Estatutaria no especifica el régimen de trabajo de ambos progenitores, sino únicamente se refiere al hecho de que trabajen: ‘No obstante lo anterior, en el caso de que el padre y la madre trabajen’; y cumpliéndose este requisito en el presente enjuiciamiento, aun cuando la madre no se encuentre sometida al sistema de Seguridad Social, al tratarse del derecho protector de un tercero, debe accederse a la pretensión deducida en demanda (...)”

No obstante lo expuesto, esta última Sentencia fue anulada por el TS, en Sentencia de unificación de doctrina, de fecha 28 de diciembre de 2000 (recurso 1479/2000).

Citada Sentencia del TS, que ya fue objeto de crónica específica, contenida en el número 7 de *Justicia Laboral*, agosto de 2001, señalaba:

“(…) Puesto que la situación que se contempla cuenta con normativa específica, y estando la titular del derecho al margen de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, sin que se haya previsto la posibilidad en dicho régimen especial el disfrute compartido de la licencia por el marido de la titular, no es posible acceder a lo pedido en la demanda (...)”

El argumento contenido en esta última Sentencia del TS es el empleado por la que comentamos, del TSJ del País Vasco, de 24 de abril de 2001, para desestimar la reducción de la jornada por lactancia del esposo de la trabajadora por cuenta propia.

No parece demasiado afortunada la aplicación, a nuestro juicio, analógica realizada en la Sentencia citada. En primer lugar, porque no cabe la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial (Sentencia de 28 de febrero de 1989), siendo la analogía un criterio de integración normativa previsto en el artículo 4.1 del Código Civil para extender una

norma jurídica en los supuestos de lagunas normativas; y en segundo lugar, porque el tema estudiado en la Sentencia del TS, se refiere a un supuesto muy concreto, que no es sustancialmente igual, ni en el ámbito material (la Sentencia del TS, estudia el derecho a la suspensión de contrato por permiso maternal del esposo, mientras que, la presente, contempla un supuesto de reducción de jornada por lactancia), ni en el ámbito subjetivo (Regulación específica del Registrador de la Propiedad, frente al RETA).

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Traslado forzoso en Renfe. Inexistencia y por tal no derecho a la indemnización prevista en el Convenio colectivo

Los actores, ayudantes de maquinistas, provenientes de licenciados del servicio militar como soldados voluntarios en prácticas de ferrocarriles, interesaron en su día reconocimiento de la categoría señalada, antigüedad e indemnización por alquiler de vivienda a lo que Renfe reconoció, en concreto, categoría, antigüedad 1 de julio de 1998, residencia Tarragona e indemnización. Los actores fueron asignados el 1 de enero 1999 por Renfe una determinada dependencia con residencia en Barcelona. La controversia gira a si ello supone un traslado o movilidad forzosa y por tal el derecho a la indemnización prevista en el Convenio Colectivo. La STSJ de Cataluña de fecha 16 de mayo de 2001, I.L. J 1177, señala que para que se dé el traslado como forzoso, a tenor del artículo 3 del Pacto colectivo “es necesaria una decisión unilateral de la empresa que venga motivada por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, nada de lo cual tiene lugar en el caso enjuiciado”. Se trata de la previsión contenida en los Acuerdos suscritos por las partes y conforme a ellos el deber de participar en la primera acción de movilidad, lo que no supone actuación unilateral empresarial (criterio corroborado, en supuesto similar, por el TS en Sentencia de 24 de octubre de 1988).

B) Movilidad geográfica. Resolución del contrato a instancia del trabajador con amparo en el artículo 40 ET. Interpretación del artículo 82 del Convenio General de la Construcción

En el presente conflicto el trabajador, ingeniero, fue trasladado primero a una obra del Metro de Bilbao estando desde el 28 de octubre de 1998 hasta el 25 de marzo de 1999, esto es 149 días, y posteriormente es trasladado a la obra de Zaragoza, proyecto alta velocidad, estando en aquel momento en tal destino y cumpliendo en él 216 días, con lo que interesa la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 40, apartado 4 ET en relación con el artículo 82 del Convenio General de la Construcción.

La STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2001, I.L. J 1322, revoca la decisión del Juzgador a quo, al entender que la interpretación de cómo han de computarse los desplazamientos que excedan de doce meses en un período de tres años no debe ser independientes por razón de cada obra sino acumulativamente, y es que como señala la citada sentencia: “la excepción citada se refiere de forma clara al trabajador que no haya sido contratado específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo itinerantes, o sea, que haya sido contratado específicamente para tal circunstancia”.

Por tanto se concluye en la opción del trabajador a la resolución del contrato con amparo en los artículos 40 ET y 82 del Convenio General de la Construcción y con derecho a la indemnización prevista en el artículo 40.1 ET.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Resolución del contrato por modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo

En el presente conflicto la actora previamente había obtenido una sentencia desestimatoria de la pretensión que se declarase injustificada la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo (incorporación a turnos rotatorios de mañana y tarde), no obstante lo cual, ejercita la acción de rescisión con indemnización al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.3 ET, lo que conoce a través del recurso de suplicación la **Sentencia del TSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, I.L. J 1017**.

La trabajadora de categoría profesional de especialista se había inscrito en el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, en el primer curso de diplomatura de empresariales, en el turno de tarde, lo que era incompatible con el desarrollo profesional. La Sala destaca que la imposibilidad de la formación de la trabajadora, tanto guarde o no relación con su actividad profesional ni conlleve expectativa promocional, por la incompatibilidad con la prestación de servicios, supone un perjuicio, y así entiende que no exige “el artículo 41 del Estatuto que el perjuicio haya de relacionarse con la actividad propia del puesto de trabajo desempeñado, sino que el mismo ha de entenderse en sentido amplio y referido a cualquier aspecto de la vida del trabajador”.

Por tanto, el trabajador ostenta el derecho a percibir la indemnización a cargo de la empresa a razón de 20 días de salario por año de servicio, ello con independencia a que la modificación sustancial haya sido declarada judicialmente justificada.

B) Reducción del complemento de antigüedad y aumento salario base supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo

La pretensión de los actores versa sobre el derecho al cobro del concepto de antigüedad, lo que el Juez *a quo* rechazó apreciando la caducidad, pues parte de que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, con lo que ha transcurrido con exceso el plazo para su ejercicio. La **STSJ de Murcia de 2 de abril de 2001, I.L. J 1026**, señala que la cuestión a decidir es si en las materias enunciadas en el artículo 41.1 ET, caben que medien modificaciones no sustanciales, y la respuesta es que al tratarse del sistema de remuneración la modificación será sustancial. En el supuesto examinado se trató de un ajuste salario base-antigüedad que responde a reglas o principios que innovan el sistema aplicado hasta ese momento. Por ello al afectar a una parcela relevante de la relación laboral, la remuneratoria, considera que es una modificación sustancial de condi-

ciones del contrato de trabajo y al no haberse impugnado en tiempo, la acción está caducada y con ello el derecho al cobro de las diferencias por el concepto antigüedad.

C) Nulidad por incumplimiento de los requisitos formales en la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Cambio día de libranza como consecuencia amarre y huelga de transporte

El conflicto colectivo suscitado fue el cambio operado, por decisión empresarial para 30 trabajadores con categoría de pescadores, del día de libranza establecido para el lunes y pasando al ser el miércoles 4 de octubre de 2000, lo que les fue comunicado el 28 de septiembre de 2000 y con efectos del 2 de octubre de 2000 y ello como consecuencia del amarre de la flota pesquera y huelga de transporte convocada para estos días.

El Juez *a quo* desestimó la demanda al entender justificada la medida. La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en Sentencia de 30 de abril de 2001, I.L. J 1047, después de señalar que dicho cambio sólo afectó exclusivamente a una semana y a un día concreto, y por tanto imposible de cumplir el suplico pues no cabe la reposición de los trabajadores en las condiciones anteriores a la modificación operada, pues en la actualidad la situación se haya regularizada, destaca la exigencia previa a la realidad de la causa, del cumplimiento de las formalidades, siendo de preferente y exigida aplicación (STS de 13 de noviembre de 1996 y STSJ del País Vasco de 29 de febrero de 1996). En el presente supuesto no siguió la empresa la previsión del artículo 41, párrafo 4º, y al no cumplirse supone la nulidad de la medida.

D) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo colectivas. Carácter de sustancial la alteración de la jornada de 40 horas a 35 horas

La STSJ de Navarra de 22 de mayo de 2001, I.L. J 1344, analiza un supuesto de reducción de jornada —40 horas a 35 horas— que conlleva un cambio de horario, si éste es sustancial.

Así destaca que:

“la ‘sustancialidad’ es un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial caso por caso a la vista de las concretas circunstancias. Ya el extinto Tribunal Central de Trabajo sentó la doctrina de que no toda alteración afectante a alguno de los temas listados en el artículo 41.1 —lista abierta y *ad exemplum*— tiene carácter esencial ya que puede ser insignificante y por otra parte, aunque el precepto no da ninguna regla para precisar cuándo una modificación es sustancial, hay que acudir a una interpretación adicional de dicha expresión y entender por tal aquella que no es baladí y que implique para los trabajadores una mayor onerosidad de sus prestaciones con un perjuicio comprobable (Sentencia TCT de 17 de marzo de 1986); señalando, a su vez, el Tribunal Supremo que por modificación sustancial hay que entender aquélla de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellos los previstos *ad exemplum* en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pasando a ser otros distintos de modo notorio, con lo que en definitiva son los criterios de equidad los utiliza-

dos a la hora a la hora de calificar la sustancialidad de la medida (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre 1987, 6 de febrero y 3 de abril de 1995, etc.). Ello supone que si es sustancial cae en la esfera de lo dispuesto en el art. 41 ET mientras que si no resulta pertenece a la esfera del poder de dirección de empresario, el cual en uso de la facultad del *ius variandi*, puede concretar o especificar el contenido necesariamente genérico de la prestación laboral en el marco de un contrato como el de trabajo que es de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo”.

En el presente supuesto se trata de la implantación de un nuevo calendario laboral con alteración del horario de trabajo, pues se retrasa media hora el comienzo de la jornada de mañana y tarde, reduciendo la jornada de 40 a 35 horas semanales, lo que “comporta una mutación relevante y de suficiente entidad como para caracterizar una modificación sustancial de las condiciones”, ya que tiene trascendencia sobre la determinación de los días laborables y festivos, con lo que se imponía seguir los trámites del artículo 41 ET.

E) Procedimiento de Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones del contrato que afecta a cuatro trabajadores

La STS de 18 de junio de 2001 (recurso u.d. 2462/2000) I.L. J 1457, analiza si nos encontramos ante modificación sustancial colectiva y así destaca que ésta resulta:

“cuando las condiciones del régimen de trabajo de los trabajadores afectados formaba parte de un acuerdo más amplio entre empresa y representantes de trabajadores. Y estando referidas las condiciones alteradas al sistema de turnos, no ha lugar a la aplicación de la excepción que establece en el propio precepto antes referido (artículo 41.2 ET) en cuanto a las modificaciones funcionales y de horario que afectan al número de trabajadores que en dicho lugar se expresa”.

Por tanto la modificación es colectiva, lo que podrá ser impugnado por tal trámite al margen de que no se cumplan los requisitos procesales del artículo 151 LPL en cuanto afectación de intereses generales de un grupo indeterminado de trabajadores. Como señala la citada sentencia, “no se trata de un conflicto colectivo propiamente dicho, incardinable en las previsiones del Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977, sino de una pretensión, cuyo ejercicio está referido por la Ley a los cauces de tal modalidad procesal”.

8. EXCEDENCIAS

A) Excedencia especial: la relación laboral se rige por la normativa vigente al momento de la reincorporación, no al de la solicitud

La STSJ de Navarra de 17 de abril de 2001 (recurso 123/2001), I.L. J 1031 analiza el supuesto de un trabajador que acordó con la empresa las condiciones de una excedencia especial para desempeñar un cargo público y, siguiendo criterio ya sustentado por el

V. Dinámica de la Relación Laboral

Tribunal Supremo sobre el régimen de la retroactividad aplicable a las situaciones de excedencia voluntaria y excedencia forzosa de los trabajadores, declara que la relación laboral ha de regirse por el régimen vigente en el momento de la reincorporación del trabajador, y no por el vigente en el momento de la excedencia, dado que la norma reconoce al excedente es una expectativa de derecho para el caso de que se llegara a solicitar la readmisión, y las expectativas de derecho no están protegidas por el principio de irretroactividad, al margen de que una solución de tal naturaleza supondría tanto como hacer imposible la sucesión de normas en el tiempo.

B) La excedencia por período no superior a tres años para atención a hijo, tiene la consideración de asimilada al alta a efectos de desempleo

La STSJ del País Vasco de 2 de abril de 2001 (recurso 285/2001), I.L. J 1035 establece que la “excedencia por período no superior a tres años para la atención de hijo tendrá a todos los efectos la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo”, situación que se prolonga una vez extinguida la excedencia al período posterior en situación de expectativa de reingreso.

C) Excedencia: reingreso. Falta de vacante

La STSJ de Extremadura de 9 de abril de 2001 (recurso 181/2001), I.L. J 981 tras recordar que el trabajador en excedencia voluntaria tiene una expectativa jurídica de reingreso en la empresa cuando exista o se produzca una vacante de su misma categoría u otra similar, señala que no existe vacante aunque existan plazas cubiertas mediante contratos a tiempo parcial, porque no pueden confundirse dos conceptos diferentes como son el de plaza vacante y el de jornada laboral.

D) Excedencia especial por invalidez: Servicio Andaluz de Salud

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de abril de 2001 (recurso 3536/2000), I.L. J 1250 tras señalar que transcurrido el plazo máximo de duración de la excedencia por invalidez, se declarará automáticamente la jubilación por invalidez, afirma que dicha conversión no supone la extinción de la relación estatutaria por cuanto, la jubilación por invalidez, únicamente significa la pérdida de derechos, a que se considere el proceso incapacitante como período en activo, conservando el derecho al reingreso, no en la misma plaza que ocupó, ni en la misma localidad, sino en la plaza que corresponda tras la participación en el oportuno concurso.

E) Telefónica: Excedencia ilimitada por razón de matrimonio

La STSJ de Galicia de 31 de abril de 2001 (recurso 4638/1997), I.L. J 1311 tras recordar que la excedencia de la mujer por razón de matrimonio devino inconstitucional, implicando que desde la publicación de la Constitución pudo y debió ejercer su derecho a incorporarse, acoge el criterio ya sustentado por el la STS de 26 de febrero de 1999,

u.d., en la que se declara que la Disposición Transitoria Primera del Anexo III del Convenio Colectivo publicado por Resolución de 20 de julio de 1994, estableció que a los empleados que se encontraban en situación de excedencia ilimitada por razón de matrimonio se les respetaría la posibilidad de reingreso, por lo que debe rechazarse la aplicación de la prescripción a situaciones en las que con anterioridad no existió denegación alguna a su petición de reingreso.

F) Servicio Andaluz de Salud: Reingreso provisional y plazas en proceso de reconversión

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2001 (recurso 4243/2000), I.L. J 1218 resuelve un supuesto de personal estatutario, titular y en activo que reingresaron desde la situación de excedencia, resultando adscritas provisionalmente con obligación de participar en el primer concurso de traslados. Las actoras ocupaban plazas ofertadas porque se iban a reconvertir, concluyendo la sentencia que no existe razón alguna para una nueva adscripción provisional, porque la oferta de reincorporación es una vía especial que, como la regla general del concurso de traslados, satisface plenamente su deber de participar para poner fin a la provisionalidad de su adscripción.

G) Servicio Andaluz de Salud: Retorno a la situación de excedencia

La STS de 22 de mayo de 2001 (recurso u.d. 3053/2000), I.L. J 1101 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”.

H) Reingreso de excedente voluntario: Plazo de ejercicio de la acción de reingreso

La STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2001 (recurso 5214/2000), I.L. J 1337 declara improcedente el despido del trabajador producido por no acceder la empresa a la solicitud de reingreso, por no haberlo pedido con un plazo de un mes. La sentencia considera que el trabajador se encuentra protegido por el principio de irrenunciabilidad de derechos, de forma tal que no fijando la norma plazo alguno para la solicitud de reingreso de la excedencia voluntaria, no está “facultado el empresario para imponer condiciones de forma unilateral cuando concede derechos nuevos a los trabajadores o amplía los que éstos tienen concedidos por norma legal”.

I) INSALUD. Personal sanitario: Normativa aplicable al reingreso

La STS de 11 de junio de 2001, u.d., I.L. J 1414 afronta nuevamente el problema de la determinación del derecho transitorio aplicable al personal al servicio de la Seguridad Social en lo concerniente al reingreso de quienes se encuentran en situación de excedencia voluntaria. La sentencia considera que el derecho aplicable, para el supuesto de

V. Dinámica de la Relación Laboral

sucesión de normas, es el vigente al momento del reingreso y, consecuentemente, es aplicable la exigencia de que los excedentes voluntarios deben reincorporarse en plaza vacante de la correspondiente categoría y especialidad “en la misma área de salud, en su correspondiente modalidad de atención primaria o especializada en que fue concedida la excedencia”.

J) Reingreso de excedencia: Exigencia de preaviso

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de junio de 2001 (recurso 305/2001), I.L. J 1531 tras afirmar que el artículo 46 del ET no exige plazo especial de preaviso para la reincorporación, bastando que se produzca antes o en el momento en que finalice el plazo de excedencia concedido, admite, en virtud de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, que por medio de Convenio Colectivo se establezca la obligación del excedente de preavisar a la empresa con anterioridad al momento de la reincorporación.

9. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A) Suspensión del contrato de trabajo pactada en Convenio Colectivo

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de abril de 2001 (recurso 396/2001), I.L. J 900 afirma que si se pacta en convenio colectivo las condiciones para acceder a la situación de excedencia, no resulta posible modificar lo pactado mediante la introducción de nuevos requisitos.

B) Suspensión del contrato por maternidad (adopción): Duración

La STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2001 (recurso 4218/2000), I.L. J 1325 aborda un problema que si bien se inserta dentro del ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, se refiere a un supuesto de suspensión del contrato de trabajo. La sentencia, partiendo de la fecha de la adopción, fecha del hecho causante de la prestación, niega la aplicación del régimen establecido en la Ley 33/1999 y considera que el plazo de duración de la prestación no puede exceder de seis semanas, conforme a la anterior regulación contenida en la Ley 13/1996.

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. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del ET. B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

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 la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 del año 2001.

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”. No obstante se le niega valor liberatorio a tal documento en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de abril de 2001**, I.L. J 1252, ya que “en él no se incorporó la voluntad unilateral del demandante de extinguir su relación, ni mutuo acuerdo sobre la extinción ni transacción en la que se aceptase el cese acordado anteriormente, hasta el punto que ni siquiera hace mención al despido, extinción o cese”. Afirmar la Sala que:

“las frases consistentes en que el demandante causa baja en la empresa y quedan totalmente rescindidas sus relaciones laborales con la misma, constituyen solamente una mera manifestación de efectos pero no una exteriorización de voluntad resolutoria”.

Niega también valor liberatorio al finiquito la **STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2001** (recurso 1354/2001), I.L. J 1319, en un supuesto en que el trabajador firma en blanco el documento y además no se han cumplido los requisitos establecidos en el convenio colectivo, consistentes en que “se extienda documento en modelo oficial y sobre todo que previamente sea expedido por la organización patronal correspondiente, que lo ha de numerar fechar y sellar, teniendo solamente una validez de quince días naturales siguientes a la fecha en que fue expedido”.

A la extinción del contrato por “causas consignadas válidamente en el contrato” [art. 49.1.b) ET] se refiere la **STSJ de Asturias de 27 de abril de 2001** (recurso 2937/2000), I.L. J 932, que niega la existencia de despido. Aborda la situación de un trabajador de limpieza al que se le contrata interinamente por el Ayuntamiento de Langreo, y al que se le notifica la extinción del contrato al ser incluida su plaza en la oferta de empleo público del Ayuntamiento. Falla la Sala en favor de la extinción del contrato temporal al llegar a su término, ya que se había establecido en el contrato una doble condición resolutoria: la provisión de la plaza que se incluirá en la oferta de empleo público o su amortización por acuerdo expreso del Ayuntamiento. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001**, I.L. J 1246, analiza un supuesto de cese del contrato de interinidad de una trabajadora motivado en el alta médica de la trabajadora sustituida, con reincorporación a otro puesto por movilidad basada en disminución de su capacidad. Considera la sala que “está justificado el cese de la sustituta por alta de la sustituida aunque ésta se incorpore a otro puesto, siendo intrascendente que a la baja en Seguridad Social se le dé efectos anteriores al del día del cese”. Igualmente, la **STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2001** (recurso 1798/2001), I.L. J 1299, declara la inexistencia de despido respecto de una trabajadora con contrato de interinidad a la que se le cesa por ocupación del puesto que ocupaba por concurso público, ya que la duración de estos contratos está limitada “hasta la provisión del puesto con carácter fijo”. También la **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2001** (recurso 1759/2001), I.L. J 1306, declara la extinción y el no despido de una trabajadora interina ATS:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“que cesa por la incorporación al complejo hospitalario (donde trabajaba), de personal en propiedad surgido del pertinente proceso selectivo previsto en el concurso oposición convocado al efecto”. (...) “y ello sin perjuicio de que los titulares sean adscritos o no a la unidad en que prestaba servicios el cesante, pues la adscripción se realiza a una plaza del cuadro de personal, no a un puesto de trabajo concreto, dependiente de las necesidades organizativas del servicio”.

La **STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2001** (recurso 1585/2001), I.L. J 1335, niega la existencia de despido de una trabajadora de “El Corte Inglés”, fallando a favor de la declaración de extinción contractual durante el período de prueba.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de junio de 2001** (recurso 191/2001), I.L. J 1530, declara el cese legal del contrato suscrito ya que “la decisión de dar por extinguida la relación laboral ha sido motivada suficientemente pues estaba sujeta a causa”.

La extinción del contrato motivada en la “expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato” [art. 49.1.c) ET] es estudiada en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2001** (recurso 3729/2000), I.L. J 1201, que falla en favor de la extinción del contrato por vencimiento de su término, confirmando la sentencia de instancia. La **STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2001** (recurso 1989/2001), I.L. J 1305, confirma la extinción de unos contratos por obra o servicio para la realización de tareas o funciones relacionadas con el proceso de regularización de extranjeros previstas en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, al haber finalizado las funciones o tareas para las que fueron contratados temporalmente, negando la existencia de despido.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 1228, declara la lícita extinción por vencimiento del término estipulado, respecto de una puericultora de guardería infantil municipal con la que se suscribe un contrato para “atender la acumulación de tareas”. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001**, I.L. J 1245, falla la inexistencia de despido en un supuesto de extinción de contrato eventual por acumulación de tareas, en la fábrica de la empresa “La Casera, S.A.” debida a “la nueva actividad que asumió la empresa como consecuencia del nuevo sistema de envasado que debió adoptar en Sevilla por el traslado a ésta de la fábrica de Córdoba”.

Diversas resoluciones analizan supuestos de “desistimiento del trabajador” como causa de la extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET]. La **STSJ de Baleares de 20 de abril de 2001** (recurso 159/2001), I.L. J 949, versa sobre un supuesto de dimisión de un piloto de líneas aéreas, que suscribió un contrato de trabajo con cláusula indemnizatoria a favor de la empresa para el caso de que el trabajador resolviese la relación laboral por voluntad propia, “dentro del plazo de dos años de trabajo efectivo contado a partir de la terminación de un curso de habilitación para pilotar el tipo de avión B-737, realizado con cargo a la empresa”. La indemnización asciende a 3.394.000 pesetas, correspondiente al importe del coste para la empresa del referido curso de habilitación para pilotar ese modelo de avión. Condena la Sala al trabajador a pagar la cantidad reclamada por indem-

nización “al haberse producido la resolución unilateral del contrato por parte del demandado, dentro del período pactado”. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de abril de 2001**, I.L. J 1251, enjuicia un caso de dimisión indemnizable por resolución de contrato, negando la existencia de despido “puesto que al no interesarle la reducción de jornada que, por razones organizativas, había adoptado el demandado, libremente decidió rescindir su contrato con derecho a la indemnización de veinte días de salario por año de servicio que establece el artículo 41.3.2º del Estatuto y, como la única acción ejercitada en este pleito ha sido la de despido, es evidente que constituye petición nueva la formulada subsidiariamente en le recurso sobre la cuantía de la indemnización por dicha rescisión derivada de la aludida modificación contractual”. También la **STSJ de Baleares de 14 de junio de 2001** (recurso 219/2001), I.L. J 1527, confirma que no existe despido en un supuesto en el que el trabajador manifiesta la firme voluntad de rescindir la relación laboral.

La **STS de 27 de junio de 2001** (recurso 2071/2000), I.L. J 1501, resuelve en unificación de doctrina confirmando la declaración de improcedencia del despido de una trabajadora a la que se le niega la “reincorporación a su puesto de trabajo” tras la declaración de extinción por el INSS de su situación de invalidez provisional, habiéndosele negado la calificación de su situación como incapacidad permanente en cualquiera de sus grados. El fallo es contrario a la existencia de dimisión de la trabajadora. Para la Sala la dimisión:

“requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono, materializado en la inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea extinguir el contrato”.

La **STSJ de Madrid de 3 de abril de 2001** (recurso 21/2001), I.L. J 1002, confirma la sentencia de instancia que desestimaba la demanda de despido, en un supuesto de un trabajador que no solicita la “reincorporación a la empresa tras un proceso de invalidez provisional”. Al trabajador después de pasar a situación de ILT, se le reconoció la situación de invalidez provisional desde 5 de agosto de 1993 a 30 de marzo de 1998, fecha en la que el INSS acordó extinguir el subsidio, tras haberse dictado resolución sobre revisión de grado de invalidez permanente total. El 3 de marzo de 2000 el trabajador solicitó la reincorporación a la empresa que fue denegada. Motiva la Sala su decisión en que:

“dictada por el INSS resolución extinguiendo el subsidio de invalidez provisional, (...) debió el demandante tras la notificación de aquélla y ante su naturaleza ejecutiva solicitar su reincorporación en la empresa pues la suspensión contractual por agotamiento del plazo legal había concluido en tal fecha, y el no hacerlo en tal momento idóneo no puede suponer la continuidad del vínculo laboral”.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de mayo de 2001** (recurso 1126/2000), I.L. J 1063, estudia la responsabilidad del FOGASA en un supuesto de extinción motivada en la “invalidéz del empresario” [art. 49.g) ET]. Desestima la responsabilidad subsidiaria del Fondo, “ya que el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, delimita la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, tanto en materia de salarios como de indemnizaciones, precisándose en cuanto a estas últimas que alcanzará a aquellas que se regulan en los artículos 50, 51 y 52.c) del mismo cuerpo legal, razón por la cual no cabe hacerla extensiva a aquella que se establece en el artículo 49.1.g)”. No obstante, la Sala reconoce que:

“es cierto que en el Convenio 173 de la OIT se hace una referencia no especificada a la cobertura de las indemnizaciones debidas a los trabajadores con ocasión de la extinción de sus contratos, pero como se argumenta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1991 la circunstancia de que el Gobierno español no haya adecuado la regulación de una determinada materia a los Convenios suscritos que a la misma atañen podrá hacer surgir, en su caso, responsabilidad en el Estado, pero no puede incidir en el Fondo de Garantía Salarial”.

La **STSJ de Extremadura de 25 de abril de 2001** (recurso 194/2001), I.L. J 985, niega la intención de dimisión de un trabajador, y por tanto esta última en un supuesto en el que el trabajador no remite a la empresa la copia del parte de baja “dentro del plazo de tres días desde su expedición” incurriendo en un retraso de “tan sólo dos días”. Entiende la Sala que de tal retraso no puede deducirse la intención del trabajador de extinguir la relación laboral, sino que muy al contrario “del carácter del trastorno que determinó la baja, se deduce fácilmente que el actor no estuviera en esos primeros días de tratamiento en disposición de advertir sus obligaciones y de cumplir con ellas, lo cual aún era mucho más difícil, al estar internado en un establecimiento sanitario”. Por ello deduce que “no existe indicio alguno de que el trabajador tuviera intención alguna de extinguir el contrato” por lo que declara la improcedencia del despido. Recoge la Sentencia la doctrina del Tribunal Supremo vertida en las Sentencias de 2 de julio de 1985, 29 de junio de 1989, y 2 de enero de 1990, al señalar que:

“para que exista la figura de la extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador, es preciso que de los actos del operario se deduzca la espontánea y unilateral decisión de poner fin a la relación concertada, requiriendo una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita demuestre el deliberado propósito de éste de dar por terminado el contrato de trabajo”.

A la extinción del contrato de trabajo “por voluntad del trabajador” [art. 50 ET] se refiere la **STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001** (recurso 554/2001), I.L. J 1040. En ella se estima justificada la extinción del contrato al haberse producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que redundan en perjuicio de la formación profesional de la trabajadora y menoscaban su dignidad en una empresa. “La telefonista realiza las funciones de quien es licenciada en Bellas Artes (y a la demandante) se le están asignando unas funciones que no corresponden con sus conocimientos ni con las tareas que anteriormente venía realizando”. Para la Sala:

“El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores es una trasmutación del artículo 1124 del Código Civil, en orden a la facultad resolutoria, de los contratos por incumplimiento de una de las partes (...) Se requiere, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de septiembre de 1995, una apreciación casuística de los casos, para apreciar la gravedad del supuesto, y así, para esta sentencia, no son significativos tres meses de impago de los salarios. Tampoco la modificación sustancial lleva consigo la extinción, sino aquella que supone un menoscabo para la dignidad de la persona (Sentencia de 8 de febrero de 1993). Pues bien en base a estos parámetros, la atribución de funciones de categoría inferior, supone un menoscabo importante de la formación profesional y de la dignidad del trabajador (...) Si globalizamos todo, apreciamos que está existiendo una voluntad manifiesta del empresario de resolver el contrato, y no olvidemos que, en definitiva, lo que intenta proteger el Estatuto es la buena fe contractual, ya que como indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 25 de noviembre de 1999, está presente en toda la relación laboral.”

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido, se observan diversas resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. La **STSJ de Murcia de 2 de abril de 2001** (recurso 178/2001), I.L. J 1027, reconoce la existencia de relación laboral y confirma la declaración de improcedencia de la extinción de varios contratos de trabajo, ya que “todos los actores carecían de facultades de máxima dirección, ejecución y control social, dependiendo todos ellos directa y personalmente de D. M.H.R. y estaban ligados a la empresa por contratos de trabajo documentados, (...) por lo que los actores reúnen los requisitos de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia que establece el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de marzo de 2001** (recurso 44/2001), I.L. J 1235, resuelve sobre un supuesto de extinción del contrato de un periodista, que es declarado improcedente, y respecto del que se cuestiona su naturaleza civil o laboral. Señala la Sala que:

“la determinación de la naturaleza del contrato no puede considerarse civil o laboral por la mera elección de las partes, sino en función de la concurrencia o no de las notas características del contrato de trabajo, de forma que al no discutirse la concurrencia de las notas de voluntariedad, ajenidad y dependencia que determinan la existencia de un contrato de trabajo (...) el contrato ha de ser considerado como laboral, continuando la relación laboral sin solución de continuidad hasta el despido”.

La **STSJ de Madrid de 22 de junio de 2001** (recurso 2149/2001), I.L. J 1612, enjuicia la extinción de una relación laboral especial de artista en espectáculo público de Ballet por transcurso del tiempo pactado, al que no corresponde la indemnización prevista en el artículo 10.2 del Real Decreto 1435/1985, ya que no se prolongó el último de los contratos concertados por plazo superior a un año.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La **STSJ de Navarra de 15 de junio de 2001** (recurso 190/2001), I.L. J 1661, estudia un supuesto de extinción de una relación jurídica especial del hogar familiar, contratada para trabajar como empleada de hogar en un domicilio en el que conviven once personas, todos varones, con una misma idea de vida. Convivencia en comunidad que para la Sala “no deja de configurar un asimilado al tipo especial de ‘familia’, en cuanto exige una convivencia en una residencia común y unas tareas a realizar para mantener el buen orden y comodidad de la morada, lo que no debe pugnar con el concepto de ‘hogar’”. Resume la Sala los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral especial:

“A) Prestación de servicios domésticos como requisito objetivo. Éstos son obviamente, las tradicionalmente llamadas tareas domésticas; esto es, las que sirven a la casa (*domus*) o unidad familiar entendida como unidad de lecho, techo y mesa (...) B) Prestación de servicios de la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar, requisito geográfico que se alza entre los restantes como verdadera piedra de toque para decidir sobre la naturaleza, común o especial, de la relación de trabajo (...) C) Han de ser reconocibles en la prestación de trabajo del empleado los típicos elementos de retribución, dependencia y ajenidad.”

La **STSJ de Madrid de 29 de junio de 2001** (recurso 2272/2001), I.L. J 1618, analiza el derecho aplicable en supuesto de extinción de un contrato de trabajo suscrito en Nueva York, entre el Instituto de Turismo en España y un ordenanza de nacionalidad española y con domicilio en Estados Unidos de América. Niega la Sala la aplicación del Convenio de Roma por cuanto Estados Unidos no es parte del Convenio, determinando aplicables “las reglas de conflicto del derecho español, que conservan su aplicabilidad cuando no se trate de conflictos que afecten a varios Estados de la Unión” (artículo 10.6 del Código Civil). Decide la sala en favor de la aplicación de la ley española ya que:

“la carga de la prueba del derecho extranjero corresponde, con independencia de la posición procesal que ostente, a quien lo invoque en el juicio, sin que la ausencia de prueba conduzca a la desestimación de la demanda, sino a la aplicación de la ley sustantiva española”.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Al incumplimiento contractual consistente en “ofensas verbales o físicas” al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, como causa de despido disciplinario [art. 54.2.c) ET] se refiere la **STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2001**, I.L. J 969. Resuelve sobre el despido de una trabajadora de empresa de servicios de limpieza y mantenimiento, motivado en la riña con otra trabajadora en el centro de trabajo de la empresa para la que realizan la contrata, habiéndose provocado daños corporales ambas mujeres, y habiendo sido necesaria la intervención de la Policía Local. Por todo ello la Sala falla en favor de la procedencia del despido. Considera que:

“la trabajadora no se limitó simplemente a defenderse de una supuesta agresión de su compañera, sino que procedió a atacarla con importante intensidad, causándole lesiones de

cierta consideración, que van mucho más allá de la disculpable y justificada respuesta que pudiese hipotéticamente admitirse como justificada en un caso de legítima defensa. Si a esto se añade que la agresión se produjo en la planta del centro de trabajo en la que prestaba servicios la otra compañera, por lo que la demandante hubo de subir expresamente a la misma, se evidencia con ello que su actitud no fue en absoluto irrelevante en el desencadenamiento de los acontecimientos, lo que unido a la importancia de las lesiones provocadas a la otra trabajadora demuestra una participación activa, intencionada e injustificable de la agresión. Para calificar la proporcionalidad de la sanción, no puede tampoco olvidarse que se produjo en un centro de trabajo perteneciente a un cliente de la empresa, habiendo sido incluso necesaria la intervención de agentes de la policía municipal, con la mala imagen y evidente perjuicio que esto supone para la empleadora, en su condición de empresa de servicios de limpieza y mantenimiento cuya actividad comercial consiste en realizar este tipo de trabajos en locales de terceros a los que envía su propio personal”.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de mayo de 2001** (recurso 911/2001), I.L. J 1171, confirma asimismo la procedencia del despido de un trabajador que profiere expresiones ofensivas dirigidas a un familiar del empresario, determinando que “la no indicación en la carta de las expresiones ofensivas es absolutamente irrelevante, ya que bastaba, a la vista de lo declarado probado en la instancia (los insultos y expresiones malsonantes proferidas) con el mero ejercicio de la memoria reciente”.

Bastantes resoluciones analizan supuestos de despido disciplinario motivado en la “trasgresión de la buena fe contractual” [art. 54.2.d) ET]. La **STSJ de Extremadura de 17 de abril de 2001** (recurso 177/2001), I.L. J 983, enjuicia el supuesto de unos trabajadores de la construcción que adoptan una conducta reiterada durante varios meses, consistente en “un total desinterés por su trabajo, incumpliendo horarios y adoptando posturas pasivas en el puesto de trabajo” hasta el extremo de originar “la práctica paralización de la obra, pese a las órdenes y advertencias de la empresa”; motivo por el que la Sala confirma la sentencia de instancia que declaraba la procedencia del despido. La **STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2001**, I.L. J 1179, declara la procedencia del despido de una trabajadora de un salón de belleza, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, al haberse apropiado de dinero que se encontraba en la caja de propinas. Resume la Sala la doctrina del Tribunal Supremo en torno a cuestiones como la trasgresión de la buena fe contractual, la presunción de inocencia, el principio pro operario y el principio gradualista de la sanción impuesta. Señala la Sala:

“Respecto a la trasgresión de la buena fe contractual, el Tribunal Supremo ha elaborado la siguiente doctrina: a) la buena fe es consustancial al contrato, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad; b) la buena fe como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y fiel cum-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

plimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico y en el Estatuto de los Trabajadores viene reflejado en los artículos 20.2, 50.1.a) y 54.2.d), expresamente; c) es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad, que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación de la voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral impone. También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeñaba, rebasando los límites que el cargo ostentado tienen por su propia naturaleza y ello en provecho propio o de tercero, que no sea, naturalmente acreedor directo de las prestaciones empresariales; d) la falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal ni haber causado perjuicios a la empresa (...).”

“Sobre la presunción de inocencia en relación con el principio *pro operario* (...) aquella presunción ha quedado destruida, y por lo que respecta al principio *pro operario* solamente es viable en el campo de la interpretación de las normas (artículo 3.1 CC) en el caso de oscuridad de la norma aplicable, pero no cuando se trate de alterar, a su amparo las reglas sobre la carga de la prueba o de inclinar en favor del trabajador la apreciación de la prueba misma.”

Por último “acreditada la existencia de unos incumplimientos contractuales del trabajador calificables técnica y legalmente de muy graves, corresponde al empresario aplicar la sanción que estime conveniente, de manera que si por éste se impone la sanción de despido y el tribunal acepta la calificación de la falta como muy grave, no cabe imponer un correctivo distinto, pues con ello se realiza un juicio de valor que descalifica el cuadro normativo sancionador (...) pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al Juez”.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 1225, confirma la declaración de procedencia del despido en primera instancia, de un oficial de 2ª que desempeñaba funciones de encargado de obra. Éste, tras ejecutar el replanteo y marcación de ciento ochenta y dos pilares, es advertido por los operarios del desplazamiento de dos de ellos, exigiéndoles el trabajador despedido que silenciasen tal error, encargándose él mismo de “arreglarlo a su manera, como así hizo pero disimulando el defecto y dejando los pilares sin apoyo, con posibilidad de que la obra se hundiese”. Para la Sala “lo trascendente en este caso fue el comportamiento del recurrente, no tanto por su error de replantear y marcar los pilares, como por exigir silencio a los operarios que lo detectaron y arreglarlo a su manera”.

Por el contrario la **STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001** (recurso 503/2001), I.L. J 1014, entiende que no se ha producido trasgresión a la buena fe contractual que justifique la extinción de la relación. Declara en este supuesto la Sala la improcedencia del despido motivado en la conducta irregular del trabajador, consistente en retrasos en la entrada al trabajo en varias ocasiones, en que haya sido encontrado leyendo el periódico, acudiendo a un centro comercial y a una visita durante la jornada laboral, ya que “la gra-

vedad no se mide por la magnitud del daño causado al empresario, sino por el quebrantamiento del vínculo de confianza, quebrantamiento que debe tener la suficiente entidad y gravedad como para justificar la resolución del contrato; y al no apreciarse en la conducta del actor tales características que potencien al castigo a la más grave y rigurosa de las sanciones en la órbita laboral, debe entenderse adecuada la calificación del despido como improcedente”. Motiva la Sala su decisión en la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Supremo:

“los hechos, en principio pueden revestir alguna gravedad, como trasgresión de la buena fe contractual, a que se refiere el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, pero no un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador (...) El despido disciplinario exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea grave y culpable y tipificada por la normativa laboral; requisitos para cuya apreciación han de ser ponderados de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral, como una relación continuada en el tiempo; pudiendo, por ello, hechos idénticos ser tratados de forma distinta, según las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el mismo; (...) El despido debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en la **STS de 29 de mayo de 2001, Sala Cuarta** (r.c.u.d. 2022/2000), I.L. J 1125. En concreto se cuestiona si existe o no amortización de puestos de trabajo en un supuesto en el que el empresario (titular de una empresa de panadería) asume personalmente como trabajador autónomo el trabajo que desempeñaba el trabajador despedido (oficial en el obrador), en un caso en el que se produce una situación negativa para la empresa “que ha acumulado pérdidas en los tres últimos ejercicios económicos”. Confirma el Tribunal como correcta la interpretación de la sentencia recurrida al acordar la procedencia de la extinción de la relación de trabajo. Fundamenta su decisión en que:

“la amortización de una plaza para que sus tareas o funciones sean desarrolladas por el propio empresario da lugar a la desaparición del puesto de trabajo, y este dato, junto con la ‘necesidad objetivamente acreditada’ y es o que importa a efectos de la integración del supuesto de hecho del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, y de la consiguiente calificación de la extinción del contrato de trabajo acordada por el empresario. Como dice la sentencia recurrida la ‘amortización’ mencionada en la Ley se refiere a los puestos y no a las funciones o cometidos laborales. En el presente caso la ‘necesidad objetivamente acre-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ditada' de amortizar el puesto de trabajo concurre en su manifestación más apremiante de pérdidas continuadas del negocio (...) aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa”.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de mayo de 2001 (recurso 319/2001), I.L. J 1286, declara la improcedencia de un despido por causas objetivas de un oficial de primera, en un supuesto en el que la empresa procede a realizar una nueva contratación de un oficial de segunda. Señala la Sala que:

“tal nueva contratación desvirtúa la necesidad de amortizar el puesto de trabajo del actor con el fin de contribuir a la superación de la situación económica (...) pues siendo el salario anual de un oficial de 1ª en la actividad de la siderometalurgia de 2.090.508 pesetas y la de un oficial de 2ª de 1.989.330 pesetas, el ahorro de tan pequeña diferencia salarial no puede considerarse justificativa para amortizar el puesto de trabajo del actor”.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de junio de 2001 (recurso 414/2001), I.L. J 1598, ante un caso de despido por causas objetivas de una auxiliar técnico educativo, fundado en el hecho de haber causado baja los dos únicos alumnos con necesidades educativas especiales en el Centro en el que trabajaba, declara la improcedencia de la extinción porque “no fue contratada para la atención de dos alumnos existentes en el centro con necesidades educativas especiales, sino “para cubrir vacante hasta que el puesto sea cubierto de forma definitiva por los sistemas que establece el Convenio Único”.

La STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2001 (recurso 282/2001), I.L. J 1308, estudia la responsabilidad del FOGASA en un supuesto de amortización de puesto de trabajo por causas económicas y organizativas. En él declara la Sala que el empresario tiene la obligación de pagar el 60 por ciento de la indemnización correspondiéndole el resto, es decir el 40 por ciento, al FOGASA. Ahora bien, dado que “la obligación del 40 por ciento de la indemnización queda limitada legalmente por el tope del duplo del salario mínimo interprofesional, (...) el resto de la indemnización legal que le corresponde al trabajador le corresponde al empresario, porque en ningún artículo se dice en empresas de menos de 25 trabajadores se limite al 60 por ciento”. Justifica su decisión la Sala en que:

“El trabajador no puede ver aminorada su indemnización legal por el hecho de que el 40 por ciento que corresponda pagar al FOGASA, exceda del límite legal del duplo del salario mínimo interprofesional, porque una vez deducido lo que corresponde pagar a éste con los dos límites que señala la ley, el resto corresponderá pagarlo al empresario.”

La STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001 (recurso 752/2001), I.L. J 1353, exime al FOGASA de responsabilidad en el pago del 40 por ciento de la indemnización por despido objetivo establecida en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores al estimar la prescripción de la acción al haber transcurrido más de un año desde que se produjo la extinción de la relación laboral.

La STS de 3 de julio de 2001 (r.c.u.d. 486/2000), I.L. J 1682, unifica doctrina en torno a la determinación del día inicial o *dies a quo* del plazo de prescripción de una de las accio-

nes que el trabajador puede dirigir al FOGASA para el cumplimiento de las obligaciones establecidas a cargo de esta entidad en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Señala al respecto que:

“el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad directa del 40 por ciento de la indemnización legal de despido económico corre, cuando tal indemnización legal ha sido declarada en vía jurisdiccional, desde la firmeza de la sentencia de condena al abono de la misma (...) El plazo de prescripción de la eventual acción de responsabilidad subsidiaria por insolvencia empresarial arranca, como ha reconocido de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, desde la firmeza del correspondiente auto de insolvencia (SSTS 13 de febrero de 1993, 14 de febrero de 1994, 9 de marzo de 1999, 17 de diciembre de 1999)”.

B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La STSJ de Aragón de 30 de abril de 2001 (recurso 331/2001), I.L. J 924, declara la nulidad de la extinción de un contrato de trabajo por causas objetivas motivada en que la puesta a disposición del actor, no se efectúa conforme a las previsiones legales (veinte días por año trabajado), ya que “Si bien la Ley de Procedimiento Laboral sienta respecto de la consiguiente declaración de nulidad de la decisión extintiva la excepción del ‘error excusable’ en dicho cálculo (artículo 122.3), no se entiende sea tal el supuesto litigioso en el que el defecto cuantitativo es plenamente achacable a la voluntad consciente de la empresa, sabedora obviamente de lo que abona a su empleado”.

La STS de 28 de mayo de 2001, Sala Cuarta (r.c.u.d. 2073/2000), I.L. J 1116, resuelve en unificación de doctrina un supuesto de despido por causas objetivas en el que la puesta a disposición de la trabajadora de la correspondiente indemnización se produce con un retraso de más de dos meses desde la entrega de la comunicación escrita. Entiende el Tribunal que “la ausencia de simultaneidad entre ambos actos que exige sin matices o paliativos la norma, no puede conducir a otra solución jurídica que la prevista en el propio artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, esto es la nulidad del despido así practicado”. La solución dada por la Sala se basa en el criterio ya unificado de que:

“el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad legalmente prevista como indemnización en estos supuestos, que el trabajador en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad. En otro caso, no se puede eludir la declaración de nulidad del despido objetivo acordado.”

Por su parte la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2001 (recurso 2364/2000), I.L. J 1216, estudia un supuesto de extinciones contractuales por causas objetivas en el que se condena al FOGASA al pago del 40 por ciento de las indemniza-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ciones por extinción derivada del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con lo expresado en el artículo 33.8 del mismo cuerpo legal.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 1226, analiza los plazos de prescripción de las indemnizaciones previstas en el artículo 33, apartados 1º y 8º, correspondiente al 40 y 60 por ciento, determinando que el reconocimiento de una de las deudas no interrumpe el curso de la otra, ya que:

“El Fondo de Garantía Salarial es el obligado directo del 40 por ciento previsto en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que el pago del 60 por ciento corresponde directamente al empresario, asumiéndose sólo por aquél una responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia por vía de los números 1 y 2 del expresado 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 la que ese obligado no es deudor principal.”

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001** (recurso 751/2001), I.L. J 1019, desestima la excepción de caducidad planteada por el demandado en un supuesto en el que la acción por despido se ejercita inicialmente ante órgano judicial no competente territorialmente, y posteriormente se desiste de la misma. Motiva la Sala su decisión en que:

“el Auto dictado por el Juzgado, tuvo por desistido (al actor) por falta de competencia territorial, resolución esta que es asimilable a la que estimare la declinatoria, de ahí que siendo el espíritu de la ley que la reclamación ante órgano territorialmente no competente suspenda el plazo de caducidad, por analogía hemos de extender lo dispuesto en el artículo 14.a) LPL”.

Tampoco estiman la caducidad las **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de junio de 2001** (recurso 416/2001), I.L. J 1599, y la **STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2001** (recurso 1010/2001), I.L. J 1636. La primera se refiere al caso de una Auxiliar de servicios de empresa de limpieza que plantea una primera demanda de despido y cantidad, y tras el requerimiento del juzgado acerca de si ejercitaba acción por despido o cantidad, opta por la reclamación de cantidad y presenta nuevamente acción por despido de forma separada, transcurriendo entre unos y otros diecisiete días hábiles en total, por lo que “en el momento de presentación de la segunda demanda de despido, no había transcurrido el plazo de 20 días hábiles de caducidad de la acción”. La segunda desestima la caducidad porque “sin haberse fijado con claridad la fecha en que la acción pudo ejercitarse, es imposible que se tenga por caducada una acción”.

La **STS de 10 de julio de 2001, Sala cuarta** (r.c.u.d. 4072/2000), I.L. J 1721, unifica criterios en torno a la excepción de caducidad, negando la posibilidad al FOGASA de oponer

tal excepción cuando fue parte en el proceso de despido y no la propuso, y admitiéndola en un nuevo proceso sobre responsabilidad del Fondo, cuando no fue parte en el proceso de despido. Concreta la doctrina de casación en unificación de doctrina citando sentencias:

“para el supuesto de que el FOGASA haya sido parte demandada en el proceso principal y no plantea allí excepción, Sentencias de 13 de julio de 1992 (recurso 1946/1992), 4 de diciembre de 1992 (recurso 82/1992), 8 de julio de 1993 (recurso 2954/1992), 16 de octubre de 1996 (recurso 1429/1996) y 5 de mayo de 1999 (recurso 1532/1997); y para el caso opuesto de que el Fondo no haya sido demandado como parte en aquel proceso, las de 13 de febrero de 1993 (recurso 21816/1992) y 3 de diciembre de 1993 (recurso 2354/1992)”.

La **STSJ de Galicia de 24 de julio de 2001** (recurso 3445/2001), I.L. J 1766, niega la caducidad de la acción en el caso de la trabajadora que no señaló en la papeleta de conciliación un domicilio eficaz para la empresa, y revoca la sentencia de instancia ya que “no puede admitirse que una mera omisión en la indicación del domicilio, que el Servicio Administrativo de Conciliación pudo y debió subsanar, genere como consecuencia la caducidad del derecho, máxime cuando el acto afectado (conciliación) se reitera a presencia judicial como trámite previo al juicio”.

Por el contrario, estima la excepción la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de marzo de 2001** (recurso 155/2001), I.L. J 1222. Enjuicia un supuesto en el que se supera el plazo para el ejercicio de la acción, de conformidad con el artículo 65.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que determina que el cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado. Razona la Sala que:

“el impugnado despido verbal acaeció el 24 de mayo de 2000, la papeleta de conciliación previa se presentó el 16 de junio de 2000 y tal acto se celebró cuando habían transcurrido más de esos quince días de suspensión, concretamente el 14 de julio de 2000, ingresando la demanda en el Decanato de los juzgados el 15 de julio de 2000, luego deben computarse los días que van desde el despido hasta el de la presentación de la papeleta de conciliación previa, ambos inclusive, reanudándose el cómputo de dicho plazo de veinte días hábiles al transcurrir los quince también hábiles desde la presentación de la expresada papeleta, habiéndose superado con exceso tales veinte días cuando la demanda tuvo entrada en el Decanato”.

En sentido análogo, también estima la excepción de caducidad la **STSJ de Galicia de 7 de junio de 2001** (recurso 2303/2001), I.L. J 1571, respecto al despido de una empleada de hogar, dado que el plazo había transcurrido ampliamente.

De otro lado la **STSJ de Galicia de 29 de junio de 2001** (recurso 2690/2001), I.L. J 1581, hace referencia al caso en que el actor, ingresado en prisión preventiva, tiene conocimiento de la extinción de la relación laboral. Consta como la empresa comunica la extin-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción a otra trabajadora, compañera sentimental del despedido, negándose ésta a recibir la carta y, señala la Sala que “la caducidad de la acción opera aunque el despido se hubiera producido tácitamente siempre que existan hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario y también si a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso y pese a no haberse producido formalmente la recepción de la carta de despido por el trabajador a éste le consta inequívocamente que se ha producido el despido”.

La **STSJ de Galicia de 18 de julio de 2001** (recurso 3137/2001), I.L. J 1763, estima la caducidad de la acción porque “la negativa a recibir la comunicación, tomando conciencia de que se trata de una carta de despido, no suspende el plazo de caducidad regulado en el artículo 59.3 del Estatuto de los trabajadores”.

B) El procedimiento por despido

La **STS de 25 de junio de 2001, Sala cuarta** (recurso 3442/2000), I.L. J 1494, resuelve en unificación de doctrina y estima la falta de acción de la empresa para despedir a un trabajador prejubilado, al considerar que en tal supuesto la relación laboral no se encuentra en suspenso, sino extinguida por el acuerdo de prejubilación. Motiva la Sala que:

“la suspensión lleva consigo la expectativa de reiniciar la prestación laboral, mientras que la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijen las condiciones de prejubilación. Extinguido el contrato de trabajo existente entre las partes y sustituida la relación entre las mismas por lo estipulado en el pacto de prejubilación mediante el que se nova de forma extintiva aquél, la consecuencia es que carece de eficacia jurídica la decisión unilateral empresarial de poner fin mediante un despido disciplinario a una relación laboral ya inexistente”.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de junio de 2001** (recurso 1088/2001), I.L. J 1594, estima la excepción de falta de acción de la trabajadora al llegar a un acuerdo con la empresa, con posterioridad a la presentación de la demanda, que deja sin efecto la sanción, acordándose el reingreso a la empresa; pero la Sala niega la posibilidad de reconvertir la acción de despido por un incidente de readmisión irregular, debiendo en su caso “acudir a una demanda sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo”.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por trasgresión de la buena fe contractual. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de abril de 2001** (recurso 566/2001), I.L. J 904, confirma la declaración de procedencia del despido respecto de una trabajadora de El Corte Inglés que comete una falta tipificada en el convenio colectivo como muy grave, consistente en la realización de autoventas, en las que al mismo tiempo es vendedora y compradora. La **STSJ de Extremadura de 17 de abril de 2001** (recurso 177/2001), I.L. J 983, analiza otro supuesto de despido discipli-

nario motivado en la trasgresión de la buena fe contractual, fallando a favor de la procedencia del despido de unos trabajadores de la construcción que evidencian “un total desinterés por su trabajo, incumpliendo horarios y adoptando posturas pasivas en el puesto de trabajo” hasta el extremo de originar “la práctica paralización de la obra, pese a las órdenes y advertencias de la empresa”. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 1225, confirma la declaración de procedencia del despido efectuada en primera instancia, de un oficial de 2ª que advertido de un error en la marcación y replanteo de ciento ochenta y dos pilares en una obra, decide disimular el error “quitando hormigón, cortando ‘redondos’ y ‘grifando’ los restantes hasta situarlos en su ubicación debida, rellenando con resina la base de esos pilares y disimulando la diferente textura que presentaban”. El trabajador:

“replanteó y marcó ciento ochenta y dos pilares asentados en la planta del suelo, pero erró en ello y los operarios le comunicaron que estaban desplazados dos de esos pilares, diciéndoles que se callasen que él los arreglaría a su manera, como así hizo pero disimulando el defecto y dejando los pilares sin apoyo, con posibilidad de que la obra se hundiese”. Pero para la Sala “lo trascendente en este caso fue el comportamiento del recurrente, no tanto por su error de replantear y marcar los pilares, como por exigir silencio a los operarios que lo detectaron y arreglarlo a su manera”.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 de mayo de 2001** (recurso 334/2001), I.L. J 1289, confirma la declaración de procedencia del despido de una trabajadora que prevaleciéndose de su acceso a la documentación y contabilidad de la empresa, procedió al cobro de tres pagarés al portador con cargo a la empresa e ingresó la suma de al menos 598.227 pesetas en la cuenta corriente de la que era titular la trabajadora y su esposo, ya que “lo definitorio no es la calificación que dé la empresa a la conducta del trabajador, sino la naturaleza de la falta imputada y la sanción que impone a dicha falta”. Para la Sala:

“no ha transcurrido el plazo de ‘prescripción larga’, es decir el límite de los seis meses desde que se cometieron las faltas, pues (...) al tratarse de una conducta continuada hay que señalar que existe una abundante jurisprudencia que establece que el *die a quo* para el cómputo de la prescripción es el de la última falta imputada”, “ (...) y dicho plazo computa a partir de que la empresa tuvo conocimiento de la comisión de las faltas”.

La **STSJ de Madrid de 5 de junio de 2001** (recurso 1217/2001), I.L. J 1621, desestima el recurso interpuesto y confirma la procedencia del despido por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, dado que “la facturación bruta del segundo trimestre asciende a menos de lo establecido como normal, cuya disminución carece de justificación y es imputable a la demandante, quien pese a tales expectativas no hace lo necesario para cumplirlas”.

La **STSJ de Madrid de 19 de junio de 2001** (recurso 1706/2001), I.L. J 1632, revoca la sentencia de instancia, calificando la procedencia del despido de un trabajador que con

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

motivo en un procedimiento anterior de reclamación de cantidad, presentó denuncia contra el empresario, por un presunto delito de falsedad documental respecto a la nómina reclamada, por aparecer una firma estampada, que el trabajador negó como suya. La denuncia fue archivada en base al informe pericial caligráfico que determinó haber encontrado indicios para sospechar que la firma dubitada fue realizada por el propio trabajador. Justifica la Sala su decisión en que:

“justificada está la pérdida de confianza de la empresa con relación al actor cuando éste y sin perjuicio de someter el alegado incumplimiento de aquélla relativo al pago de salarios a resolución judicial, en el acto del juicio oral tildó de falso el documento de abonado presentado por la patronal, (...) e imputó al administrador de la misma un delito de falsedad en documento aportado al procedimiento laboral, actuaciones penales que fueron archivadas por no constituir infracción penal y tras dictaminarse en el informe pericial caligráfico llevado a cabo ser de puño y letra del aquí demandante, (...) hechos achacados a la empresa y a su administrador en desdoro de ambos que afectan a la fama y dignidad de una y otro, que hacen imposible la convivencia en el ámbito laboral, (...) y si legítimo es el derecho a la defensa (del trabajador) (...) también lo es para la patronal cuando lo a ella imputado se niega judicialmente, su reacción y el ejercicio de la facultad sancionadora que la ley le otorga”.

La STSJ de Galicia de 26 de julio de 2001 (recurso 3511/2001), I.L. J 1769, declara la procedencia de la extinción de la relación laboral de una trabajadora por ausencias injustificadas, ya que “la ausencia al trabajo no sólo no se justificó con anterioridad al despido, sino que no se prueba la causa alegada, lo que indudablemente permite calificar las ausencias como injustificadas y afirmar la existencia de una causa objetiva de despido disciplinario”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STSJ de Galicia de 23 de abril de 2001 (recurso 1510/2001), I.L. J 994, declara la improcedencia de un despido de un trabajador, al considerar la relación laboral indefinida en un supuesto en el que el empresario no acredita ni la existencia de un contrato de trabajo, ni la causa justificativa del cese del actor.

Un grupo significativo de resoluciones analizan la contratación por obra o servicio determinado:

– La STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2001 (recurso 1866/2001), I.L. J 1300, falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida respecto de un contrato por obra o servicio, negando la existencia de dimisión voluntaria, ya que “no cabe interpretar la postura del actor como constitutiva de voluntaria dimisión, pues no se revela injustificada la negativa a avenirse a la oferta llevada a cabo por la empresa” (...) y “al asignar al actor trabajos para los que no existía acuerdo ni comunicación escrita al

trabajador, en lugar distinto al convenido, pone de relieve la concurrencia de fraude de ley que determina la conversión del contrato temporal en indefinido y en consecuencia, no probada la causa extintiva referida por la empresa, relativa a la extinción por finalización de obra”.

– La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2001 (recurso 909/2001), I.L. J 1592, declara la improcedencia del despido de un trabajador con contrato de obra o servicio, que una vez extinguido por finalizar la obra para la que fue contratado, siguió trabajando en una obra diferente, ya que “la empresa debió formalizar un nuevo contrato para la nueva obra, lo que no hizo, y ello supone (...) la conversión del contrato inicialmente temporal en indefinido por haberse producido en evidente fraude de Ley”.

– La STSJ del País Vasco de 5 de junio de 2001 (recurso 1065/2001), I.L. J 1634, confirma la improcedencia de la extinción de un contrato de obra o servicio determinado “sin haber finalizado la obra para la que se había efectuado la contratación”.

– La STSJ del País Vasco de 19 de junio de 2001 (recurso 1230/2001), I.L. J 1642, considera improcedente la extinción de un contrato de obra determinada, en un supuesto en el que al trabajador se le ocupa fuera de la obra para la que había sido contratado, “y sin que concurriera alguno de los supuestos expresamente previstos en el convenio”, lo que pone de manifiesto un uso fraudulento de este tipo de contratación temporal, “de ahí que no quepa amparar su cese en la finalización de la obra para la que aparentemente estaba contratado”.

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 de enero de 2001 (recurso 3672/2000), I.L. J 1197, revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido de un trabajador en un buque pesquero, que es desembarcado sin explicación alguna “por lo que la medida fue verbal”, así como que “en la libreta de inscripción marítima se consignó como causa el fin de contrato, siendo la relación indefinida”. Entiende el tribunal que “no se está en presencia de un trabajador que se niega a prestar servicios, sino de un despedido que no acepta un contrato nuevo con fecha de comienzo posterior al plazo de veinte días hábiles, que con el carácter de caducidad, se establece en el artículo 59.3 ET para impugnar la acción de despido”.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001 (recurso 699/2000), I.L. J 1221, analiza un supuesto de extinción de contrato de trabajo para la formación, en el que no ha podido tener efectividad la formación teórica, por lo que la Sala revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido. Motiva el Tribunal su decisión en que:

“el contrato para la formación la impartición de las enseñanzas precisas para la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación, constituye el objeto propio del contrato, de tal modo que ausente la instrucción, el nexo contractual se

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

desnaturaliza y nunca se estará ante una relación laboral de esta clase (SSTS 19 de febrero de 1996, RJ 1996,1302 y de 30 de junio de 1998, RJ 1998, 5540).

Resulta del relato fáctico: a) la concertación de un tiempo para la formación teórica de 2 horas diarias equivalente a un 25 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio de comercio y b) la entrega a la actora del material preciso para la realización de los cursos a distancia, pero ninguno de estos datos revela la realidad de esa formación que, siendo negada por la trabajadora, debió acreditar la empresa al ser obligación que a ella le incumbía, pues es el empresario el que, además de facilitar los medios para efectividad (impartiendo o concertando la formación teórica y concediendo al trabajador los permisos necesarios para recibir dicha formación), ha de tutelar el desarrollo del proceso formativo (artículo 8 RD 27 de marzo de 1998, de aplicación por su carácter sustantivo), manteniendo con los centros que imparten la formación teórica –en su caso– la adecuada coordinación (artículo 12.1)”.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de marzo de 2001 (recurso 309/2000), I.L. J 1234, falla sobre un supuesto de extinción del contrato de futbolista profesional por causas económicas y declara improcedente la decisión extintiva empresarial con los efectos legales consecuentes, consistentes en el pago de una indemnización correspondiente al “monto de los salarios dejados de percibir por el actor a consecuencia de la extinción anticipada de su contrato, que importan a un total de 255.000.000 de pesetas”. Resuelve la Sala que:

“las causas económicas justifican las medidas extintivas cuando la adopción de éstas ‘contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa’ y las técnicas, organizativas o de producción cuando contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. La situación económica negativa del Club deportivo demandado y la necesidad de reestructurar la plantilla no son por sí solas circunstancias que justifiquen la decisión extintiva adoptada. Habría que acreditar el cumplimiento de aquella prescripción finalista: la adecuación o proporcionalidad de la medida para conseguir la superación de la situación desfavorable existente en la empresa en el marco de un plan de recuperación del equilibrio empresarial (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996,5162), requisito este del que no sólo no se acredita su concurrencia sino que, al parecer, ha sido relegado al olvido por la parte a quien le incumbía la prueba”.

Respecto a la cuantificación de la indemnización: “Se trata de satisfacer adecuadamente la pérdida de empleo (STS de 21 de enero de 1992, RJ 1992, 54); el contrato del deportista contiene un pacto de valoración de expectativas que se frustra a través del despido, y el principio del *pacta sunt servanda* debe impedir que el club, insatisfecho con el precio en que valoró esa expectativa, pueda alterar el equilibrio ínsito en ese compromiso (...) la indemnización habrá de atender al monto de los salarios dejados de percibir por el actor a consecuencia de la extinción anticipada de su contrato, que importan un total de 255.000.000 pesetas, cifra superior a los 16.413.242 pesetas, a que asciende la indemnización mínima. El artículo 15.1 RD 1006/85, de 26 de abril, obliga al juzgador a realizar una doble cuantificación indemnizatoria. Ha de calcularse la indemnización mínima de conformidad con

los criterios que la norma expone. Y en segundo lugar efectuar una valoración de las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada del contrato. Si aquélla resulta superior a ésta la indemnización final coincidirá con la mínima, si sucede lo contrario se optará por la última. Y siendo esto precisamente lo que ocurre en el supuesto que se examina, la sala, corrigiendo la valoración y cuantificación efectuada por el magistrado de instancia, fija en 225.000.000 de pesetas, la indemnización a percibir por el actor como consecuencia de su despido.”

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de marzo de 2001 (recurso 44/2001), I.L. J 1235, declara la improcedencia de la extinción del contrato de un periodista motivada en la trasgresión de la buena fe contractual al haber escrito el periodista diversos artículos que fueron publicados en otros medios de comunicación, diferentes de aquel para el que trabajaban. Razona la Sala que no es justificativo del despido, ya que “no consta que las colaboraciones acreditadas con otros medios de comunicación se llevasen a cabo en el marco de una actividad económica, esto es, en virtud de trabajo por cuenta propia o ajena, debiendo recordarse que la publicación de textos, artículos y opiniones en la prensa no sólo se realiza por los profesionales de la prensa, sino que esta posibilidad está al alcance de muchos ciudadanos que pueden expresar así sus opiniones o suministrar informaciones sin contraprestación económica alguna”.

También considera improcedente el despido la **STSJ de Madrid de 22 de junio de 2001** (recurso 2149/2001), I.L. J 1612. Un empleado de la compañía “Air Nostrum” cogió dos periódicos de la puerta de la oficina de dicha compañía, sin que el trabajador hiciera caso al requerimiento de que los dejara en el montón. La Sala revoca la sentencia de instancia ya que “el valor de lo sustraído no es el único criterio de medida de la importancia de una falta de esta naturaleza, sino que deben ser tenidos en cuenta además de otros criterios, tales como la peligrosidad de la conducta para la organización del trabajo y la necesidad estricta de prevenir comportamientos semejantes”. Para la Sala:

“resulta justificado el despido sólo para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, de modo que no cualquier trasgresión de ella, sino solamente la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte lícita aquella sanción”.

Cuestionable, resulta el fallo de la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de abril de 2001** (recurso 442/2001), I.L. J 1243, en un supuesto en el que, tras declararse en primera instancia la improcedencia de la extinción del contrato por motivos disciplinarios, por no asistir un día al trabajo y llegar tarde al día siguiente y por mantener una discusión con el administrador, aplica la Sala la doctrina de la proporcionalidad y graduación de las penas y estima el recurso de suplicación declarando “el despido improcedente y faculta a la empresa para que imponga la sanción que tenga por conveniente por falta grave”. Para la Sala:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“la conducta del trabajador, quien tiene una antigüedad de 11 años en la empresa y hasta ahora había tenido una trayectoria laboral intachable, siendo además socio de la empresa fue ciertamente anómala e irrespetuosa para con sus superiores jerárquicos, siendo reprochable y reprochable desde el punto de vista jurídico, pero no hasta el punto de considerar que la misma tuviera la suficiente entidad o gravedad como para merecer la sanción tan rigurosa como es el despido disciplinario. Y ello por las siguientes razones: porque la discusión ante terceros tan sólo se produjo el día 3 y no el 4 que fue en el despacho del administrador y ésta lo fue en virtud de una controversia entre el administrador y el actor, ambos socios de la empresa, referida a la mala administración de la misma, lo que se comprueba mediante la auditoria solicitada por el actor que se produjo con posterioridad al despido lo que provocó discrepancias lógicas entre los socios”.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de abril de 2001 (recurso 74/2001), I.L. J 1451, falla en favor de la improcedencia del despido de un trabajador que se ausentó durante media jornada de su puesto de trabajo, calificando tal hecho como una “falta de puntualidad, puesto que por falta de puntualidad ha de entenderse tanto la tardanza en incorporarse al puesto de trabajo, como el abandono del mismo antes de la hora fijada”, así como dos ausencias tipificadas en el convenio colectivo como falta grave. Concluye el Tribunal que se han producido dos faltas graves distintas, y “ninguna de ellas puede ser sancionada con el despido, lo que determina la calificación del mismo como improcedente”.

La STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2001 (recurso 2069/2001), I.L. J 1309, declara la improcedencia del despido de una trabajadora a la que en el acto de conciliación la empresa le ofrece la readmisión en peores condiciones económicas. Niega la Sala la existencia de un desistimiento de la trabajadora ya que “no basta decir por el demandado que en la conciliación se aceptó por la empresa la reincorporación de la actora en las mismas condiciones que tenía, puesto que estas condiciones no eran suficientes para la misma, decidiendo en consecuencia interponer demanda para la determinación de su salario o antigüedad”.

“El acto de conciliación llevado a cabo sin avenencia por no aceptación del trabajador las condiciones del empresario no supone un abandono del mismo de su puesto de trabajo, ya que la conciliación no supone una imposición de condiciones de una de las partes a la otra, sino el acuerdo de ambas para evitar un proceso judicial posterior, lo cual no se logró al llevarse a cabo sin avenencia entre las mismas. Abandono de puesto de trabajo sería si el trabajador hubiese aceptado los términos de la conciliación y no se hubiese reincorporado, pero no es el presente supuesto.”

En este mismo sentido, la STS de 3 de julio de 2001, Sala Cuarta (r.c.u.d. 3933/2000), I.L. J 1681, unifica doctrina considerando que la decisión unilateral del empresario de readmitir al trabajador improcedentemente despedido, incluso con anterioridad a la celebración del acto de conciliación “no restablece un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste”.

La STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2001 (Recurso 5214/2000), I.L. J 1337, declara improcedente el despido en un supuesto de negativa de la empresa a reingresar en su puesto de trabajo al excedente voluntario, sin alegar la existencia o no de vacantes. Motiva el Tribunal que:

“el artículo 46.5 del Estatuto no fija plazo ninguno para la solicitud de reingreso en las excedencias voluntarias, a diferencia de lo que establece para las forzosas, al recoger en el número 1 del citado artículo 46, que el reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público, limitándose a decir, en cuanto a las excedencias voluntarias, que el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa, no estando por tanto facultado el empresario para imponer condiciones de forma unilateral cuando concede derechos nuevos a los trabajadores o amplía los que éstos tienen concedidos por norma legal”.

La STS de 8 de junio de 2001, Sala Cuarta (r.c.u.d. 4257/2000), I.L. J 1409, resuelve en unificación de doctrina un supuesto de extinción del contrato de trabajo basado en el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, dos años y ocho meses después de la jubilación del empresario. Califica la Sala Cuarta como improcedente la extinción dado que “se exige una proximidad razonable entre ambas circunstancias”. Estructura el Tribunal Supremo su decisión en los siguientes argumentos:

“1) La extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación que previene el artículo 49.1.g), exige no sólo que haya tenido lugar la jubilación del empresario sino además que se haya producido como consecuencia de tal jubilación el cierre o cese de la actividad de la empresa (...) La razón esencial de esta extinción de las relaciones laborales no se centra tanto en la concurrencia de la jubilación del empresario individual (o su muerte o incapacidad como en el hecho de que éstas hayan determinado la desaparición o cese de la actividad empresarial. Se produce así un doble encadenamiento causal: la jubilación (o la muerte o incapacidad) del empresario ocasiona el cierre de la explotación, y ese cierre, provocado por aquella causa, justifica la extinción de los contratos de trabajo. 2) Es cierto que no es absolutamente necesario que el momento de la jubilación y el cierre de la empresa, con las subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo sean totalmente coincidentes, puesto que entre uno y otro puede mediar un plazo prudencial. La finalidad de este plazo en los supuestos de jubilación es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión, y la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, no pudiéndose fijar reglas generales aplicables a todos los supuestos. 3) Si entre la jubilación, de un lado, y la desaparición de la empresa y los ceses de los trabajadores, de otro, transcurren varios años, difícilmente puede sostenerse que existe entre ellos la necesaria relación de causalidad. (...) Se trataría por tanto, no de una causa, sino de un mero pretexto o subterfugio (...) 4) Si se admite que la jubilación actúe como causa extintiva de los contratos de trabajo cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que aquélla tuvo lugar, en realidad lo que tal jubilación produciría en relación a esos contratos sería una verdadera novación de los mismos, pues con este sistema,

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

éstos quedarían sujetos, a partir de tal jubilación, a una condición resolutoria potestativa, dado que se dejaría a la voluntad del empresario jubilado la facultad de disponer la extinción de los contratos cuando le pareciere oportuno.”

La **STS de 13 de junio de 2001, Sala Cuarta** (r.c.u.d. 97/2000), I.L. J 1441, analiza la ya extinta modalidad de contrato por lanzamiento de nueva actividad, en el supuesto de un empresario que asume una actividad empresarial ya en funcionamiento y declara la improcedencia de la resolución del contrato; ya que la justificación de esta modalidad contractual temporal no es “la incorporación de un nuevo empresario a una actividad productiva sino la puesta en marcha (lanzamiento) de esta última en el mercado de productos (...) La perspectiva adoptada para apreciar la “novedad” de la actividad es la de la empresa o unidad productiva objetivamente considerada, y no la del empresario que asume una actividad nueva para él; pero que ya había sido lanzada previamente al mercado de bienes y servicios. Concluye la Sala Cuarta:

“a la misma conclusión se llega aplicando el criterio de la interpretación finalista. La razón de ser del contrato de trabajo por lanzamiento de nueva actividad 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. Estas incógnitas o incertidumbres específicas no existen cuando quien se estrena es el empresario, que asume actividades empresariales ya en funcionamiento. La respuesta del mercado a estas actividades empresariales ya ‘lanzadas’ y el modo de organización de las mismas cuentan ya con una experiencia más o menos dilatada con el empresario o empresarios anteriores, experiencia que está a la disposición del empresario nuevo, por lo que la justificación del contrato temporal no es de apreciar”.

A la extinción del contrato durante el período de prueba se refiere la **STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2001**, I.L. J 1566, que confirma la improcedencia del despido de un trabajador extranjero con el que el Ministerio de Defensa formaliza ulterior contrato sin dejar de prestar servicios concertados con el precedente, ya que “no podía someterse al trabajador al período de prueba (en el segundo contrato), dado que llevaba haciendo las mismas funciones en Kosovo y Macedonia, desde hacía casi diez meses”. Motiva el Tribunal que el Ministerio de Defensa no puede desistir del contrato en período de prueba en un supuesto en el que el trabajador ya se hallaba vinculado a la misma parte empleadora de modo ininterrumpido.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de junio de 2001**, (recurso 367/2001), I.L. J 1596, revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido de un Auxiliar Administrativo con contrato de interinidad con el INSALUD por no concurrir “el requisito invocado como extintivo de la relación contractual”.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de junio de 2001** (recurso 414/2001), I.L. J 1598, declara la improcedencia del despido por causas objetivas de una auxiliar técnico educativo, motivado en el hecho de haber causado baja los dos únicos alumnos con necesidades educativas especiales en el Centro en el que trabajaba, ya que la trabajadora “no fue contratada para la atención de dos alumnos existentes en el centro con necesidades edu-

cativas especiales, sino “para cubrir vacante hasta que el puesto sea cubierto de forma definitiva por los sistemas que establece el Convenio Único”.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2001, I.L. J 1190, versa sobre un supuesto de condena solidaria a varias empresas por despido improcedente, en el que sólo una de las empresas condenadas opta por la readmisión. Siendo posteriormente absuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, entiende la Sala que “la opción no ratificada por las demás condenadas, quedó sin efectos en el momento en que se revocó la sentencia absolviendo precisamente a quien ejercitó la misma; y si la opción es nula para quien la ejercitó, ninguna consecuencia podrá tener para las demás”.

La STS de 22 de marzo de 2001, Sala Cuarta (recurso 1687/2000), I.L. J 1647, analiza *dies a quo* en el cómputo de plazo de diez días del artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la readmisión del trabajador improcedentemente despedido, señalando como correcta la doctrina que establece que “el plazo se inicia en la fecha de notificación de la sentencia que declara improcedente el despido, incluso sin esperar a su firmeza si fuere de instancia”, sin que este plazo se inicie una vez transcurridos los cinco días establecidos para la opción presunta.

a) La indemnización: cuantía y cálculo

La STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2001, I.L. J 1173, confirma la sentencia desestimatoria de la demanda interpuesta contra el FOGASA en un supuesto en el que se solicita la ejecución de sentencia, con posterioridad a los tres meses de firmeza de la sentencia, ya que “la ejecución de sentencias de despido tiene establecido un plazo especial de prescripción –artículos 276 y 277 Ley procesal– y, por ello, una vez solicitada la ejecución dentro de tales plazos debe tramitarse de oficio todo el proceso ejecutivo consecuente con aquella petición, incluida la fase de apremio posterior al auto que declare extinguida la relación laboral”.

La STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2001 (recurso 1004/2001), I.L. J 1333, analiza la indemnización a pagar en un supuesto de despido improcedente cuando el tiempo de prestación de servicios es inferior a un mes. Para ello se podrá utilizar la fórmula “de dividir 45 entre 365 y multiplicar por el número de días trabajados (45:365 x núm.) para obtener así el número de días de salario a que tiene derecho”.

Estudia la antigüedad a efectos indemnizatorios en la contratación temporal sucesiva la STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001 (recurso 847/2001), I.L. J 1354, que estima el recurso de suplicación interpuesto, fijando la antigüedad a efectos indemnizatorios en el inicio del primero de los contratos. Establece la Sala dos criterios para determinar la antigüedad en los contratos temporales sucesivos: “en primer lugar la falta de solución de continuidad entre las relaciones que las une; y segundo, unidos los contratos, todos se agru-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

pan para determinar el concepto antigüedad a los efectos del artículo 56 del ET”. Trae la Sala la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 16 de abril de 1999:

“integra la totalidad de relaciones temporales a los efectos indemnizatorios siempre que no haya existido solución de continuidad. Ésta no se procede si no existe un decaimiento de la acción de despido, (...) la única interrupción que ha existido es del 18 de julio al 7 de agosto de 2000, encontrándose el trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo en parte de dicho período. Pero de cualquier manera no se han superado los 20 días hábiles a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que en ninguna forma, puede apreciarse que ha existido ruptura de la relación continuada”.

La **STSJ de Asturias de 1 de junio de 2001** (recurso 2213/2000), I.L. J 1377, siguiendo el mismo criterio que la anterior, determina que “tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos de cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie interrumpida de contratos de trabajo sucesivos”.

La **STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2001** (recurso 865/2001), I.L. J 1355, también concreta la antigüedad a efectos de indemnización en el inicio del primero de los contratos de trabajo en un caso de subrogación empresarial de empresas de seguros.

La **STSJ de Madrid de 22 de junio de 2001** (recurso 2149/2001), I.L. J 1612, excluye el devengo de la indemnización del artículo 10.2 del Real Decreto 1435/1985, en un supuesto de relación laboral especial de artista en espectáculo público de Ballet, al no haberse prolongado el último de los contratos concertados por plazo superior a un año.

b) Salarios de tramitación

La **STSJ de Valencia de 16 de febrero de 2001** (recurso 27/2001), I.L. J 866, analiza los efectos económicos del despido, tras el reconocimiento empresarial de la improcedencia. Versa sobre un supuesto en que el ofrecimiento empresarial de la indemnización en acto de conciliación resulta incompleto, ya que no se incluyen los salarios de tramitación. Condena la Sala al pago de los citados salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la de notificación de la sentencia de instancia, porque “la empresa no ha justificado que la diferencia entre las cuantías de la indemnización ofrecida y la debida responda a motivo alguno que pueda explicar, bien un error empresarial o bien una discusión legítima sobre la cuantía del salario”; por lo que “el empresario incumplió los términos establecidos en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores”. Recuerda el Tribunal la doctrina sentada respecto al artículo 56.2 del ET en el sentido de que:

“tal oferta de contenido económico ha de ser clara, precisa y determinada o inmediatamente determinable (STS de 30 de diciembre de 1997). Cosa distinta es la posibilidad de inexactitud de lo consignado, pues el simple error puede ser excusable (STS de 11 de noviembre de 1998), pero no lo será si implica una situación de mala fe empresarial, o cuando se refiera a cantidades que no son discutibles. En definitiva (STS de 24 de abril de

2000), el criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y aplicación del precepto, para valorar cuándo se ha cometido un error excusable o cuándo las discrepancias tengan un alcance considerable”.

Niega asimismo efectos limitativos en el devengo de los salarios de tramitación la **STSJ de Asturias de 8 de junio de 2001** (recurso 191/2001), I.L. J 1379, en un caso en que “el empresario atendió para determinar la cantidad depositada en el juzgado a un salario muy inferior al acorde con la prestación de servicios”.

La **STSJ del País Vasco de 26 de junio de 2001** (recurso 1089/2001), I.L. J 1645, tampoco reconoce efectos limitativos a la consignación judicial, ya que “la diferencia ni es nimia (de un salario de 4.725 pesetas por día se pasa a fijar uno de 5.776 pesetas) ni obedece a un puro error de cuenta u otro involuntario o disculpable”.

Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2001** (recurso 237/2001), I.L. J 1294, desestima el recurso de duplicación formulado por el trabajador solicitando que se aumenten los salarios de tramitación, sin el límite hasta la fecha de la conciliación previa en un supuesto en el que “el ofrecimiento empresarial sólo fue unas 8.000 pesetas inferior a la cantidad que realmente le correspondía, error mínimo ante el montante total de lo ofrecido y que por tanto es excusable y no impide la aplicación de la limitación establecida en el artículo 56.2 ET”.

La responsabilidad del Estado en el pago de los salarios de tramitación cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido, se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, es analizada en la **STSJ de Murcia de 2 de abril de 2001** (recurso 1205/2001), I.L. J 1025. En un supuesto de reclamación al Estado, ante un despido improcedente, por mal funcionamiento de la administración de Justicia, confirma la Sala la sentencia de instancia entendiendo comprendido el plazo de sesenta días hábiles, hasta el momento en el que se notifique la sentencia a las partes, y no hasta la fecha de la sentencia. Motiva su decisión en las siguientes razones:

“a) El artículo 116 LPL es una norma de procedimiento que no puede alterar la norma sustantiva del Estatuto de los Trabajadores, donde en el artículo 57.1 existe la remisión indicada, que comprende todo el período hasta la notificación de la sentencia. b) Igualmente hay que tener en cuenta que el texto del procedimiento hace una declaración general ‘si desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declare la improcedencia, hubieran transcurrido más de sesenta días hábiles (...)’ sin utilizar la expresión del artículo 57.1 referida al momento en que ‘se dicte’ la sentencia. c) Que la regulación viene establecida para valorar la responsabilidad del Estado en esta materia de despido, estableciéndose automáticamente por Ley por el hecho de superar los períodos de tiempo que indica. d) Regulándose en este precepto (...) un supuesto de responsabilidad del Estado por defectuosa actuación del Poder Judicial, la referencia que hace el texto al momento en que se dicte la sentencia no puede significar la concreción del límite de responsabilidad, por cuanto esa mención hasta ‘que se

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

dicte' la resolución, no valora única y exclusivamente la actuación del titular del juzgado, sino de todo el órgano jurisdiccional. Se está comprendiendo todos los retrasos producidos (...) e) La sentencia es una declaración recepticia. Para la parte únicamente tiene valor en la fecha en que se le notifique. Esta notificación ha de ser inmediata, al día siguiente de dictarla, pues en caso contrario ya existe un incumplimiento que no tiene por qué recaer en el deudor de los salarios, y que a éste le es casi imposible de controlar. f) Si el legislador incluye todos los incumplimientos del órgano jurisdiccional anteriores a la fecha de la sentencia, no hay razón de no incluir los mismos, hasta la fecha de la notificación, que es cuando alcanza valor para la parte."

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2001, I.L. J 977, revoca la sentencia de instancia, en el supuesto de despido de un trabajador de la entidad "Correos y Telégrafos". Aprecia "una conducta efectivamente lesiva de derechos fundamentales que ha de provocar la declaración de nulidad del despido" de un trabajador cuya afiliación y activa intervención sindical contra la empresa es conocida por ésta, en el que la empresa justifica la extinción de contrato de interinidad en el cese del derecho a reserva de puesto de trabajo y, en el que, según la Sala, se aprecia discriminación y conducta antisindical. Pese a que el despido se motiva en el cese del derecho a reserva de puesto de trabajo de la titular sustituida, en realidad estima el Tribunal que "la titular no cesa en aquella situación, sino que simplemente se produce un cambio de destino permaneciendo en la misma situación de comisión de servicios que dio lugar a la contratación del actor como interino (por lo que) no existía causa para la extinción del contrato de interinidad y por ello, la decisión injustificada del empleador constituye un despido ilícito". Además "la falta de causa para el cese y la posterior contratación del actor en centro ubicado en otra localidad supone un fuerte indicio de intento de apartar al trabajador de su núcleo de actividad sindical que no ha sido en modo alguno desvirtuado".

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de junio de 2001 (recurso 371/2001), I.L. J 1597, revoca la sentencia de instancia que declaraba la improcedencia del despido de un profesor de la Universidad SEK de Segovia, que envía un fax desde la empresa, al redactor del diario de Segovia "El Adelantado" con un documento titulado "El rector de la Universidad SEK incumple los propios estatutos", y ello pese a existir orden expresa prohibiendo la utilización directa del fax. Califica como nulo el despido dado que "existen indicios para entender que el despido se debió a móvil discriminatorio o atentatorio de derecho fundamental". Motiva su decisión la Sala en que:

"el actor era miembro del Comité de Huelga y, participó en distintas huelgas convocadas en el seno de la Universidad SEK de Segovia, habiéndose remitido por la empresa al actor escrito en el que se le rogaba su incorporación inmediata a su puesto de trabajo y depusiera su participación activa en una de las huelgas y de todo ello, se desprende que entre la participación del actor en las huelgas convocadas en la Universidad y el despido acordado

por la empresa existe una relación de causa a efecto, y en su consecuencia, existen indicios de que el despido disciplinario encubre en realidad una extinción de la relación laboral lesiva de un derecho fundamental, (...) y, no pudiendo considerar justificación bastante el mismo hecho que sí ha quedado acreditado, de que enviara un Fax a 'El Adelantado' no relacionado con las funciones laborales que tenía encomendadas, pues el fax dirigido al redactor de 'El Adelantado' contenía un documento titulado 'El rector de la Universidad SEK incumple los propios estatutos'. Y si bien el actor utilizó el fax situado en el Despacho de Dña. Celia G., habiendo recibido (...) una instrucción concreta por parte de la empresa por la que se prohibía utilizar directamente el fax de la empresa, de ello, si bien se infiere una desobediencia del actor a la empresa, la misma no reviste entidad suficiente como para considerarla como falta grave que sea causa bastante como para sancionar con el despido”.

B) Distribución de la carga probatoria

A la distribución de la carga probatoria en un supuesto de despido calificado de nulo se refiere la **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2001**, I.L. J 977. Aprecia la Sala claros indicios de discriminación y de conducta antisindical “pues la falta de justificación por parte de la empresa hace relevante la situación concreta del actor, fuertemente comprometido con una actividad sindical evidente” así mismo “la falta de causa para el cese y la posterior contratación del actor en centro ubicado en otra localidad supone un fuerte indicio de intento de apartar al trabajador de su núcleo de actividad sindical que no ha sido en modo alguno desvirtuado”. Así según “se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de febrero y 15 de abril de 1996 dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina, para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental y los indicios son señales o acciones que manifiestan –de forma inequívoca– algo oculto, lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprender algo por conjeturas fundadas en apariencia”. Recoge el Tribunal la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, respecto a este principio:

“Cuando, ante una decisión empresarial, se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio o de vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar al convencimiento del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio (por todas la STC 114/1989, de 22 de junio).

La correcta interpretación del alcance de esta doctrina exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada pro intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de mesurar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurran en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias sur-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

gidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesaria para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma.”

C) Cuestiones conexas

La STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2001, I.L. J 977, analiza la cuestión relativa a la indemnización solicitada como consecuencia de la apreciación de una lesión al derecho fundamental a la libertad sindical, denegando su petición al no haber justificado el actor los conceptos en los que basaba tal petición, ya que, según razona la Sala, no procede la determinación de una “indemnización automática”, sino que “el demandante necesariamente debe alegar los elementos clave de la indemnización que reclama y justificar suficientemente las razones que avalan la petición de indemnización como los criterios para determinar la cuantía de la misma”. Motiva el Tribunal su decisión en que:

“a) de un lado, nos hallamos ante un supuesto de despido en el que el efecto de la declaración de nulidad (readmisión y salarios de tramitación)”, en el que viene tasada por la norma la reparación de la lesión del derecho fundamental, y que “b) podríamos admitir que con la decisión extintiva de la empresa adoptada con vulneración de la libertad sindical del trabajador se hubieran provocado otros daños además de los que se derivan de la pérdida del empleo que pudieran suscitar la duda sobre si los efectos legales de la declaración de nulidad del despido resultan suficientes par la completa reparación del perjuicio irrogado” (...) en todo caso es preciso “alegar los elementos clave de la indemnización”.

La STS de 12 de junio de 2001, Sala Cuarta (r.c.u.d. 3827/2000), I.L. J 1431, resuelve en unificación de doctrina el recurso interpuesto en un supuesto de despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia declara que la acción indemnizatoria debe deducirse en otro procedimiento. Anula el Tribunal Supremo la Sentencia del Juzgado de lo Social por cuanto “no es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y el 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”.

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA

M^a. CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Libertad sindical y negociación colectiva. B) Representatividad sindical. C) Secciones y delegados sindicales.

2. Representación unitaria de los trabajadores. A) Garantías de los representantes: alcance. B) Competencias del Comité de Empresa. **3. Conflictos colectivos.** A) Objeto del proceso de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Huelga y despido. B) Sustitución de trabajadores huelguistas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica comprende las Sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que aparecen en los números 5 a 8 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* con los marginales J 864 a J 1769.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Libertad sindical y negociación colectiva

La conexión entre el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias. Así, en la **STS de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1408, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras a través de la modalidad procesal de protección del derecho de libertad sindical solicitó una declaración de ilicitud, en tanto que contrario al derecho de libertad sindical por vulneración del derecho a la negociación colectiva, de un acuerdo alcanzado entre el sindicato CEMSAT-SE y la Administración en el que se decidía el aumento de un complemento específico para determinadas categorías durante los años 2000 y 2001. El sindicato demandante tenía derecho pleno a intervenir en las negociaciones encaminadas a conseguir el acuerdo en el que se fijaron los mencionados complementos, pero no había sido llamado a intervenir en dichas negociaciones. El TC en otras ocasiones ya había dicho que el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo. Sin embargo, cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical como una de sus

facultades de acción sindical. Teniendo en cuenta esta interpretación, el TS entendió que la ausencia de llamada a participar en la mencionada negociación suponía una violación del derecho de libertad sindical de la Confederación Sindical demandante.

No haber convocado a un determinado sindicato a una reunión de naturaleza consultiva que tenía una sola finalidad, redactar el texto definitivo de un convenio que aquel sindicato no había firmado es la cuestión que se plantea en la **STS de 14 de junio de 2001**, I.L. J 1446. En este caso el TS entendió que la no citación a una reunión intermedia, cuyo carácter era meramente consultivo no constituía una lesión de la libertad sindical. Además, había que tener en cuenta que el mencionado convenio había sido finalmente sometido a la valoración de la comisión negociadora del convenio colectivo para su firma y a esta reunión sí se había convocado al sindicato demandante. Como se ha podido comprobar, formar parte de la comisión negociadora de un convenio colectivo es una manifestación del derecho a la negociación colectiva. Ahora bien, para ser titular de ese derecho es preciso contar con legitimidad para negociar, diferente en función del tipo de convenio que se esté negociando. Si bien es cierto que en los casos en los que no se posee dicha legitimidad no se puede pretender una declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical, tal y como se nos recuerda en la **STS de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1477.

Siguiendo la misma línea interpretativa se niega vulneración del derecho de libertad sindical respecto del derecho a la negociación colectiva a un sindicato que, sin legitimidad para negociar un convenio, pretende formar parte de las comisiones creadas por el mismo. La **STS de 24 de mayo de 2001**, I.L. J 1112, plantea esa cuestión. En este caso una vez negociado un convenio sectorial se habían creado unas Subcomisiones Paritarias en las que la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del convenio delegaba sus funciones. El sindicato demandante aunque no tenía legitimidad para negociar el convenio mencionado entendía que debía haber sido convocado para formar parte de una de las antedichas Subcomisiones. A juicio de este sindicato se había vulnerado su derecho a la negociación colectiva y con ello su libertad sindical. Además, el recurrente entendía que esas Subcomisiones contaban con cierta función negociadora, lo cual se negaba por la parte demandada. Otro de los argumentos del sindicato accionante era el de que contaba con una representatividad del 10 por ciento en el ámbito de un determinado Departamento respecto del cual existía una de las Comisiones. La posición del TS fue clara al respecto. En primer lugar, se dudaba acerca de la posibilidad de parcelar la capacidad de negociación en el ámbito de un convenio de sector, en segundo lugar y aunque pudiera admitirse esta opción, dicho índice de representatividad no figuraba entre los hechos probados, y en tercer lugar la Subcomisión a la que el sindicato demandante pretendía incorporarse no gozaba de la facultad negociadora que aquél le atribuía.

B) Representatividad sindical

Las pretensiones de los sindicatos de intervenir o participar en ciertas actividades sindicales han dado lugar a un importante número de sentencias tanto del TS como de los Tribunales Superiores de Justicia entre las que debemos incluir la **STSJ de Aragón de 13**

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de junio de 2001, I.L. J 1371. En este caso se discutía el derecho de USO a formar parte de las Comisiones Provinciales de Conciertos Educativos en la Comunidad Autónoma de Aragón. Dichas Comisiones estaban compuestas por tres representantes, y el número de representantes que podía designar cada sindicato se había decidido en función de la representatividad que cada uno de ellos había conseguido en el ámbito territorial correspondiente, que en este caso era el autonómico. Los mayores índices de representatividad los obtuvieron FSIE y UGT respectivamente, por lo que en la mencionada Comisión se otorgaron dos representantes a FSIE y otro a UGT, quedando fuera USO, motivo por el cual este sindicato consideraba vulnerado su derecho a la libertad sindical. El TSJ de Aragón, por el contrario, consideró que la superior representatividad de la FSIE (más del 50 por ciento) justificaba el reparto realizado, negando la existencia de una vulneración del artículo 6 LOLS y desestimando en consecuencia el recurso interpuesto.

C) Secciones y delegados sindicales

Una vez más se plantea una cuestión que ya había sido sometida a unificación de doctrina en 1998 y respecto de la que ya existe un nutrido conjunto de sentencias. El tema planteado no es otro que el de aclarar si la exigencia de 250 trabajadores para poder elegir a un delegado sindical ha de entenderse referida al centro de trabajo o a la empresa. Parece aceptado, al menos jurisprudencialmente, que dicha cifra ha de exigirse respecto de cada centro de trabajo y no respecto de la empresa en su conjunto. La **STS de 13 de junio de 2001**, I.L. J 1439, plantea esa cuestión y además aclara qué ha de entenderse por centro de trabajo en el sector de Correos y Telégrafos. En el supuesto que dio lugar a la sentencia mencionada se dudaba acerca de la consideración de la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos de Navarra pudiendo distinguirse dos interpretaciones: por un lado, considerar todas las oficinas que constituyen la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos de Navarra como un solo centro de trabajo; y por otro, estimar cada oficina de atención al público como un centro de trabajo, todo ello con la importante trascendencia que una u otra interpretación tendría a efectos de la determinación del número de delegados sindicales susceptibles de ser elegidos. La solución dada a la cuestión planteada pasó por considerar cada oficina de Correos y Telégrafos que tuviera ubicación independiente, cualquiera que fuera su rango, como el referente a tener en cuenta a la hora de aplicar el artículo 10.1 LOLS. Esta cuestión también había sido objeto de aclaración en una sentencia de la Audiencia Nacional de abril de 2001 (*Justicia Laboral*, núm. 5, crónica VII, Libertad Sindical y Conflictos Colectivos, pág. 165).

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Garantías de los representantes: alcance

Una de las facilidades con que cuentan los representantes de los trabajadores para poder desempeñar la actividad que les corresponde en el desempeño de dicha función es el crédito horario, lo que, como se sabe, implica la existencia de una determinada cantidad de horas en proporción al número de trabajadores del centro para que los representantes lle-

ven a cabo funciones propias de su cargo con la correspondiente descarga de su concreta actividad laboral. El uso del crédito horario ha dado lugar a numerosas sentencias en las que se ponen de manifiesto los numerosos problemas originados por la utilización de esta prerrogativa. Uno de esos problemas susceptibles de aparecer es el reflejado en la **STSJ de Aragón de 28 de junio de 2001**, I.L. J 1376. En este caso el empresario había convocado una serie de reuniones a las que los representantes de los trabajadores debían asistir un día en el que algunos de ellos descansaban. Dicha coincidencia implicaba que los representantes de los trabajadores que descansaban el día en el que se celebraba la reunión veían interrumpido su descanso sin consumir crédito horario y a su juicio esta conducta empresarial lesionaba su derecho a la libertad sindical, motivo por el que interpusieron la demanda correspondiente.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón llevó a cabo una loable labor de sistematización de la doctrina del TS existente acerca de esta materia. Ya en 1986 el TS había establecido una regla general según la cual el crédito horario estaba condicionado a que el tiempo dedicado a actividades representativas coincidiera con el tiempo de trabajo real y efectivo, admitiéndose dos excepciones: cuando el representante tuviera asignado un horario o turno nocturno que no coincidiese con las horas invertidas en las funciones sindicales y cuando se tratase de empresas con diferentes turnos de trabajo y el comité de empresa estuviera constituido por trabajadores con distinto turno. En el caso que dio lugar a la sentencia mencionada la empresa prestaba servicios todos los días de la semana, lo que suponía que necesariamente había trabajadores que, por tener que trabajar el fin de semana disfrutaban de su descanso semanal entre semana. Esta situación llevaba a una conclusión clara: la celebración de una reunión coincidiendo con el día de descanso de alguno de los representantes provocaba que se veían privados del mismo, lo cual era un esfuerzo y una dedicación relacionada con el carácter social de su cargo merecedor de la correspondiente compensación bien en forma de descanso, bien en forma de minoración de su jornada en proporción a las horas invertidas en dicha función.

Como se sabe, la acumulación de las horas que constituyen el crédito horario en una persona da lugar a la figura del denominado liberado sindical. Este cargo implica que la persona que lo ejerce emplea todo su tiempo en el desarrollo de la actividad sindical propia del mismo. Ahora bien, el disfrute de determinados derechos laborales por parte de estas personas ha dado lugar a numerosos conflictos cuya solución por parte de los tribunales ha supuesto una importante contribución que complementa la regulación existente en la norma. La **STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2001**, I.L. J 1134, es un claro ejemplo de ello. La cuestión que se planteaba en esta sentencia era si un liberado sindical que nunca había llegado a trabajar efectivamente en la empresa porque el mismo día que firmó el contrato de trabajo en 1990 tomó posesión del cargo de representante tenía o no derecho a cobrar los complementos de turnicidad, nocturnidad y festividad. Estos dos últimos complementos se habían fijado en 1990 y el de turnicidad en 1997. Durante unos cuantos años a esta persona no se le había pagado ninguno de estos complementos, lo que implicaba que las partes pacíficamente habían venido asumiendo el tratamiento retributivo inicial. Sin embargo, planteada la reclamación por parte del trabajador solici-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

tando se le abonasen todos los complementos, la empresa negó dicha posibilidad basándose en el hecho de que no estaba prestando trabajo efectivo. Como consecuencia de dicha actitud el trabajador demandó a la empresa alegando la existencia de una conducta antisindical. Siguiendo la doctrina del TC (**STC de 26 de julio de 2001**, I.L. J 1672) y, en la misma línea de otros Tribunales Superiores de Justicia, la Sentencia de 9 de mayo confirma el ya consolidado principio de indemnidad retributiva sindical claramente vulnerado si se produce un trato remuneratorio inferior al que sería propio de la relación de trabajo en el caso de que se prestase trabajo efectivo.

Una figura diferente, pero que guarda ciertas similitudes con la del liberado sindical es la que aparece en la **STSJ de Canarias de 27 de abril de 2001**, I.L. J 954. En ella se discutía la retribución de una persona que había sido dispensada de la realización de su trabajo al amparo del denominado “Acuerdo por el Empleo desde la Solidaridad y la Competitividad” en virtud del cual, con objeto de facilitar sus funciones, las Centrales Sindicales podían disponer de 15 empleados públicos cada una, empleados que estarían liberados de servicio hasta un nuevo acuerdo. En este caso el conflicto se planteó porque el trabajador que reclamó venía percibiendo una retribución superior a la que le correspondía porque estaba realizando funciones propias de una categoría superior. Esto provocó que en el momento en el que cesó en la realización de su actividad laboral se le comenzara a retribuir de acuerdo con la categoría en la que se incluía su puesto de trabajo y no en función de la categoría superior a la que pertenecía la actividad que venía desarrollando y por la que venía cobrando. La Consejería de Empleo y Asuntos Sociales que reclamó en suplicación entendía que el trabajador no tenía derecho a la retribución correspondiente a la categoría superior porque no estaba realizando la actividad correspondiente a la misma, de hecho no estaba prestando ninguna actividad laboral. Además entendía la Consejería que no estaba ante un liberado sindical porque esa persona no había sido elegida por los procedimientos legalmente establecidos, ni era representante de los trabajadores y por tanto no se le podía aplicar el principio de indemnidad retributiva que inspira la doctrina jurisprudencialmente acuñada respecto de los liberados sindicales. Sin embargo, el Tribunal entendió que, en la medida en que la función realizada por estos trabajadores no estaba ordenada en interés individual sino en interés general o colectivo del grupo, y ya que la Centrales Sindicales desempeñaban una función decisiva en orden al interés general de los trabajadores debía asimilarse la actividad realizada por el actor a la función representativa prevista por la Ley. Con esta decisión se pretendía evitar que el desempeño de dichas funciones a favor de las Centrales Sindicales supusiera un perjuicio patrimonial para la persona que había sido elegido para desempeñarlas. En consecuencia se reconoció al actor el percibo de las retribuciones a las que tendría derecho si estuviera prestando servicios efectivos. En otras palabras, la doctrina existente respecto de los representantes legales de los trabajadores resultaba aplicable.

Otra de las facilidades con que cuentan los representantes de los trabajadores es el derecho a utilizar un local donde desarrollar actividades propias de su cargo. Son muchas las sentencias en las que se discute acerca de los requisitos que los representantes de los trabajadores han de cumplir para disfrutar de dicha posibilidad. Sin embargo, en la **STSJ de Extremadura de 19 de junio de 2001**, I.L. J 1606, no se discutía ese extremo, ya que eran hechos probados los que ponían de manifiesto que el sindicato CGT tenía derecho

al local que había solicitado a la Junta de Extremadura en varias ocasiones y desde hacía aproximadamente un año. El problema que se planteaba en esta sentencia venía dado por la pasividad mostrada por la Junta ante la solicitud del Sindicato. Ante este comportamiento, CGT interpuso una demanda reclamando el local que aún no se le había facilitado, así como una indemnización por daños morales. En la instancia se estimó la vulneración del derecho de libertad sindical, pero no se aceptó la pretensión de resarcimiento de daños morales al entender que no habían sido acreditados. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, siguiendo la doctrina del TS existente al respecto, entendió que sí cabía indemnización puesto que una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño.

B) Competencias del Comité de Empresa

Entre las competencias que el artículo 64 ET atribuye al Comité de Empresa se encuentra la que fue objeto de discusión en la **STSJ de Canarias de 9 de mayo de 2001**, I.L. J 1151. En el supuesto que dio lugar a esta sentencia la empresa no había proporcionado al Comité de Empresa los documentos a los que hace referencia el artículo 64.1.1 ET. Además la empresa se había negado en varias ocasiones a negociar un convenio colectivo lo que impulsó al Comité a interponer una demanda de tutela de la libertad sindical solicitando que el juez declarase la existencia de una conducta antisindical. El juez de instancia entendió que existía una conducta antisindical y condenó a la empresa a cesar inmediatamente en dicha conducta y a entregar al Comité la documentación e información citada, así como a negociar con buena fe un convenio de empresa y a pagar una indemnización de un millón de pesetas por el daño moral causado. Ante esta sentencia la empresa interpuso recurso de suplicación, pero el TSJ de Canarias confirmó la sentencia de instancia admitiendo la existencia de una conducta antisindical y condenando al pago de la indemnización mencionada.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Objeto del proceso de conflicto colectivo

Son numerosas las sentencias que hacen referencia al objeto del proceso de conflicto colectivo. En todas ellas se distinguen dos elementos que han de estar presentes para poder utilizar esta modalidad procesal, uno objetivo y otro subjetivo. El elemento subjetivo exige que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. Esto se traduce, por ejemplo, en el hecho de que la cuestión que se suscite ha de afectar a la totalidad de los trabajadores que presten servicios en el ámbito en el que se plantea el conflicto. Si sólo afecta a una parte de los trabajadores estamos ante un interés concreto e individual cuya defensa no puede llevarse a cabo a través del proceso de conflicto colectivo tal y

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

como establece la **STS de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1479. Continuando con la doctrina existente acerca del elemento subjetivo, el TS exige la existencia de un conjunto en el que haya cierta homogeneidad, de modo que si el examen de una pretensión requiere el estudio de condiciones individuales de los afectados, de tal manera que el éxito de la pretensión dé lugar a pronunciamientos para cada uno de los integrantes del grupo, el cauce procesal a utilizar no puede ser el de conflicto colectivo. La aplicación de esta doctrina implica que la solicitud del reconocimiento de la pretensión de un grupo de trabajadores de convertir en indefinidos sus contratos de trabajo en prácticas en el mismo nivel VII para el que fueron contratados inicialmente, no puede plantearse a través del proceso de conflicto colectivo de acuerdo con la **STS de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1085.

El elemento objetivo consiste en la presencia de un interés general e indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y que, aunque se pueda dividir en sus consecuencias, no se puede dividir en su propia configuración general. De acuerdo con esta doctrina, ya consolidada en nuestros Tribunales, no se puede utilizar el proceso de conflicto colectivo para ejercitar una acción de condena al pago de una cantidad determinada a favor de la comisión de seguimiento de un convenio, para que luego ésta la reparta entre todos los afectados según la **STS de 6 de junio de 2001**, I.L. J 1399. Por el contrario, este cauce procesal sí puede utilizarse cuando lo que se reclama es el reconocimiento del derecho a participar en una comisión paritaria creada en aplicación de un acuerdo relativo a la contratación temporal de personal en la Administración Pública. En la **STSJ del País Vasco de 3 de abril de 2001**, I.L. J 1036, se planteó un supuesto en el que la Federación de Servicios Públicos integrada en la Unión General de Trabajadores reclamaba la posibilidad de participar en las comisiones paritarias creadas en aplicación del Acuerdo para la contratación temporal de personal y a tener voz y voto. El Servicio Vasco de Salud, entre otras excepciones interpuso la de inadecuación de procedimiento al considerar que el apropiado habría sido el de tutela de los derechos de libertad sindical, pero el Tribunal, siguiendo dos sentencias del TS de 1995 y 1997, entendió que el de conflicto colectivo podía ser utilizado. Esta sentencia se basaba en otras del TS en las que, ante supuestos semejantes, se había considerado que se daban los dos elementos necesarios para poder utilizar esta modalidad procesal: el objetivo y el subjetivo. Efectivamente había un grupo de trabajadores homogéneo con un interés general: la participación en las comisiones mencionadas. Podría pensarse que la participación pretendida era un interés privativo del Sindicato, en cambio no se consideró así porque aunque el Sindicato participaba en la negociación lo hacía como mero instrumento de los trabajadores, verdaderos sujetos de la misma.

4. EL DERECHO DE HUELGA

A) Huelga y despido

El ejercicio del derecho de huelga puede conllevar la sanción de despido si no se ejercita en el marco de los límites establecidos por la norma, pero si se respetan dichos límites el ejercicio de este derecho únicamente desencadena los efectos recogidos en el artículo 6 RDRLT 17/1977, de 4 de marzo, de reforma de la normativa sobre Relaciones

de Trabajo. El ejercicio de este derecho puede provocar la toma de represalias por parte del empresario solapadas bajo una apariencia aséptica y acorde con la norma que establezca la sanción concreta de que se trate. Eso es lo que ocurrió en el supuesto que dio lugar a la **STSJ de Castilla León (Burgos) de 18 de junio de 2001**, I.L. J 1597. En este caso a un trabajador que había ejercitado el derecho de huelga y había formado parte del comité de huelga se le despidió alegando como causa de despido la utilización indebida de un fax. En cambio en el supuesto existían indicios que ponían de manifiesto la existencia de una relación causa-efecto entre el despido y el ejercicio del derecho de huelga, motivo por el cual el trabajador afectado solicitó una declaración de nulidad del despido. En la instancia se falló la improcedencia del despido, pero en suplicación el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) declaró la nulidad del despido ante la clara existencia de la mencionada relación causa-efecto entre aquél y el ejercicio del derecho de huelga.

B) Sustitución de trabajadores huelguistas

Como se sabe, una de las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores respecto del empresario es la imposibilidad de éstos de sustituir a los trabajadores huelguistas para reducir sus efectos. Los empresarios han utilizado diversos mecanismos para reducir las consecuencias perniciosas de la huelga sobre el proceso productivo. La contratación de trabajadores eventuales en fechas próximas a la celebración de una huelga cuando no hay razones ajenas a la huelga para llevar a cabo dichas contrataciones es una violación manifiesta del artículo 6.5 RDRLT de 4 de marzo de 1977, tal y como se afirma en la **STS de 13 de junio de 2001**, I.L. J 1367. En la **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001**, I.L. J 1032, la actuación del empresario para reducir la efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la producción consistió en ampliar la jornada de 16 trabajadores contratados por una ETT. Ante esta actuación los sindicatos UGT, CCOO y ELA-STV interpusieron demanda solicitando una declaración de vulneración del derecho de huelga y la correspondiente declaración de nulidad de dicha conducta. También solicitaron el cese inmediato en la misma y la condena de la empresa a indemnizar a los demandantes con tres millones de pesetas en concepto de reparación por las consecuencias derivadas de su actuación. El TSJ de Navarra admitió que la conducta descrita suponía una vulneración del artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, al considerar que el motivo de la ampliación de la jornada no era debido a un incremento ocasional de la productividad de la empresa, sino un mero instrumento para privar de efectividad a la huelga y por ello calificó dicho comportamiento como conducta antisindical. La indemnización quedó reducida a las doscientas mil pesetas que se habían establecido en la instancia.

Otro de los mecanismos utilizados para mitigar los efectos del ejercicio del derecho de huelga por parte del empresario consiste en desviar la prestación de servicios hacia otros centros o empresas con los que se tenga algún tipo de convenio. Éste es el supuesto que se plantea en la **STS de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1078. En este caso la huelga se había

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

convocado en el sector de la sanidad y afectaba a toda la plantilla de OSATEK, Tecnología Sanitaria de Euskadi, S.A, sociedad pública creada con cargo a los presupuestos de OSAKIDEZTA, Servicio Vasco de Salud. Tras cierta confusión a la hora de fijar los servicios mínimos, el Gobierno Vasco dirigió un escrito a OSATEK indicando que serían considerados servicios esenciales aquellos que se certificasen por los facultativos como urgentes. “Esenciales” es el adjetivo que se utiliza en la sentencia entendemos que se referirá a “mínimos”, términos que es preciso distinguir claramente. Los problemas surgieron porque el sindicato demandado decidió que algunos pacientes que debían ser atendidos por OSATEK y que no requerían asistencia urgente, lo que quiere decir que no hubieran sido atendidos debido a la huelga, fueran remitidos a otros centros de OSAKIDEZTA con los que tenía concertada la prestación de servicios sanitarios. Para el sindicato demandante esta actuación vaciaba de contenido el derecho de huelga. Sin embargo, el TS consideró que no había vulneración del derecho mencionado porque lo contrario, es decir impedir que esas personas fueran atendidas, no sería otra cosa que una manifiesta perversión del derecho de huelga. Además, en este caso se estaba perjudicando a terceros respecto de un derecho vital como es el derecho a la salud. Por esta razón el Tribunal entendió que aunque los enfermos no calificados de urgentes hubieran sido atendidos por una empresa distinta de aquélla en la que se ejercitaba el derecho de huelga, dicha conducta no suponía un menoscabo del mismo.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. 3. Determinación del convenio aplicable. 4. Concurrencia de convenios. 5. Adhesión. 6. Impugnación del convenio colectivo. A) De oficio. B) “Directa”. 7. Administración del convenio colectivo. A) General. B) Por las comisiones paritarias. C) Por los Tribunales laborales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Ofrece 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 mayo, junio y julio de 2001, publicadas en los números 5 a 8, ambos incluidos, de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova. Ninguna de ellas proporciona soluciones novedosas en relación con las cuestiones abordadas, que tampoco resultan nuevas. A mi juicio, las más interesantes son las del Tribunal Supremo de 22 de mayo y 6 de junio, sobre, respectivamente, la consideración que merece la participación de los sindicatos, prevista en el convenio, en los órganos de selección de trabajadores, que se estima que excede de la administración de aquél, y la legitimación para la impugnación “directa” del mismo.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

En el caso del convenio que afecta al personal laboral de la Administración de una Comunidad Autónoma, poseen legitimación para negociar el mismo los sindicatos que reúnan las condiciones del artículo 87.2 ET (STS de 20 de junio de 2001, I.L. J 1477).

3. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

Como regla general, “es la actividad principal de la empresa, en relación al principio de unidad de la misma, lo que determina la norma paccionada que debe resultar de aplicación” (STSJ de Extremadura de 27 de junio de 2001, I.L. J 1609).

Tratándose de una tienda ubicada en una gasolinera, el convenio aplicable es el estatal de estaciones de servicio (STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2001, I.L. J 1303).

4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Tratándose de un acuerdo de sustitución de una ordenanza, la posibilidad de afectación por convenios colectivos concluidos dentro de su ámbito, contemplada de modo general por la Disposición Transitoria Sexta, párrafo último, ET, no se limita a la que se deduce del artículo 84, párrafo segundo, de este Texto legal, sino que puede tener el alcance más amplio que se establezca en aquél, que puede llegar a configurarse como norma supletoria y dispositiva respecto a los aludidos convenios, incluidos los de empresa, en cuyo caso prevalecería la regulación de condiciones de trabajo contenidas en los mismos, aun siendo inferior a la prevista por el acuerdo de sustitución. Lo pone de relieve la **STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de mayo de 2001**, I.L. J 1061, a propósito del acuerdo marco nacional para la sustitución de la ordenanza del comercio y un convenio de empresa que se aparta de él al fijar una duración superior para el período de prueba. Repara la Sala en que dicho acuerdo, al establecer “que en cualquier momento las partes legitimadas, según los artículos 87 y 88 del Estatuto, podrán disponer de la totalidad o de alguno” de sus contenidos, “concede la posibilidad de que quienes están legitimados para pactar un convenio de empresa puedan hacerlo sin límite alguno de materias y sin sujeción alguna a lo regulado” en aquél, “el cual no tiene otro alcance y finalidad que la de servir de norma subsidiaria y complementadora, siendo de obligado cumplimiento (...) únicamente cuando no exista texto legal o convencional que contemple el tratamiento de alguna de las materias que en el mismo se desarrollan”.

5. ADHESIÓN

Viene a poner de relieve el **TSJ de Cataluña**, en su **Sentencia de 17 de mayo de 2001**, I.L. J 1180, la nulidad del pacto individual por el que se acuerda la sumisión a un convenio colectivo distinto del que correspondería aplicar:

“El artículo 3.5 del ET impide la renuncia de derechos por parte de los trabajadores, lo que excluye la posibilidad de aplicar el convenio aceptado en contrato si resulta que el mismo no es el que corresponde por su ámbito de aplicación: la fuerza vinculante y el valor normativo de los convenios hace que éstos prevalezcan sobre los contratos individuales, máxime en un caso como el presente en el que si, en razón de su ámbito, resulta aplicable otro convenio, se podría estar vulnerando incluso el derecho a la libertad sindical, en la medida en que, a través de cláusulas contractuales masivas, se deja sin eficacia real un determinado convenio para un grupo de trabajadores.”

6. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) De oficio

La posibilidad de la autoridad laboral de promover la impugnación de que se trata, contemplada en el artículo 161 LPL, no desaparece por el hecho de que el convenio atacado

haya sido suscrito por la Administración Pública de la que aquélla forma parte (STS de 22 de mayo de 2001, I.L. J 1103).

B) “Directa”

Tratándose de una impugnación por “ilegalidad” del convenio, la demanda debe identificar de forma precisa, según recuerda la STS de 3 de mayo de 2001, I.L. J 1069, la disposición legal de derecho necesario y el precepto o preceptos de ella que se consideren infringidos [arts. 162.1.a) y 163.3 LPL]. Por su parte, el órgano jurisdiccional tendrá que limitarse a examinar si el convenio incurre o no en las violaciones invocadas en aquélla, no pudiendo entrar en el análisis de la posible existencia de otras distintas omitidas en la misma:

“La denuncia de ilegalidad de un convenio colectivo no puede efectuarse de manera genérica e imprecisa; el demandante no puede válidamente limitarse a alegar que el convenio colectivo es contrario a la ley, sin precisar cuáles son las normas legales vulneradas por el mismo, ni lo preceptos o cláusulas del convenio que incurren en esa infracción. Tal clase de denuncia genérica carece por completo de efectividad y vigencia, no estando el juez obligado, en virtud de esa inconcreta denuncia, a realizar por su cuenta el estudio de la legalidad o ilegalidad de todos y cada uno de los preceptos del convenio; y, en consecuencia, si la demanda se basa en unas determinadas infracciones legales, el juez no puede llevar a cabo el análisis de cualquier otra conculcación de normas jurídicas en que haya podido incurrir dicho convenio, distinta o ajena a las denunciadas. La propia naturaleza y finalidad de este proceso especial obligan a constreñir el ámbito decisor del juez, en los supuestos en que se alegue la ilegalidad del convenio, al examen estricto de las concretas violaciones legales aducidas en la demanda que haya dado origen a tal proceso.”

Pero, además, tampoco cabe fundamentar la “ilegalidad” en la apreciación de una oposición entre algunas cláusulas del convenio impugnado o entre éstas y las de otro convenio:

“No existe ilegalidad si las disposiciones del convenio se oponen a las de otro convenio diferente, ni tampoco cuando la contradicción se da entre distintos artículos o cláusulas de un mismo convenio; no siendo posible, en estos últimos casos, basar la ilegalidad de tal convenio en la alegación de que determinados artículos (...) vulneran por este motivo otros preceptos del mismo. Esta clase de alegación de violación normativa carece de eficacia con respecto a la impugnación del convenio por ilegalidad. La contraposición entre disposiciones o cláusulas de un mismo convenio podrá ser salvada a través de una interpretación integradora de ese convenio, que puede llevarse a efecto mediante un proceso de conflicto colectivo o en virtud de cualquier remedio similar, pero en ningún caso se puede formular válidamente una impugnación por ilegalidad (...) fundando tal ilegalidad en el hecho de haberse infringido uno o varios de los preceptos del convenio que resultan contradictorios con aquellas otras normas del mismo cuya nulidad se pretende a través de esa impugnación.”

Por lo que respecta a la legitimación para promover la impugnación, carecen de ella las viudas de los trabajadores de la empresa, por sí o a través de una asociación de la que formen parte. Tal falta de legitimación es destacada por la **STS de 6 de junio de 2001**, I.L. J 1396, que la proclama tanto para la impugnación por ilegalidad como por lesividad de un pacto colectivo que regula cierto beneficio que afecta a aquéllas. Para la Sala, es evidente que las mismas y la aludida asociación no pueden considerarse incluidos entre los sujetos a los que el artículo 163.1.a) y b) LPL atribuye la expresada legitimación. En efecto, quienes impugnan no tienen la condición de órgano de representación legal (representación “unitaria”) o sindical de los trabajadores (secciones y delegados sindicales) ni constituyen un sindicato o una asociación empresarial, únicos órganos y personas jurídicas legitimados para impugnar un convenio colectivo por “ilegalidad” [art. 163.1.a) LPL]. Pero, por otra parte, tampoco entran en el concepto de “terceros” legitimados para la impugnación por “lesividad”, a los que se refiere el artículo 163.1.b) LPL, los cuales nunca podrán ser “los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio”. “Para determinar quiénes, conforme con el indicado precepto, quedan excluidos del concepto de terceros, lo importante no son los términos ‘trabajadores y empresarios’, sino el predicado ‘incluidos en el ámbito de aplicación’, pues este último dato es el que realmente otorga la condición de afectado y parte del mismo, siendo terceros, lógicamente, sólo aquellos que quedan fuera de ese ámbito. El concepto de tercero, consiguientemente, se reserva a quienes no están dentro del campo de aplicación del convenio”, lo que no es el caso de las aludidas viudas. Por lo que respecta a la asociación de éstas, dotada de personalidad jurídica propia, “podría en abstracto ostentar la condición de tercero, toda vez que no está incluida expresamente en el campo subjetivo de aplicación del acuerdo. Pero, como señala la STS de 11 de marzo de 1997, que se remite a la de 15 de marzo de 1993 (...), la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo por causa de lesividad exige que una o varias cláusulas (...) o la totalidad del mismo produzcan un perjuicio grave e ilegítimo en intereses jurídicamente protegidos del sujeto que plantea la impugnación. Y la asociación demandante no aduce como causa de lesividad perjuicio propio, ni lo sufre, sino perjuicio de sus asociados, los cuales, según ya se ha analizado, no tienen la condición de terceros respecto del acuerdo impugnado”.

En cambio, sí ostentan legitimación para impugnar por ilegalidad el convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria los sindicatos por cuyas candidaturas a las correspondientes elecciones se hubiesen presentado los miembros de dicha representación (**STS de 11 de julio de 2001**, I.L. J 1411, con cita de la de igual Tribunal y Sala de 1 de junio de 1996).

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) General

Excede de lo que constituye propiamente administración del convenio colectivo la participación de los sindicatos en los procedimientos de selección de personal mediante la

VIII. Negociación Colectiva

designación, dispuesta por aquél, de un determinado número de vocales que formen parte de los correspondientes tribunales u órganos de selección. Por consiguiente, la referida participación no puede limitarse a los sindicatos firmantes del convenio. Así, en relación con una previsión como la indicada contenida en un convenio colectivo de una Administración Pública, **STS de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1103:

“La cuestión reside en determinar si estamos ante una función de mera administración del pacto o si la acción sindical afecta a una materia que excede la gestión de lo acordado”, debiéndose tener en cuenta que “no es contrario al principio de igualdad ni a la libertad sindical reservar a los sindicatos que han suscrito el convenio la participación en su administración, pues es lógico que la aplicación de lo acordado se reserve a quienes hayan participado en el acuerdo. Pero esta justificación no puede aplicarse cuando las diferencias exceden de lo que es propiamente la gestión del pacto y esto es lo que sucede en el campo de selección del personal laboral (...). No puede sostenerse que cuando se participa en un proceso de selección del personal al servicio de la Administración se esté ‘administrando’ un convenio colectivo”.

B) Por las comisiones paritarias

La determinación de la composición de la comisión paritaria corresponde “a las partes que han negociado el convenio colectivo, aunque, salvo previsión en contrario, debe aplicarse, al efecto, el criterio de la proporcionalidad” (se sobreentiende que respecto a la representatividad que acredite cada uno de los sujetos negociadores). De no asumir dicha comisión facultades que excedan de las de administración del convenio, carecen del derecho a formar parte de la misma los sindicatos no firmantes de aquél, igual que sucede en relación con las subcomisiones a las que no se atribuya facultades negociadoras. Así, **SSTS de 9 y 24 de mayo de 2001**, I.L. J 1074 y 1112, respectivamente, confirmando las sentencias de instancia, de la Audiencia Nacional, que desestimaron la pretensión de ciertos sindicatos de contar con presencia en las subcomisiones paritarias dependientes de la “comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación” (CIVEA) del convenio colectivo único del personal laboral de la Administración del Estado (de 1998), en cuya negociación no pudieron participar por carecer de legitimación.

C) Por los Tribunales laborales

Reiteran la necesidad de interpretar los convenios colectivos de acuerdo con las reglas que rigen tanto la interpretación de las leyes como de los contratos dos **SSTS de 3 de mayo de 2001**, I.L. J 1067 y 1071, ambas poniendo también de relieve que de tales reglas la principal es la de la interpretación literal, debiendo acudir a otras únicamente cuando el sentido de las palabras no sea claro.

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento.

4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A) Concepto de accidente. B) Indemnización por daños y perjuicios. C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene.

D) Enfermedades profesionales. 9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. A) Responsabilidad del empresario. B) Responsabilidad de la Mutua.

10. Asistencia sanitaria. A) Reintegro de gastos médicos. 11. Incapacidad temporal.

A) Sujetos responsables del pago. B) Dinámica de la prestación. 12. Maternidad.

13. Régímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social.

15. Procesos de Seguridad Social. A) Jurisdicción competente. B) Actos previos al proceso. C) Acto de juicio. D) Ejecución. E) Recursos.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (Marginales J 864 a J 1769).

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en esta materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

La STS de 2 de julio de 2001, I.L. J 1675, se pronuncia sobre el encuadramiento de un administrador propietario del 51 por ciento de las acciones de una sociedad que está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y sufre un accidente de trabajo. Según la doctrina consolidada del Tribunal Supremo todo administrador que ostente una participación mayoritaria en la sociedad, consistente en la mitad o más de las acciones, ha de ser considerado como un trabajador por cuenta propia al faltar la nota de la ajenidad característica del trabajo por cuenta ajena. Sin que sea obstáculo para ello el que el sujeto estu-

viera dado de alta en un Régimen determinado de la Seguridad Social sin perjuicio de los efectos que puedan producir las cuotas realmente ingresadas.

3. ENCUADRAMIENTO

La STSJ de Madrid de 6 de abril de 2001, I.L. J 1007, analizando el artículo 34 de la Ley 50/1998 con relación a la situación de Consejeros Delegados y socios de la empresa encuadrados en el RETA con efectos del 1 de enero de 1998, se pronuncia afirmativamente sobre la retroactividad en cuanto al alta en el Régimen General Asimilado retrotrayendo sus efectos a la misma fecha, por razón de la inexistencia de ninguna restricción o daño por ello, y por no tratarse de una disposición sancionadora.

La STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001, I.L. J 1556, desestima la petición en la que se pretendían los efectos de baja en el Régimen General de una trabajadora por razón de su convivencia *more uxorio* con el administrador de la empresa, tras considerar que la aplicación de la Ley en esta cuestión, sólo excluye la dependencia y ajenidad respecto al cónyuge, y no frente al conviviente en una relación de hecho.

La STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2001, I.L. J 1557, tras recordar que el vínculo matrimonial transforma la existencia de una relación de ajenidad y dependencia en relación de colaboración, salvo que se destruya la presunción de trabajador autónomo y por cuenta propia del cónyuge, reconoce la existencia de una situación de encuadramiento incorrecto en el Régimen General, con relación a una trabajadora que a la salida del trabajo sufre accidente con resultado de muerte. Dicha trabajadora, era esposa del accionista mayoritario de la empresa y administrador único de la misma, sin que este último haya aportado prueba alguna de dependencia laboral de su esposa respecto a el mismo. Esta circunstancia constituye un motivo esencial para no reconocer la existencia de accidente de trabajo, al tratarse de un trabajador incluido en el RETA.

4. GESTIÓN

El pago del subsidio está sujeto al plazo de caducidad de un año, computable mes por mes. El actor, trabajador por cuenta propia, solicitaba la prestación de incapacidad temporal el 18 de junio de 1997 en relación con la baja médica iniciada el 6 de septiembre de 1996 hasta el 18 de marzo de 1997. En suplicación se le denegó la prestación porque el TSJ entendió que la solicitud sólo tenía efectos retroactivos de tres meses. En la sentencia de contraste, ante una situación parecida de reclamación pasados dos años de la situación de incapacidad temporal se reconoció el derecho a la prestación del trabajador al aplicarse los cinco años de prescripción del artículo 43 LGSS. Ante la reclamación del pago del subsidio de IT, la STS de 28 de mayo de 2001, I.L. J 1119, aplica lo que ya es jurisprudencia consolidada del Supremo (SSTS de 9 de octubre de 1992, de 1 de febrero de 1999) según la cual “es innecesario un reconocimiento formal del subsidio, por lo

que el beneficiario lo que tiene que reclamar es su pago, el cual está sujeto al plazo de caducidad de un año, computable mes por mes, según transcurra la situación de incapacidad”. Entiende este Tribunal que no es necesario el reconocimiento formal de la situación, bastando con que se curse el parte médico de baja y, en consecuencia, no cabe aplicar el plazo que rige la solicitud para que la prestación sea reconocida. Por tanto, se estima parcialmente el recurso presentado por el actor.

Asunción de la gestión del pago económico de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por Mutua aseguradora. El TS declara que el aseguramiento del empresario de los riesgos estando cubiertos hasta entonces por el INSS no exime a la Mutua de la asunción del pago de un subsidio de enfermedad común cuando el trabajador se hallaba ya de baja en el momento de concertación del aseguramiento (**STS de 31 de mayo de 2001**, I.L. J 1131). Entiende el Tribunal que de una interpretación sistemática del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social se desprende el principio por el cual la Mutua está obligada a extender su cobertura a todos los trabajadores de la empresa, incluidos los que están de baja. Por otra parte, al prever el artículo 70.2 del mismo RD 1993/1995 que una vez formalizada la cobertura la Mutua debe asumir la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal por contingencias comunes; dicha gestión ha de comprender tanto el control y seguimiento de la prestación como su pago. Un desdoblamiento de tales funciones, correspondiendo el pago al INSS y el procedimiento de control a la Mutua produciría una distorsión en la gestión de la prestación no justificada expresamente por precepto alguno. Ante un supuesto de idéntica problemática, la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2001**, I.L. J 1174, entiende que debe continuar asumiendo el pago de la prestación la entidad responsable del aseguramiento en el momento del hecho causante de la prestación. Para fundamentar su argumentación el TSJ atiende a la doctrina del TS dictada para las situaciones de colaboración voluntaria de la empresa y razona, en clara contradicción con la doctrina unificada que aporta la sentencia que comentamos, que la responsabilidad del pago no puede depender del mantenimiento de una relación de colaboración hacia el futuro siendo contrario a la lógica del aseguramiento imputar a una entidad la responsabilidad de un gasto por el que no se han percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en esta materia.

6. COTIZACIÓN

Encuadramiento de los socios trabajadores de Cooperativa de Trabajo Asociado y reconocimiento de la cotización de a tiempo parcial. La **STSJ de Valencia de 3 de abril de 2001**, I.L. J 1651, reconoce en base al artículo del RD 225/1989, de 8 de marzo, de incorporación de los socios trabajadores a Cooperativas de Trabajo Asociado, la total equiparación entre socios trabajadores de cooperativas y trabajadores por cuenta ajena en la aplicación

de la normativa del Régimen de Seguridad Social. En base a la asimilación de los socios trabajadores de Cooperativa de Trabajo Asociado a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de Seguridad Social, el Tribunal entiende que se les ha de reconocer a éstos también el derecho a que coticen por la jornada realmente fijada.

Obligación principal del pago del subsidio de incapacidad temporal por la empresa que asumió el compromiso de colaboración. Responsabilidad subsidiaria del INSS. El recurrente solicitó el pago directo del subsidio al INSS por incumplimiento del empresario principal quien había comunicado al actor y al INSS la imposibilidad de hacer frente al pago. La **STS de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1087, sigue la doctrina iniciada en la STS de 14 de junio de 2000 y mantiene la existencia de responsabilidad subsidiaria del INSS puesto que dicha forma de colaboración no puede suponer una merma en la protección a que tienen derecho los beneficiarios en tanto que dicha colaboración forma parte del sistema de la Seguridad Social. Los mismos argumentos son trasladables al supuesto en que la empresa está obligada al pago directo del subsidio de incapacidad temporal donde ya la STS de 15 de junio de 1998 se pronunció a favor de la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora.

7. RECAUDACIÓN

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2001**, I.L. J 910, diferencia dos supuestos en materia de prestaciones no contributivas: las facultades de regularización y revisión de las prestaciones de la Entidad gestora (que podrá llevar a cabo de oficio) y las facultades encaminadas al reintegro de prestaciones declaradas indebidamente percibidas. En cuanto a estas últimas, y según viene reiterando el TS, las Entidades gestoras carecen de la potestad de ordenar con carácter imperativo y fuerza ejecutiva el reintegro de prestaciones indebidas, exceptuándose los supuestos en los que la norma jurídica expresamente faculta para ello (como el caso de reclamación de cantidades indebidamente percibidas por complemento de mínimos).

En relación con el alcance temporal, las **SSTSJ de Madrid de 19 de abril de 2001**, I.L. J 1012, y **de 26 de abril de 2001**, I.L. J 1022, tratan supuestos similares. Se declara, respecto al período reclamado, que es correcto su división en dos fases: anterior y posterior a la reforma impuesta por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Así, hasta el 1 de enero de 1998, podía reducirse la cantidad objeto de restitución a los últimos tres meses, siempre que el retraso de la Administración resultara desmesurado y fuera patente la buena fe del beneficiario. Ello puede suponer, en determinados supuestos, estimar parcialmente el reintegro de prestaciones indebidas, puesto que existirán cantidades prescritas y cantidades no prescritas.

Debe aludirse a dos pronunciamientos con un denominador común: el carácter público del sujeto deudor de la Seguridad Social. En primer lugar, por orden cronológico, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de abril de 2001**, I.L. J 1241, en un supuesto de descu-

bierto en la cotización de una empresa cuyo capital, al 100 por ciento, es de un Ayuntamiento, establece la aplicación del mecanismo de deducción y compensación a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social (transferencias a la Administración o empresa pública deudora), que se prevé en el Reglamento General de Recaudación. Así, se dice, los posibles incumplimientos en relación con el abono de las cotizaciones de las Administraciones y empresas públicas no tiene la suficiente trascendencia y gravedad para justificar la declaración de responsabilidad empresarial.

Por otro lado, la **STS de 15 de junio de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 1368, estima parcialmente un recurso de casación en interés de ley, declarando como doctrina legal que en los procedimientos recaudatorios que se siguen por la Tesorería General de la Seguridad Social por deudas de las Administraciones Locales, es procedente la reclamación del recargo de mora que corresponda en los pagos efectuados fuera del período reglamentario, cuyo devengo se produce hasta el momento del ingreso efectivo del pago o en que resulta imposible la deducción o compensación de deudas.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Para la **STSJ de Valencia de 29 de marzo de 2001**, I.L. J 892, el artículo 115.3 LGSS señala que es accidente de trabajo, con presunción *iuris tantum*, el ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo, lo que acontece en el supuesto según se desprende del supuesto de hecho, ya que, tal como ha reiterado el Tribunal Supremo, la presunción no sólo se refiere a las lesiones propiamente dichas, accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo, salvo prueba que rompa la presunción de manera evidente.

Por el contrario, según la **STSJ de Valencia de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 891, el accidente *in itinere* no se presume jamás, y el actor ha de probar todos los datos. Por otra parte, del supuesto de hecho se desprende que el fallecido había ingerido alcohol suficiente para no controlar el vehículo y que invadió la parte izquierda de la calzada, lo que bastó para declarar su conducta como imprudencia temeraria y concluir que falta el nexo real entre el accidente y el trabajo, que fuera del lugar y tiempo de trabajo no se presume.

También se aprecia como imprudencia temeraria del trabajador –y, por tanto, no constitutiva de accidente de trabajo, sino de accidente no laboral– la inobservancia de una norma reglamentaria de circulación, con claro menosprecio de la propia vida, aceptada voluntaria y deliberadamente y que implica correr un riesgo innecesario que la ponga en peligro grave, faltando a elementales normas de prudencia. Según la **STSJ de Navarra de 23 mayo de 2001**, I.L. J 1345, éste es el caso de aquel trabajador que para volver a su domicilio es acompañado por un compañero que le deja en un lateral de la autopista, pues la presencia de un peatón en la autopista es de por sí un riesgo extraordinario, por la alta velocidad de la circulación y porque no consta que el accidentado llevase ninguna luz o signo de reconocimiento en la oscuridad.

Según señala la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de mayo de 2001**, I.L. J 1167, no existe prueba alguna sobre una hipotética relación de causalidad entre el trabajo que se venía realizando y el resultado lesivo —infarto de miocardio—, por lo que aunque el evento se produjo en tiempo y lugar de trabajo no consta el nexo causal, por lo que debe desestimarse el accidente como de trabajo. Por el contrario, para la **STSJ de Aragón de 18 de junio de 2001**, I.L. J 1372, sí que constituye accidente de trabajo, el infarto acaecido al trabajador que se produjo en los vestuarios de la empresa, cuando se cambiaba de ropa para acceder a su puesto de trabajo, porque según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo lo que se valora no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión, sino su actuación como factor desencadenante de una crisis que es la que lleva a la situación de necesidad protegida.

En la **STSJ de Galicia de 13 de julio de 2001**, I.L. J 1757, se señala que en la fecha en que se procedió por los servicios médicos de la MATEP a dar de alta a la trabajadora ésta no se encontraba curada de sus dolencias y apta para incorporarse a la vida laboral, por lo que la nueva baja que se produjo posteriormente no puede derivar de enfermedad común, al tratarse de la misma lesión originada por el traumatismo sufrido el día del accidente, dándose la correspondencia entre trabajo y lesión.

B) Indemnización por daños y perjuicios

En la **STSJ de La Rioja de 17 de abril de 2001**, I.L. J 1052, se señala que, conforme a los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo, por lo que la indemnización tendente a esta reparación deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y daños morales) que, como consecuencia del accidente de trabajo se acrediten que se hayan sufrido en las esferas personales, laboral y familiar.

Según la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1262, y siguiendo la doctrina unificada del Tribunal Supremo en este punto, se admite la posibilidad de ejercitar pretensiones indemnizatorias por responsabilidad civil, con la finalidad de lograr el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo y el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad.

Para la **STSJ de Galicia de 14 de julio de 2001**, I.L. J 1760, procede el reintegro de los gastos médicos derivados de unas gafas, ya que en estos casos, y tratándose de asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo rige el principio de la reparación íntegra del daño causado, con independencia de que éste afecte a la salud o a otros aspectos de la integridad personal. En estos caso habrá que estar, no ya a las normas de carácter general previstas en la LGSS, sino también específicamente al artículo 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en el que se establece que la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo comprenderá el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios.

C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene

Para la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de abril de 2001, I.L. J 1260, queda acreditado que en la máquina que trabajaba el trabajador en el momento del accidente se realizaban pruebas de puesta a punto, y que en el momento de realizarse las pruebas en la máquina, ésta carecía de las medidas de protección previstas por el fabricante, constando también que no se había dado información o instrucciones al accidentado. Por lo que se concluye que el accidente se produjo como consecuencia de la falta de información y de seguridad. En este mismo sentido, se pronuncia la STSJ de Asturias de 22 de junio de 2001, I.L. J 1383, como consecuencia de un accidente de trabajo provocado por una caída que obedecía, inevitablemente, a la falta de medidas de seguridad de la empresa. Por el contrario, tal y como señala la STSJ de Canarias de 15 de mayo de 2001, I.L. J 1152, se excluye la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, o por imprudencia del propio trabajador accidentado.

D) Enfermedades profesionales

Según la STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001, I.L. J 1033, queda probado que la actora padecía una reacción mixta de ansiedad-depresión, al tratarse de un supuesto de *mobbing*, caracterizado por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral. Dentro de la categoría de *mobbing* se incluye: 1) ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima; 2) ataque mediante aislamiento social; 3) ataques a la vida privada; 4) agresiones verbales; 5) criticar y difundir rumores contra la víctima. Así pues, la enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, cuya conducta del conserje ha generado un entorno laboral hostil e incómodo 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.

Según la STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2001, I.L. J 1357, a consecuencia de una movilidad funcional del trabajador, éste sufre una crisis ansiosa de esa alteración en su relación laboral. De ahí que se deba considerar, a falta de prueba sobre preexistencia de enfermedad, que la que padece el trabajador ha sido contraída por éste con motivo de la realización del trabajo, aunque ello no se haya manifestado ni en tiempo ni en lugar de trabajo, manifestación no necesaria, salvo para la consideración de que determinadas lesiones. En este caso esa manifestación no es necesaria porque ha quedado acreditado que el trabajo ha sido la causa de la producción de la enfermedad profesional.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

A) Responsabilidad del empresario

Descubierto de cotizaciones empresariales e impago de cotizaciones. La repercusión de las cotizaciones en la duración de la prestación de desempleo determina la responsabilidad del empresario. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2001**, I.L. J 915, estima la pretensión del INEM y declara la responsabilidad empresarial en el abono de prestaciones por desempleo. El Tribunal mantiene que, a diferencia de otras prestaciones, la duración de la prestación de desempleo depende del período cotizado en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo. El empresario ha de asumir responsabilidades por los defectos de cotización pues de su falta depende la duración total de la prestación, sin perjuicio del pago automático de la prestacional por el INEM al trabajador.

Descubierto en el pago empresarial de cuotas de las Seguridad Social. En la **STS de 16 de julio de 2001**, I.L. J 1730, el ponente Sr. Salinas Molina realiza una síntesis de la postura del Tribunal Supremo en la determinación de la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones derivada del incumplimiento de su obligación de cotizar. En este tema, tanto en las responsabilidades derivadas de riesgos profesionales como comunes, la doctrina del Supremo ha atemperado la responsabilidad exigida reglamentariamente por la Ley de 1966 atendiendo al criterio de si tal incumplimiento era reiterado y se debía a la voluntad deliberada de no cotizar o bien si los incumplimientos eran intrascentes u ocasionales y, en consecuencia, sin relevancia de cara a la responsabilidad.

Otro argumento adicional que puede justificar la exoneración empresarial se empleó en la STS de 8 de mayo de 1997 en la que se mantiene que se vulneraría el principio constitucional de *non bis in idem* sino se vinculase la falta de cotización con su trascendencia en la relación jurídica de protección. Atendiendo a este criterio, la responsabilidad sólo sería determinable en el supuesto en que de tal incumplimiento se derivase un perjuicio en el derecho de protección del trabajador. No existiendo tal perjuicio al empresario se le debe sancionar por su incumplimiento en materia de cotización pero no le será exigible responsabilidad alguna en materia de prestaciones. Sin embargo, esta misma doctrina no es aplicable a los riesgos profesionales porque está pensada exclusivamente en prestaciones para cuya obtención está condicionada a la exigencia de un período previo de cotización. En estos supuestos se ha de acudir a la doctrina ya mencionada de la valoración de la gravedad del incumplimiento empresarial según tenga éste carácter transitorio u ocasional o bien sea rupturista, definitivo y voluntario. La sentencia que comentamos desestima finalmente el recurso por no advertir la existencia de contradicción entre las sentencias aportadas por diferencias fácticas importantes entre los incumplimientos empresariales juzgados en las distintas resoluciones judiciales.

Estimación de indemnización por daños morales ocasionados por accidente de trabajo. Responsabilidad solidaria de empresarios en una contrata en el sector de la construcción.

La STSJ de Madrid de 14 de junio de 2001, I.L. J 1630, si bien entiende que los daños y perjuicios materiales en el trabajo derivados de un accidente de trabajo con total inobservancia de las medidas de seguridad deben ser resarcidos según la legislación laboral y no la civil, acepta las argumentaciones de la sentencia de instancia en cuanto a los daños morales, argumentación que atiende a la infracción de preceptos distintos a los del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

B) Responsabilidad de la Mutua

Reparto de responsabilidades en el pago de la prestación entre la Mutua y el INSS en supuesto de revisión de una incapacidad permanente total derivada de trabajo con declaración de incapacidad en grado de absoluta por riesgo común. La STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2001, I.L. J 1341, confirma las sentencias de instancia y suplicación y declara un reparto de responsabilidades en el pago de manera que la Mutua continúe pagando la cuantía previa a la revisión y que el INSS complete el pago hasta el 100 por ciento de la prestación reconocida tras la revisión. El Tribunal se pronuncia también sobre si se mantiene la base reguladora originaria calculada sobre riesgos profesionales o se ha de determinar una base reguladora por riesgos comunes. Entiende el Tribunal que la inicial dolencia derivada del accidente de trabajo no ha experimentado agravación por sí sola o añadida a las posteriores dolencias sería determinante de la agravación. En cambio, las dolencias posteriores padecidas por el trabajador constituyen por sí solas un grado de invalidez absoluta. En base a tales circunstancias el Tribunal considera que la base reguladora se ha calcular con arreglo a las bases de cotización por contingencias de origen común.

Reintegro del anticipo por la Mutua de cantidades abonadas y asistencia sanitaria al trabajador accidentado. El plazo que tiene la Mutua para reclamar al empresario y subsidiariamente al INSS y la TGSS es el plazo de prescripción establecido en el artículo 43.1 LGSS de cinco años (STS de 9 de julio de 2001, I.L. J 1703).

La entidad que cubría el aseguramiento del riesgo en el momento del accidente será la responsable de pago de todas las secuelas derivadas de aquél. La STS de 9 de julio de 2001, I.L. J 1724, aplica a la responsabilidad de las prestaciones de Seguridad Social que derivan de accidente de trabajo la reciente doctrina del mismo Tribunal en materia de reaseguro –SSTS de 1 de febrero de 2000, de 7 de febrero de 2000, de 21 de marzo de 2000, de 14 de marzo de 2000– y en relación a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social- SSTS de 18 de abril de 2000, de 20 de julio de 2000 o 21 de septiembre de 2000. Se acoge así el cambio de doctrina en el TS iniciado por la STS de 1 de febrero de 2000, donde se mantiene que en la cobertura de los riesgos de accidente de trabajo debe aplicarse los criterios de aseguramiento mercantil siendo objeto de aseguramiento el accidente. La cobertura se establece en función del riesgo asegurado siendo lo importante la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas ni mucho menos la de su constatación administrativa. En aplicación de tal doctrina, el INSS debe responder del pago de la declaración de incapacidad permanente total del trabajador realizada en 1999, aunque el accidente ocurrió en 1986. La Mutua que cubría los riesgos profesionales en el momento de la declaración de invalidez no es responsable del pago de esta prestación.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos médicos

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2001, I.L. J 909, la normativa reguladora de las prestaciones sanitarias, ya no contempla el supuesto de denegación injustificada de asistencia sanitaria, por lo que sólo se reembolsarán los gastos de asistencia sanitaria recibida en centros ajenos al Sistema Nacional de Salud en los supuestos de urgencia vital y una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél. Si por urgencia vital cabe entender aquella en la que está en riesgo la vida del enfermo, no cabe entender que existe cuando, pese a un inicial diagnóstico no certero del INSALUD, y una vez establecida la verdadera dolencia por medios privados, no se intentó obtener asistencia sanitaria en centros dependientes de la Entidad Gestora.

La STSJ de Madrid de 5 de abril de 2001, I.L. J 1005, señala que en aquellos casos en que el paciente no solicite del INSALUD un tercer diagnóstico u opinión médica, limitándose a seguir lo prescrito por la sanidad privada, supone la presencia de dos criterios médicos opuestos, sin que deba prevalecer por sí el elegido por el paciente, sin que la no administración de quimioterapia suponga denegación de asistencia médica que implique la urgencia vital.

Para la STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2001, I.L. J 1143, no hay urgencia vital, cuando se ha optado por un establecimiento privado, sabiendo que la sanidad pública administra el mismo tratamiento sin dilación alguna.

La STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2001, I.L. J 1315, refleja como la Entidad Gestora autorizó y se hizo cargo de los gastos de curación del paciente en un hospital privado, para, dos años más tarde denegar la reclamación previa de dichos gastos, argumentando que no existió en tal supuesto urgencia vital. Para el tribunal, se ha producido una denegación de asistencia sanitaria, acompañada de la existencia de una urgencia vital y de la doctrina de los actos propios.

Según la STSJ de Murcia de 28 de mayo de 2001, I.L. J 1317, no basta para que proceda el reintegro de gastos una situación de urgencia en la atención médica o quirúrgica, sino que además se precisa que la misma haya impedido al beneficiario acudir a la medicina pública. En el caso de autos, eran dos los tratamientos posibles (una por la medicina pública y otro por la privada), ambos muy acertados y respetables aunque conllevaban riesgos. En el caso concreto no se daban las circunstancias necesarias para el reintegro de gastos por lo siguiente: si bien el actor padecía una patología de afección vital, no suponía un riesgo inminente para la vida o pérdida de órganos fundamentales; la problemática se ceñía a optar ya por el tratamiento, ya por la intervención, y ambos eran en principios razonables y tenían riesgos.

Según la STSJ de Asturias de 22 de junio de 2001, I.L. J 1382, la urgencia vital no significa sólo el peligro inminente de fallecimiento, sino también la posibilidad cierta y próxima de un daño irreparable para la integridad física. En el caso comentado, el tratamiento pautado por los servicios médicos de la Seguridad Social fue erróneo y nada se hizo para corregirlo, pese al dilatado peregrinaje del recurrente por los distintos servicios a los que fue remitido. Este error continuado de tratamiento, dada su prolongación y falta de perspectivas de ser solucionado, equivale a una denegación injustificada de asistencia sanitaria que colocó al paciente en una situación de urgencia vital por poner en peligro su curación e integridad física. En casos de urgencia vital, la notificación previa a la Seguridad Social no es necesaria, para acudir a la medicina privada.

En la STS de 11 de abril de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1411, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina se plantea la cuestión de determinar si cuando la Entidad Gestora, por el pago de facturas anteriores objeto de condena judicial, ha tenido conocimiento del hecho del internamiento psiquiátrico del paciente adoptado una actitud pasiva, tal circunstancia subsanó o no la omisión de la obligación de comunicar el ingreso inicial previsto en el RD 2766/1967, ya que la Gestora pudo haber controlado la necesidad del internamiento acordando, si era necesario, el traslado a un centro público o concertado. Y el tribunal entiende que sí, con lo que cabe condenar al abono de la cantidad reclamada a la Medicina Pública.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Sujetos responsables del pago

La STS de 15 de mayo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1087, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que el INSS no está obligado al pago de la prestación correspondiente a incapacidad temporal de trabajadores de empresas que hubieran asumido voluntariamente esta colaboración. En el caso no se plantea cuestión acerca de la responsabilidad principal, a cuyo pago fue condenada la empresa, sino que se trata de resolver si el INSS está subsidiariamente obligado a abonar la prestación. Frente al ello la sentencia señala que en los casos de colaboración voluntaria, el INSS no está obligado al pago de manera principal, lo están las empresas, si bien el INSS es responsable subsidiario, estando obligado a adelantar el importe de la prestación.

Según la STS de 31 de mayo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1131, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina y por aplicación de la normativa correspondiente, cuando un empresario opte por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de su personal se lleve a cabo por una Mutua, dicha opción comprenderá a la totalidad de los trabajadores, estuvieran o no ya en baja y percibiendo del INSS el correspondiente subsidio, porque la Mutua no queda exonerada de su pago.

Según la STS de 11 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1726, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, es obligación de la empresa colaboradora pagar la

prestación por incapacidad temporal, aun en el supuesto de haberse ya extinguido la relación laboral del beneficiario con posterioridad al inicio de la prestación.

En la **STS de 20 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1737, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el problema de fondo consistía en determinar si durante el período de incapacidad temporal en pago directo por el INSS, sin cotizaciones por tanto, cabe computar a efectos de reunir la carencia exigible para acceder a una pensión de incapacidad permanente los días correspondientes a las pagas extraordinarias. Para el TS, no existe obligación de cotizar a la Seguridad Social durante el tiempo que el trabajador permanece en incapacidad temporal después de extinguido el contrato de trabajo y después de extinguido también el derecho a la prestación de desempleo. No cabe por tanto tampoco computar los días-cuota teóricos que corresponderían a las pagas extraordinarias que no existen ni como cotizadas ni como percibidas.

B) Dinámica de la prestación

Según la **STS de 17 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1093, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el derecho a la percepción de la prestación de incapacidad temporal 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; puesto que resulta incuestionable que el instante en que se dicta la resolución es el momento de la calificación de la incapacidad permanente, sin que sea necesario esperar a que ésta sea notificada al interesado.

En la **STS de 22 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1099, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión debatida estriba en determinar si en el caso de concurrencia de una prestación por incapacidad temporal con la derivada de incapacidad permanente total, de cuantía superior declarada con efectos retroactivos por sentencia (fijados en la fecha de UVMI) el actor conserva el derecho a percibir la primera como más beneficiosa o, por el contrario, debe percibir la segunda, descontándole lo recibido por incapacidad temporal durante el período de concurrencia. Y según el TS, es el primer criterio el que hay que seguir, en base a una integración del artículo 122 de la LGSS que permite la opción del beneficiario, lo que en la práctica coincide con el criterio de la prestación más favorable para el beneficiario que recoge el artículo 131 bis.3 de la LGSS.

La **STS de 28 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1119, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, referida a la caducidad del plazo de percibo del subsidio de incapacidad temporal, señala que es consolidada la doctrina según la cual es innecesario el reconocimiento formal del subsidio, por lo que el beneficiario, lo que tiene que reclamar es su pago, y, por ello, está sujeto al plazo de caducidad de un año, computable mes por mes, según transcurra la situación de incapacidad. Igualmente hay que tener en

cuenta que no cabe aplicar un plazo que rijan la solicitud para que la prestación sea reconocida, sino que el beneficiario únicamente tiene que cursar el parte médico de baja.

Según la **STS de 29 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1123, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, no procede la declaración de incapacidad permanente cuando las dolencias que el trabajador afiliado al régimen especial de trabajadores autónomos, seguía padeciendo tras el alta por agotamiento del período de incapacidad temporal no lo incapacitaban en grado alguno para su habitual profesión.

Para la **STS de 3 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1679, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el artículo 3.2 del Decreto 2110/1994 admite la posibilidad de que la entidad gestora invite al interesado a que haga efectivas las cuotas adeudadas “en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación”. La consecuencia que de esto se deriva supone que el pago realizado fuera de ese plazo carece de efectividad a tal fin y no se puede reconocer el derecho del trabajador autónomo a cobrar la prestación de incapacidad temporal, al no hallarse al corriente del abono de sus cuotas.

En la **STS de 21 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1741, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se debate la cuantía de la base reguladora de una pensión de invalidez permanente, y en concreto, si el período en el que el trabajador estuvo en incapacidad temporal, en donde no existía obligación de cotizar, asumiendo el pago directo el INSS de la prestación, coincidente, con la extinción del contrato de trabajo, debe computarse o no a estos efectos, por las bases mínimas, o por el contrario, aplicando la doctrina del paréntesis. La cuestión debatida ha sido ya objeto de unificación, mediante la aplicación de la “doctrina del paréntesis”, para evitar las serias dificultades, cuando no la imposibilidad total, de acreditar las denominadas “carencias cualificadas”.

12. MATERNIDAD

La actora inició una situación de incapacidad temporal, con percibo de la oportuna prestación económica por enfermedad común, por presentar un embarazo de alto riesgo, estando en alta dentro del Régimen Especial de Empleados del Hogar. Terminó su contrato de trabajo poco tiempo después. Posteriormente tras causar alta médica inició el descanso por maternidad para preparar el parto. Cuando la baja por maternidad sucede sin solución de continuidad al alta médica que pone fin a la incapacidad temporal por enfermedad común, durante la cual se ha extinguido la relación laboral el TS ha mantenido que, se cumple el requisito de estar de alta o en situación asimilada al alta al tiempo de sobrevenir la contingencia protegida que se exige en el artículo 124 LGSS (**STJS de Baleares de 3 de abril de 2001**, I.L. J 947).

Para causar derecho y acreditar los períodos necesarios de cotización para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equiva-

lencia en días teóricos de cotización (STSJ de Andalucía, Granada, de 28 de mayo de 2001, I.L. J 1064).

Cuando se regula la suspensión con reserva de puesto de trabajo sólo se hace referencia a los supuestos de adopción y acogimiento tanto preadoptivo como permanente y por tanto el legislador pudo abarcar y no lo hizo un supuesto, como el del acogimiento familiar simple expresamente regulado en la legislación civil (STSJ de Canarias de 20 de abril de 2001, I.L. J 972).

El hecho causante de la prestación solicitada coincide con la formalización de la adopción. El artículo 48 ET marca una suspensión del contrato de trabajo de seis semanas cuando el adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, coincidente con la duración de la prestación por maternidad (STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2001, I.L. J 1325).

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Un funcionario interino de la Administración de Justicia completaba su salario mediante la actividad de mediación de seguros ejercida por cuenta propia. Tras una visita de la Inspección de Trabajo la Entidad Gestora acordó de oficio el alta en el RETA contra la que recurrió el interesado. La STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2001, I.L. J 876, analiza las retribuciones percibidas para deducir si son indicio suficiente de profesionalidad, y concluye la ausencia del requisito de actividad lucrativa habitual no a partir del mero importe de las mismas, sino de su tendencia; ya que al originarse tales retribuciones por la existencia de una cartera de seguros lograda tras muchos años de actividad, el dato de que tales retribuciones han disminuido progresivamente en los años examinados permite concluir que no se ha proseguido habitualmente en el ejercicio de tal actividad aseguradora.

Régimen Especial Agrario

En la STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2001, I.L. J 877, se plantea el encuadramiento de una trabajadora que pudiera estar afiliada en tres regímenes distintos: el General, el Agrario y el de Empleados del Hogar; ya que, por una parte, las tareas que se relatan en los hechos probados son propias de una empleada de hogar (preparación de comidas, compras de alimentos, cuidado de la casa, atención de invitados); pero la contratación se realizó por una Sociedad Anónima, titular de la finca en que prestaba sus servicios y a cargo de la cual se abonaban las cotizaciones, y tales tareas ejercidas para una sociedad conducen al encuadramiento en el Régimen General; sin embargo, la actividad de tal sociedad (y también la del marido de la interesada que asimismo trabajaba para tal

empresa) era –al menos, en buena parte– la actividad agrícola. Tras causar una pensión de incapacidad en el grado de absoluta, la actora insta se declare su correcto encuadramiento. El Tribunal, en primer lugar, afirma que realizaba labores de posadera en la explotación agraria en la que presta sus servicios; seguidamente constata que la actividad de la sociedad no es únicamente agraria sino también de recreo o vacacional, y que la trabajadora alternaba los cometidos en una y otra actividad; y tras ello, en una sorprendente conclusión, se mantiene el encuadramiento en el REA, no sin antes afirmar que no se la encuadra en el de Empleados del Hogar por no haberse así solicitado. Sólo nos queda constatar que la sentencia no cita (probablemente porque no puede) ninguna referencia legal como fundamento de tales conclusiones.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 1215, recuerda las más elemental norma del procedimiento administrativo: que las resoluciones deben ser motivadas de forma que el afectado pueda defender sus derechos en caso de disconformidad. La TGSS había notificado a un trabajador la baja de oficio en el REA (del cual percibía un subsidio por desempleo) por no reunir las condiciones necesarias para hallarse encuadrado en tal Régimen Especial; todo ello en base a un informe de la Inspección de Trabajo cuyo contenido se ignora, como lo ignoraba el interesado a quien no se le transcribió ni explicitó más su contenido. Para mayor inseguridad del interesado, no se instruyó ningún expediente administrativo en el que se recogieran alegaciones del interesado ante una decisión de tal trascendencia cual era la lisa y llana anulación de su afiliación con pérdida de la prestación que venía percibiendo. La decisión del Tribunal es lógica: anular y dejar sin efecto la resolución fundamentada en tan inconcretados hechos.

Régimen Especial de Empleados de Hogar

Son abundantes ya las sentencias que referidas al Régimen General aplican la nueva doctrina “del paréntesis” que estableció la discutida (tres magistrados firmaron un contundente voto particular) **STS de 7 de febrero de 2000**, I.L. J 102, al reproducirse tal doctrina en pronunciamientos posteriores. Posteriormente la misma doctrina se ha aplicado a los regímenes especiales, y en lo que respecta al Régimen Especial de Empleados de Hogar se aplica mediante las **STS de 5 de febrero de 2001**, I.L. J 209, y la **STS de 16 de mayo de 2001**, I.L. J 1092, una vez producidos los contradictorios pronunciamientos referidos a este Régimen Especial que abren el camino al recurso unificador de doctrina. Consiste tal doctrina en considerar que cuando un trabajador solicita una pensión tras un período en el que no ha cotizado porque legalmente no es posible tal cotización (invalidéz provisional o prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal), la fecha del hecho causante a todos los efectos de cálculo ligados a tal fecha: carencia específica, requisito de alta, y cálculo de base reguladora, debe situarse en el momento en el que finalizó tal obligación contributiva, haciendo abstracción (paréntesis) de todo el período en el que la ley no impone tal cotización, por lo que resulta innecesario aplicar el artículo 140.4 LGSS que ordena integrar con bases mínimas las lagunas de cotización. La razón última de las analogías interpretativas que conducen a considerar únicamente los períodos en los que existió cotización u obligación de cotizar es, según esta última sentencia, que “el afectado no se coloca voluntariamente en esta situación excluyente de la

imposibilidad de cotizar, sino que el propio sistema se lo impide, le impone un ‘paréntesis’ de cotización”.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La **STS de 7 de junio de 2001**, I.L. J 1403, finaliza con un revelador párrafo en el que se indica que “No desconoce la Sala su Sentencia de 29 de marzo del 2000, I.L. J 623, (...) pues con independencia de tratarse de un caso aislado, la cuestión de falta de legitimación pasiva del SERGAS, no se planteaba en unificación de doctrina no discutiéndose por tanto la misma, sin que lo allí resuelto, aunque constituya doctrina, tenga la naturaleza de doctrina unificada”; dos elementos, pues a destacar: se desautoriza la doctrina aplicada un año atrás, y el debate se centra en la legitimación pasiva de la reclamación. Tal legitimación pasiva —es decir, quién debe pagar la cantidad reclamada— se hallaba controvertida debido al traspaso de servicios que se efectuó del Instituto Social de la Marina a los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma; los costes sanitarios reclamados lo fueron posteriormente al traspaso, pero los gastos se habían efectuado antes de dicho traspaso. Apoyándose en la interpretación realizada años atrás con ocasión de los traspasos de los servicios del INSALUD, el Tribunal considera que el devengo de la responsabilidad nace con la reclamación, y, en consecuencia, es la Entidad Gestora Autonómica que recibió los servicios con todos los bienes, derechos y obligaciones a ellos vinculados quien debe hacer frente al pago reclamado, sin perjuicio de que puedan existir mecanismos de compensación entre las entidades gestoras concernidas por el fallo. La doctrina ahora unificada se reitera en las SSTs de 7 de junio de 2001, I.L. 1406; dos de 11 de junio de 2001, I.L. J 1411 e I.L. J 1413, cinco de 12 de junio de 2001, I.L. 1420 a 1424, entre otras muchas que configuran una larga serie de demandas de similar contenido. Sin embargo, la **STS de 14 de junio de 2001**, I.L. J 1444, condena al Instituto Social de la Marina en un pleito similar a los antedichos en el que, si bien se da la circunstancia de que el ISM no alegó en el momento procesal oportuno su falta de legitimación pasiva, el ponente razona de modo diverso a las anteriores sentencias condenando al Instituto a satisfacer los gastos sanitarios.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

No se vulnera el principio *non bis in idem* al declararse una responsabilidad penal del director de la obra y una infracción administrativa de la empresa respecto de la adopción de medidas de seguridad. Entiende el Tribunal que este principio tiene como finalidad que no se sancione doblemente al mismo sujeto y en este caso son distintas la responsabilidad penal en que incurriera personalmente el Ingeniero Técnico director de la obra y la infracción cometida por la empresa en cuanto a la adopción de medidas de seguridad (**STS de 12 de julio de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 1665).

Nulidad de la sanción impuesta a la empresa municipal que gestiona un servicio alcantarillado competencia del Ayuntamiento. Los accidentes fueron sufridos por trabajadores

de las empresas contratistas y subcontratistas y no se produjeron en un centro de trabajo de la empresa municipal. El dato que determina la responsabilidad en relación al incumplimiento de medidas de seguridad e higiene es que el accidente de trabajo acontezca o no en el centro de trabajo de la empresa principal (STS de 23 de julio de 2001, Sala Tercera, I.L. J 1668).

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Jurisdicción competente

Según la STS de 29 de junio de 2001, I.L. J 1510, el ingreso o la recaudación de un capital coste de renta y el de los intereses de capitalización constituyen un acto único. En el caso de la sentencia recurrida se trata de unos intereses establecidos, no por la TGSS, sino por el INSS, y con independencia de que exista una normativa que los ampare, lo cierto es que no estamos ante un débito integrado por conceptos institucionalmente inescindibles (capital de pensión más intereses de capitalización), sino de un débito afirmado por el INSS en función de reglas sobre el cumplimiento de las obligaciones privadas o públicas, integradas en el derecho común.

En la STS de 16 de julio de 2001, I.L. J 1667, se señala que para determinar la jurisdicción competente es necesario utilizar dos criterios de actuación conjunta: que el alta o baja de oficio en el régimen de la Seguridad Social se produzca o no anudada a un acta de infracción o de liquidación, en el ámbito de la gestión recaudatoria, y que la incidencia o consecuencia derivada de dicha actuación de oficio se reduzca al ámbito recaudatorio de la Tesorería o Ente gestor, o que, por el contrario, el alta produzca una situación de carácter permanente que se pretenda combatir a través de la correspondiente acción impugnatoria con independencia de la reclamación de cuotas derivadas de la inclusión en el régimen de la Seguridad Social. Para la sentencia, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa los casos en que se impugnan altas y bajas que se acuerdan de oficio como consecuencia de actas de liquidación, si además los contenidos litigiosos se refieren de forma clara a la obligación de cotizar, sin estar afectadas en las impugnaciones prestaciones de la Seguridad Social.

Según la STSJ de Valencia de 22 de marzo de 2001, I.L. J 887, el actor limita su pretensión, tanto en el expediente administrativo como en la vía judicial, al reconocimiento de la condición de minusválido. En estos casos, si bien el orden jurisdiccional social es el competente para conocer las cuestiones relativas al derecho a percibir pensiones no contributivas y, por extensión, a determinar el grado de minusvalía cuando éste pueda ser presupuesto para el reconocimiento de tales pensiones, del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta que el control jurisdiccional del grado de minusvalía sigue siendo competencia del orden contencioso-administrativo cuando éste no afecte a las prestaciones de Seguridad Social, como sucede en este caso.

En la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2001, I.L. J 1583, se distingue entre la competencia de la jurisdicción social, en relación a la determinación de las personas que tienen

derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, y en cuyo ámbito también se comprende la determinación de si esas personas están comprendidas en los supuestos de necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida. Por el contrario, pertenece al ámbito de la actuación de la Administración sujeta a Derecho Administrativo, no para los fines expuestos, sino para poder ser una persona beneficiaria del sistema especial de prestaciones económicas y sociales para minusválidos o del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transportes.

Según la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de abril de 2001**, I.L. J 1259, el orden social de la jurisdicción resulta competente para conocer la cuestión litigiosa relativa a si el demandado, el Ministerio de Defensa-Patronato Militar de la Seguridad Social que presta la asistencia sanitaria al personal laboral de los establecimientos militares, debe de reintegrar a la actora los gastos de asistencia sanitaria originados por la asistencia prestada por la medicina privada. La sentencia concluye que esta cuestión aparece regulada en el artículo 102 del Decreto 2065/1974, y que ésta es la normativa aplicable, por lo que el orden jurisdiccional social es el competente para conocer de dicho asunto.

En la **STSJ de Aragón de 4 de abril de 2001**, I.L. J 918, se señala que no todo acto de gestión emanado de la TGSS puede considerarse como recaudatorio, y que el alta de oficio en cuanto título de aseguramiento público en orden a las prestaciones que determina el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y requisito o presupuesto de acceso a las prestaciones del sistema es por antonomasia materia del orden social de la jurisdicción. Pero también debe entenderse que constituyen excepción a dicha regla, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, los casos —como es el presente— en el que se impugnan altas y bajas que se acuerdan de oficio por la TGSS como consecuencia de altas de liquidación de la Inspección de Trabajo si, además, los contenidos litigiosos se refieren de forma clara a la obligación de cotizar, sin estar afectadas en las impugnaciones prestaciones de la Seguridad Social. En esta línea, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de abril de 2001**, I.L. J 905, señala que la inclusión en el sistema de Seguridad Social y la adscripción al régimen correspondiente es competencia del orden social, quedando limitada la aplicación de la excepción del artículo 3 LPL a la impugnación de las resoluciones de la TGSS que impliquen actividad recaudatoria estricta, como realización de los créditos liquidados a su favor.

B) Actos previos al proceso

Debido a la falta de reclamación previa, la **STSJ de Valencia de 22 de marzo de 2001**, I.L. J 888, estima la excepción que determina la nulidad de actuaciones desde la admisión de la demanda, por incumplimiento del artículo 81 LPL. Según esta sentencia, las actoras confunden la reclamación previa con la solicitud inicial en la que reclaman a la TGSS su cambio al Régimen General, solicitando devolución de cuotas satisfechas al Régimen Especial Agrario.

Con respecto a este mismo requisito de la reclamación previa, la **STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2001**, I.L. J 1359, reitera la doctrina del Tribunal Supremo según la cual: a) se exige la reclamación previa frente al INSS y a la TGSS cuando tengan competencias en materia de accidentes de trabajo; b) competencia de que carecen cuando se reclaman subsidios de incapacidad temporal, en que se conceden o deniegan por la Mutua de Accidentes de trabajo; c) que este requisito preprocesal debe flexibilizarse, como debe flexibilizarse la interpretación de los preceptos en los que se contiene tal exigencia; d) que aun siendo la materia de accidente de trabajo, en el supuesto de hecho de la sentencia no se pretende frente a la Administración de la Seguridad Social la responsabilidad directa en el reconocimiento de los derechos o abono de las prestaciones reclamadas.

En la **STSJ de Andalucía de 13 de marzo de 2001**, I.L. J 872, se señala que procede la nulidad de actuaciones porque la empresa no ha cumplido la exigencia para recurrir derivada del artículo 192.2 LPL, esto es, el ingreso en Tesorería del capital coste importe de la prestación, exigiendo el apartado 3 del precepto que el Juez dicte providencia ordenando dar traslado a la entidad gestora o servicio común para que fije el capital coste de la pensión, y recibida la comunicación, notificar al recurrente para que en cinco días efectúe la consignación en la TGSS bajo apercibimiento de que, de no hacerlo así, pondrá fin al trámite del recurso.

C) Acto de juicio

Según la **STSJ del País Vasco de 10 de abril de 2001**, I.L. J 1037, se produce indefensión de la actora que acude a juicio sin asistencia de abogado, procurador o graduado social, cuando la TGSS, por su parte, sí que acudió asistida de letrado, teniendo lugar el juicio en esas circunstancias, que ciertamente desnivelaban la posición de las partes en forma no voluntaria. En consecuencia, procede reponer el curso del proceso al momento de convocatoria del juicio oral, a fin de que se celebre sin la quiebra del derecho a la asistencia letrada de la demandante.

Según la **STSJ de Madrid de 26 de abril de 2001**, I.L. J 1021, aunque el artículo 71 LPL prohíbe la modificación sustantiva de la petición efectuada en la demanda, una vez iniciado el juicio oral para evitar indefensión al resto de las partes, ello no obsta para que —una vez presentada la demanda y antes de comenzar el juicio oral— el actor pueda presentar escritos ampliando la demanda, los cuales una vez admitidos se da traslado al resto de las partes y de esta forma no se produce indefensión. En este proceso, el demandante presenta su escrito inicial, y posteriormente y con antelación suficiente al juicio oral, presenta un escrito en el que ampliaba sustancialmente la pretensión inicial, pero del mismo se le dio traslado a los demandados INSS y TGSS, los cuales a su vez ya conocían los nuevos puntos planteados, por lo que no tenían ningún tipo de indefensión o perjuicio y, en consecuencia, no se ha incurrido en ninguna anormalidad procesal.

En relación a una excepción por falta de litisconsorcio pasivo necesario, la **STSJ de Galicia de 27 de abril de 2001**, I.L. J 1000, señala que no procede dicha excepción, puesto que el hecho de que el INSS sea el organismo de enlace en España con la

Seguridad Social suiza, no significa que resulte afectado por la resolución que se dicte en el proceso, al no estarlo tampoco por la relación jurídico-material objeto del mismo, y ello con independencia de lo que al organismo correspondiente de la Seguridad Social suiza pueda interesarle en orden a la eficacia que dicho organismo pueda otorgar al grado de minusvalía reconocido por el INSS. Por ello, al no ser necesaria la presencia del INSS en la litis, no puede apreciarse un defecto relativo a la válida constitución de la relación jurídico procesal.

En materia de prueba, la **STSJ de Aragón de 4 de junio de 2001**, I.L. J 1369, el grado de minusvalía es revisable incluso de oficio, según lo establecido en el RD 357/1991, de 15 de marzo, pero la valoración del grado, aunque influyen factores de marcado carácter subjetivo, debe estar en el proceso suficientemente justificada, resaltando las razones de las diferentes valoraciones efectuadas por la Administración, a fin de poder comparar la situación presente con la revisada anterior. En este caso, contrastan los informes del beneficiario (debidamente demostrados, en los que se afirma el pronóstico grave de la enfermedad y la imposibilidad de trabajar) con los de la Administración (ilegibles, en los que no aparecen otros datos sino los meramente numéricos e identificativos de la discapacidad, etiología, diagnóstico y factores sociales).

También en relación a la prueba, la **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2001**, I.L. J 1548, en un supuesto en que se ha reconocido una pensión de viudedad por motivo de muerte por enfermedad profesional, se señala que la autopsia no es la única prueba para poder acreditar el fallecimiento del causante como derivado de enfermedad profesional. Además, el plazo de tres meses de prescripción se refiere al reconocimiento inicial de la prestación y no a su modificación posterior para la que rige el plazo de prescripción de cinco años.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 1213, revoca la sentencia de instancia que entendía que la inhabilidad del mes de agosto se refiere únicamente a los plazos procesales, y que el de iniciación de un proceso mediante el ejercicio de la correspondiente acción es un plazo sustantivo, por lo que la sentencia de instancia llega a la conclusión de que dicho mes debe ser tenido en cuenta para computar el período de caducidad. Según el TSJ de Andalucía, esos motivos no se pueden mantener, ya que el plazo para demandar no constituye una actuación administrativa, sino que participa de la naturaleza de los lazos procesales, y que el principio *pro actione* obliga a considerar inhábil el mes de agosto para su cómputo.

D) Ejecución

En cuanto a la ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social, señala la **STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1146, que la ejecución de sentencia de incapacidad laboral permanente debe hacerse cargo de la causa de extinción de las obligaciones asistenciales a cuya satisfacción condena, si concurre, no para aminorar los efectos del pronunciamiento ejecutorio, sino para tenerle por ejecutado, puesto que el acreedor ha

percibido ya el importe de la deuda, aunque no sea a expensas del condenado. La referencia al pago de la deuda está en el reintegro del patrimonio del acreedor, no en la disminución del deudor. En este caso se produce la extinción de la deuda asistencial en virtud del pago de un tercero: el empresario, el cual, al satisfacer el salario, priva de causa jurídica a aquélla, que la tiene exclusivamente en su función de sustituir las retribuciones que una contingencia típicamente protegida por la ley ha puesto fuera del alcance del interesado.

Para la STSJ de Asturias de 18 de mayo de 2001, I.L. J 1148, el término dilatorio legal que se reconoce a la Administración para satisfacer sus deudas se cuenta desde que la deuda es exigible, es decir, desde que está al alcance del acreedor exigir su cumplimiento y éste lo hace efectivamente sin perjuicio de que, infringido este término, e incurso por tanto en mora la Administración, pague los intereses desde el día de notificación de la sentencia de instancia, porque el cómputo de éstos y el plazo pertinente para ello son cosas distintas, y a esos efectos, no existen privilegios administrativos de ningún orden.

E) Recursos

La STS de 5 de junio de 2001, I.L. J 1363, desestima el recurso de casación por razón de la cuantía. Según dicha sentencia, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración a los efectos que aquí interesan, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes, y sin incluir los recargos, y es notorio que en el supuesto de autos ninguna de las cuotas mensuales rebasa la cantidad de seis millones de pesetas, que es el límite cuantitativo establecido por la normativa aplicable para acceder al recurso de casación.

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 5 a 8 de 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 864 a J 1769).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

B) Cuestiones generales

La determinación de la responsabilidad empresarial directa por el pago de las prestaciones, incluida la de desempleo en caso de descubiertos en las cotizaciones de la empresa, ha sido objeto de una destacada doctrina jurisprudencial que flexibiliza las disposiciones contenidas en el artículo 126 LGSS; así, se entiende que dichos descubiertos han de tener suficiente trascendencia y gravedad para justificar la declaración de responsabilidad empresarial, por tanto:

“(…) aunque, el abono de las cotizaciones fuera de plazo no exonera al empresario de la responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, la misma ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones” (STSJ Andalucía, Málaga, de 20 de abril de 2001, I.L. J 1241, que mantiene la línea del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 28 de septiembre de 1994 y 20 de junio de 1995, entre otras).

Sin embargo aunque el descubierto en la cotización se produzca por un corto período de tiempo, hemos de distinguir dos supuestos distintos, primero, que tras ese descubierto la empresa siga cotizando durante un período significativo que lleve a la presunción de que la falta de cotización ha obedecido a una transitoria falta de liquidez, concluyendo que no había voluntad incumplidora, y que tal incumplimiento no había tenido repercusión alguna sobre el derecho del trabajador. En segundo lugar, que el despido por el cual se solicita prestación por desempleo se produzca en un momento en que la empresa no cotizaba, siendo impensable, por ilógico, que cotizara después de tal despido, y que tal incumplimiento afecte a la duración y a la cuantía de la prestación, en cuyo caso será el INEM el que por aplicación del principio de automaticidad asuma directamente el pago de la prestación en la cuantía y duración correspondientes a una situación de normalidad, si bien pidiendo a la empresa el reintegro de la parte de la prestación de la que resulte responsable (STS de 19 de junio de 2001, I.L. J 1466).

La STS de 28 de mayo de 2001, I.L. J 1120, en recurso de casación para la unificación de doctrina, se pronuncia acerca de la inexistencia del derecho a la prestación por desempleo de un trabajador por cuenta ajena en virtud de un vínculo mercantil y no laboral, ya que no aparece la percepción de salario por parte de quien se intenta presentar como

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

trabajador dependiente. Esta sentencia continúa la línea interpretativa de las Sentencias de 4 de noviembre de 1999 y 26 de mayo de 1997.

C) Nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

En el supuesto de prestación de servicios en empresas familiares la participación relevante en el capital social y la condición de administrador de la sociedad, hacen concluir que no existe una efectiva prestación de servicios, a pesar del cumplimiento de una serie de requisitos formales como la existencia de recibos de salarios, o la afiliación o cotización a la Seguridad Social, y por tanto todo lo percibido en concepto de prestación por desempleo deberá ser reintegrado al INEM (**STSJ de Cantabria de 4 de abril de 2001**, I.L. J 934).

Asimismo, es abundante la jurisprudencia en la que se observa cómo los Tribunales conceden la prestación por desempleo a la titular, de una cantidad no demasiado elevada del capital social, así concretamente la **STSJ de La Rioja de 24 de mayo de 2001**, I.L. J 1362, la concede a la titular del 15 por ciento del capital social de una sociedad familiar limitada, en la cual no ostenta un puesto de control, dirección o administración de la misma, siendo sus únicos ingresos el salario, y quedando así demostrado por los documentos aportados por la beneficiaria.

En la doctrina jurisprudencial también observamos cómo los Tribunales en distintas ocasiones acogen un tratamiento flexible del criterio de presunción de laboralidad necesario para tener acceso a la prestación por desempleo en el caso de trabajos familiares, pues la presunción contenida en el artículo 1.3.e) ET admite prueba en contrario, como puede ser acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena y obtener una remuneración por su trabajo.

“(…) a pesar de existir convivencia, ha quedado acreditado la percepción de salario por la actora, que es pagado por su esposo, y que por tanto se rompió la presunción de familiaridad en la relación” (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 16 de mayo de 2001**, I.L. J 1287). Recoge esta misma línea interpretativa la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de mayo de 2001**, I.L. J 1282.

b) Requisitos de acceso a la protección

Como es sabido, y así establece el artículo 208.1.1.e) LGSS, cuando la baja en un empleo se produce por voluntad del trabajador, en principio no se estima existencia de situación legal de desempleo, excepto cuando exista una conducta empresarial que haya motivado dicha baja, como es el caso resuelto por la **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2001**, I.L. J 1010, donde la resolución voluntaria del trabajador está fundada en una modificación sustancial de su jornada de trabajo, curiosamente para disminuirla, con la que el trabajador no está de acuerdo, pues supone la pérdida del “plus de disponibilidad”.

La pretensión de obtener la prestación por desempleo ha producido en diversas ocasiones situaciones de fraude de ley que persiguen acreditar una apariencia de realidad con el fin de obtener un resultado previsto por el ordenamiento jurídico, cual es la protección por desempleo para el trabajador y el ahorro de salarios y cotizaciones para el empresario. Así ocurre cuando el empresario, solicita la suspensión del contrato de una trabajadora a su cargo, presentando solicitud de expediente de regulación de empleo cuando realmente no existe una situación coyuntural en la actividad empresarial que la suspensión del contrato de la trabajadora de plantilla vaya a contribuir a superar. Si bien el artículo 208.1.2) LGSS recoge este supuesto como situación legal de desempleo, en este caso lo que se está encubriendo en realidad es una modificación individual de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 ET, pues estamos ante una novación del contrato con reducción de jornada. Luego, el acuerdo suscrito entre empresario y trabajadora para suspender el contrato implica un fraude de ley al tratarse de actos realizados al amparo de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a aquel (STSJ de Cantabria de 16 de mayo de 2001, I.L. J 1159).

Según se desprende del artículo 208.1.1.d) y 2.2 LGSS y artículo 1.1.b) y f) del RD 626/1985, la situación legal de desempleo por despido basado en causas objetivas se acredita por comunicación escrita al trabajador, excepto si el trabajador reclama contra dicho despido, en cuyo caso, la situación legal de desempleo se debe acreditar mediante acta de conciliación o resolución judicial definitiva. Así, es posible entender como resolución judicial definitiva la que acuerda el archivo del proceso judicial instado por un trabajador al desistir éste como consecuencia de haber llegado a transacción extrajudicial con la empresa, antes de llegar a celebrarse el juicio. Por tanto, la situación legal de desempleo nace en el momento que la empresa, antes del juicio se aviene a reconocer la improcedencia del mismo, en transacción extrajudicial (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2001, I.L. J 1276).

No cabe considerar en situación legal de desempleo a un trabajador que tras ser rescindida su relación laboral por “no estar superado el período de prueba a satisfacción de la empresa”, a pesar de haber trabajado como conductor al servicio de la empresa durante un período prácticamente continuado de 32 meses, bajo formas diversas de contratación temporal, no impugna la resolución contractual:

“(…) en al ámbito de solidaridad que la prestación por desempleo cubre, está claro que sólo pueden encontrar cobijo aquellas situaciones de hecho, en que la pérdida de empleo se produce como resultado ajeno a la voluntad tanto activa como pasiva del trabajador” (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 8 de mayo de 2001, I.L. J 1164).

Análogo criterio hemos de aplicar en el caso de un trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo por declaración de Incapacidad Permanente Total que se prevé, va a ser objeto de revisión por mejoría. Luego, la empresa está obligada a suspender la relación laboral en caso de previsible mejoría, por tanto, la extinción del contrato no se ajusta a derecho lo que debió ser impugnado por el trabajador, pues como sabemos el artículo

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

208.2.2 LGSS dispone que “no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores(...), cuando hayan sido despedidos y no reclamen en tiempo y forma oportuno contra la decisión empresarial” (STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2001, I.L. J 1358).

A la misma conclusión se llega en el supuesto de un trabajador que renuncia voluntariamente a un puesto de trabajo de carácter fijo y suscribe posteriormente uno de carácter temporal, con duración de un mes y veintidós días y con unas condiciones económicas inferiores al otro, sin ofrecer justificación de tal situación, lo que pone de manifiesto que el trabajador ha incurrido en fraude de ley, pues:

“(…) con ello se perseguía acceder, tras una situación de falta de trabajo de carácter voluntario, a unas prestaciones que, a tenor de la normativa reguladora de las mismas se dirigen a la protección de quienes pierden su trabajo por causas ajenas a su voluntad y no para quienes cesan voluntariamente en el desempeño del mismo” (STSJ de Galicia de 28 de junio de 2001, I.L. J 1580).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de si procede o no la extinción de la prestación por desempleo a un trabajador por no comunicar, sin causa justificada, las bajas en las prestaciones cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o dejen de reunir los requisitos para su percepción, cuando por dicha causa haya percibido indebidamente la prestación. Esta sanción era recogida por el artículo 30.2.2 de la Ley 8/1988. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, como se sabe, introdujo varias modificaciones en la LISOS y entre ellas se encuentra la de suprimir el apartado 2.2 del artículo 30 de la Ley 8/1988, sin embargo el contenido de este extinto artículo se reproduce casi literalmente por el artículo 17.3 de la LISOS. De esta manera, la Ley 50/1998 derogó el artículo 30.2.2 de la LISOS del año 1988, tipificando la misma conducta como sancionable en un nuevo precepto, el actual artículo 17.3 de la LISOS. Luego, se trata de decidir si la sanción procede porque la infracción por la que se sanciona está todavía en vigor, o si, por el contrario, aquella infracción fue suprimida por la norma posterior, y la conclusión a la que se ha de llegar es que la conducta sancionada por el INEM subsiste, pues, a pesar de aquella derogación formal del precepto en el que antes se ubicaba, y por tanto, sigue siendo legalmente adecuada a derecho (STS de 3 de julio de 2001, I.L. J 1690; STS de 20 de julio de 2001, I.L. J 1736).

c) Contenido y modalidades de la prestación

En cuanto a la modalidad de pago único de la prestación por desempleo, existe unificación jurisprudencial respecto a la incorporación a una Cooperativa de los trabajadores por cuenta ajena que ven extinguidas sus relaciones laborales, no obstante el TSJ de Castilla y León (Valladolid) en Sentencia de 2 de abril de 2001, I.L. J 898, resuelve un caso en el que se estima fraude de ley en la solicitud del pago único pues, el actor cesó voluntariamente en su prestación de servicios con otra empresa, para posteriormente suscribir un contrato eventual con la empresa que subsiguientemente lo admitiría en calidad de socio de trabajo, por lo que el Tribunal entiende que:

“el actor no se ha encontrado en situación legal de desempleo al tiempo de extinguírsele el contrato eventual, siendo éste, mero instrumento, para obtener la capitalización de la prestación de desempleo, y así conseguir los recursos necesarios para efectuar la aportación como socio en la Cooperativa de Crédito en la que solicitó su integración (...)”.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

Entre los requisitos exigidos por la ley para tener acceso a la prestación por desempleo, encontramos el de involuntariedad en el cese en el trabajo; sin embargo, esta regla general tiene como excepción el supuesto regulado en el artículo 208.1.1.e) LGSS, que permite considerar a un trabajador en situación legal de desempleo cuando la extinción sea voluntaria, siempre que se dé alguno de los supuestos que el precepto determina. Para considerar extinguido el contrato de trabajo, es necesaria una sentencia definitiva que así lo declare, y la jurisprudencia es unánime en suponer como fecha de inicio del plazo de 15 días para solicitar el derecho a la prestación, el día siguiente al momento en que se notifique la sentencia al trabajador (STSJ Castilla la Mancha de 2 de abril de 2001, I.L. J 908).

f) Compatibilidad e incompatibilidades

La compatibilidad entre la prestación de trabajo a tiempo parcial y la prestación por desempleo continúa planteando numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de los que se extrae la manifiesta dificultad de los trabajadores vinculados por esta modalidad contractual para acceder a las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social.

En concreto, vamos a centrarnos en el caso en que se produce una prestación de servicios, con parcial coincidencia temporal, en virtud de dos contratos a tiempo parcial, por los que la trabajadora ha cotizado separadamente. La sentencia de suplicación considera jurídicamente incorrecto el proceder de la Entidad Gestora que pretende que al final del segundo contrato, la trabajadora reciba solamente los días de prestación que le restaban por percibir por causa de la finalización del primer contrato, sin tener en cuenta las cotizaciones efectuadas por el segundo contrato:

“(...) no se tiene en cuenta los días que hasta ese momento tiene, separadamente, por el otro contrato, por virtud del cual sigue trabajando y cotizando, de tal modo que cuando éste se extingue deben ser computados en orden a la prestación que pueda corresponder, no sólo los días transcurridos desde que finalizó el anterior, sino todos los días cotizados por el segundo” (STSJ Andalucía, Granada, de 16 de abril de 2001, I.L. J 944, siguiendo el criterio establecido en la STS de 31 de mayo de 2000).

Del artículo 221.1 LGSS se extrae la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. Sin embargo, esa compatibilidad no se extiende a cualquier prestación de servicios a tiempo parcial, así se deduce del

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

supuesto resuelto por la STSJ de Aragón de 28 de mayo de 2001, I.L. J 1140, al entender que:

“(...) el demandante como Profesor Titular de Universidad, no tiene un contrato a tiempo parcial, sino una relación funcionarial con plaza en propiedad, que está desempeñando a tiempo parcial (...). El desempleo parcial existe para quien no pudiendo obtener un trabajo a tiempo completo, lo consigue sólo a tiempo parcial”.

La incompatibilidad de la prestación por desempleo con la prestación de servicios por cuenta propia o ajena, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, no debe confundirse con el hecho de seguir abonando el Impuesto de Actividades Económicas que grava el ejercicio de actividades profesionales, pues esto no presupone necesariamente la realización de un trabajo productivo de modo que la incompatibilidad viene establecida con la prestación de servicios y no con el pago del referido impuesto. Esta línea es la mantenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de marzo de 2000, y es la seguida por la **STSJ de Asturias de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1378. Sin embargo, se llega a una solución contraria por el **Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de julio de 2001**, I.L. J 1748, en la que la actora permanece en alta en el Impuesto de Actividades Económicas, no debido a un descuido, sino a que es titular de la licencia de taxi, perteneciéndole los beneficios económicos que comporta la explotación del mismo:

“(...) a pesar de que la actora no es conductora del taxi, la titularidad de la licencia del mismo le sitúa en posición de explotarla y en consecuencia de percibir los beneficios de la misma por ser titular, lo que representa una actividad empresarial”.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

El artículo 208.4 LGSS recoge como situación legal de desempleo el supuesto de “trabajadores fijos discontinuos que carezcan de ocupación efectiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente”. Por otro lado el artículo 213.1.b) LGSS establece que “la falta de aceptación de una oferta de empleo constituye una causa de extinción del subsidio o prestación por desempleo”. Sin embargo, esta causa no puede operar ni cuando la prestación se halla extinguida por realizar el beneficiario un trabajo superior a doce meses, ni cuando la prestación se encuentra en suspenso por hallarse el beneficiario realizando un trabajo de duración inferior a doce meses, puesto que lógicamente quien se encuentra trabajando contratado por una empresa y no percibe prestación no está obligado a aceptar otras ofertas de empleo. Por tanto si un trabajador no se incorpora al llamamiento como fijo discontinuo por estar vinculado por un contrato de naturaleza temporal cuya aceptación no se considera fraudulenta, no se entiende que exista motivo de extinción de la prestación o el subsidio, de manera que es perfectamente legítimo que al finalizar el contrato temporal se abra la posibilidad de reanudar la percepción del subsidio que tenga en suspenso. Así, lo entiende la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de marzo de 2001**, I.L. J 1237.

b) Beneficiarios**a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares**

Ya ha sido objeto de comentario en diferentes ocasiones la cuestión relativa a la procedencia o no del subsidio por desempleo por cargas familiares. El Tribunal Supremo mantiene, al respecto, una doctrina unánime considerando que no hay razón para excluir de la unidad familiar al hijo exclusivo del cónyuge del beneficiario siempre que se cumplan los requisitos de convivencia de la unidad familiar y que éste constituya una carga económica para el beneficiario. En la **STSJ de Valencia de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 893, se desestima la pretensión del demandante de obtener el subsidio por desempleo por entender que:

“(…) no existen cargas familiares ya que el hijo se encuentra prestando el servicio militar (no existe convivencia ni dependencia) y el cónyuge obtiene unos ingresos que divididos por dos miembros de la unidad familiar, exceden del límite del 75 por ciento del SMI”.

b') Subsidio de prejubilación

El acceso al subsidio por desempleo para mayores de 52 años conforma una de las materias que suscita mayor actividad jurisprudencial, así uno de los temas más tratados es el relativo al derecho a este subsidio de aquellos trabajadores emigrantes en los Estados de la Unión Europea.

La jurisprudencia del TJCE ha sido clara al establecer como requisitos para tener derecho al subsidio, por un lado los generales y específicos recogidos por la LGSS, y respecto al período mínimo de carencia de 15 años previsto para el reconocimiento del derecho a una pensión de jubilación, entiende válidas las cotizaciones realizadas en cualquier país europeo, y esta línea es la que se sigue en la **STSJ de Valencia de 7 de abril de 2001**, I.L. J 991, pues:

“(…) debe entenderse que el requisito impuesto por la Legislación Española para la concesión del subsidio, exige, no que el interesado tenga derecho a una pensión de jubilación como tal, sino que haya cubierto un período de cotización de 15 años a un régimen de pensión de jubilación”. Esta misma línea se sigue en la **STSJ de Galicia de 28 de junio de 2001**, I.L. J 1579.

c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo

El cómputo a efectos de acreditar el requisito de carencia de rentas que exige el sistema normativo para acceder al subsidio por desempleo sigue motivando una ingente actividad jurisprudencial. Podemos observar cómo la **STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1293, en la misma línea expuesta en su Sentencia de 21 de febrero de 2000:

“(…) no considera como rentas computables e impeditivas, en su caso, para la obtención del subsidio por desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Especial Agrario de la Seguridad Social, las subvenciones entregadas a cualquier miembro de la unidad familiar para la adquisición de vivienda”. En el mismo sentido se pronuncia este Tribunal en **Sentencia de 6 de julio de 2001**, I.L. J 1603.

La posición defendida no es pacífica pues como el mismo Tribunal se encarga de resaltar, en un supuesto similar se llega a una solución contraria por el TSJ de Andalucía (Granada) de 23 de septiembre de 1998.

d’) Otros subsidios especiales

El artículo 215.1.1.c) LGSS considera como beneficiarios del subsidio a “aquellos trabajadores, emigrantes, que habiendo retornado del extranjero, no tengan derecho a la prestación por desempleo y hubieran trabajado, como mínimo seis meses en el extranjero desde su última salida de España”. El calificativo de “emigrante retornado” puede ser aplicado en el supuesto de que la actividad prestada en el extranjero sea como auxiliar de lengua española, durante más de seis meses continuados y habiendo recibido a cambio una remuneración. Así, aunque es necesario para obtener el subsidio por desempleo, haber sido trabajador en el extranjero, no lo es que el trabajo desarrollado se corresponda con alguno de los que en España dan lugar a la protección. No debemos confundir este supuesto con el de simple becario, pues si la finalidad primaria de la beca es facilitar el estudio y formación del becario, no es la de, como en este caso, incorporar los resultados o frutos del estudio trabajo de formación realizado al patrimonio de la persona que la otorga (**STSJ de Andalucía, Málaga, de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1264, en esta misma línea **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1163).

d) Compatibilidad e incompatibilidades

La incompatibilidad del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, confirmando lo establecido por el artículo 221.1 LGSS. Asimismo, el RD 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en su artículo 11, dispone que el subsidio que en él se regula es incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena; no obstante, de esta misma norma se extrae otra consecuencia distinta a la anterior regla general que es que la misma no puede aplicarse a los trabajos por cuenta propia en la agricultura, pues esto significaría dejar sin contenido el artículo 1.1 que declara comprendidos en su ámbito de aplicación a quienes sean titulares de explotaciones agropecuarias que no superen determinadas rentas:

“no debe proyectarse sobre los trabajos a tiempo parcial, puesto que el artículo 13 prevé la posibilidad de actividades laborales en días concretos en el mes anterior al de la percepción del subsidio, los cuales habrán de deducirse de dicha percepción, lo que supone sin duda una fórmula de compatibilidad del subsidio con el trabajo a tiempo parcial (...)” **STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de abril de 2001**, I.L. J 942, que sigue la misma línea de la **STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de septiembre de 2000**.

F) Gestión, financiación y pago

Nuevamente encontramos un pronunciamiento favorable a la demandante al existir descubiertos en las cotizaciones por parte de la empresa, pues como sabemos, el Tribunal Supremo mantiene una doctrina judicial inequívoca en el sentido de no perjudicar al trabajador por los incumplimientos empresariales que puedan afectar a la percepción de la prestación por desempleo. Por tanto, el INEM debe adelantar el abono de las prestaciones sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la empresa infractora, y de la repercusión que la Entidad Gestora puede y debe hacer frente a la misma (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2001, I.L. J 915).

El reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas es otro de los temas que motiva una intensa labor jurisprudencial, así, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones acerca de la procedencia o no del reintegro de prestaciones indebidas por desempleo en aquellos casos en los que tras la extinción del contrato no existe reclamación jurisdiccional por parte del trabajador en tiempo y forma. 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” (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2001, I.L. J 916).

Cuando producido el pago único de la prestación por desempleo, el beneficiario acredite la inversión en la nueva actividad de sólo una determinada cantidad, ésta es la que se le exonera de ser reintegrada, manteniendo su obligación de devolver el resto de lo percibido, por no acreditar la aplicación a la actividad iniciada (STS de 6 de junio de 2001, I.L. J 1401). Curiosamente, la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2001, I.L. J 1582, se pronuncia de forma contraria a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, pues entiende el TSJ que:

“(…) el hecho de que no se haya invertido la totalidad de la cantidad percibida en pago único, no desnaturaliza la finalidad del abono de la prestación en la forma concedida”.

2. JUBILACIÓN**A) Jubilación contributiva****a) Requisitos de acceso a la protección**

En relación con los requisitos de acceso a la pensión de jubilación, en el período que se reseña los pronunciamientos jurisprudenciales se caracterizan por su continuismo, siendo destacables sólo algunas cuestiones.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

– Período de carencia específico

En el caso de cotizaciones a varios regímenes del Sistema de Seguridad Social, la pensión de jubilación se ha de conceder por el Régimen en el cual se acredite cumplir todos los requisitos de cotización (carencia genérica y carencia próxima o específica), sin perjuicio de totalizar todas las cotizaciones que se acrediten a la Seguridad Social. De esta forma, la **STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2001**, I.L. J 976, considera que “la pensión de jubilación no puede serle concedida al demandante por el Régimen General al incumplir el requisito de carencia próxima o específica exigido por éste, cumpliendo, por el contrario, todos los requisitos del RETA, por lo que se le debe reconocer por dicho Régimen, no siendo por consiguiente procedente acudir al Régimen en el que tenga mayor número de días cotizados”, lo cual únicamente resulta aplicable cuando no se cumplen los requisitos de ningún régimen para lucrar la prestación solicitada.

Por otra parte, la jurisprudencia también ha determinado que no puede retrotraerse el cumplimiento del período mínimo específico de cotización a la efectuada con anterioridad a la declaración de incapacidad permanente total pensionada, ya que “entonces no tendría sentido la exigencia legal en todo caso del referido período específico, máxime cuando (...) la situación invalidante reconocida al actor no le impedía continuar trabajando en otra empresa y seguir cotizando”, como señala, en base a la doctrina del Tribunal Supremo, u.d., la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de mayo de 2001**, I.L. J 1065. En este mismo sentido, la Sentencia pone de manifiesto, por un lado, que no cabe en absoluto considerar como una situación asimilada al alta la declaración de incapacidad permanente total pensionada, y, por otro lado, tampoco cabe considerar este período, de la misma manera que la jurisprudencia aplica a los períodos de paro forzoso, como un paréntesis (o tiempo muerto) no computable a efectos de la carencia específica exigible para la prestación de jubilación.

– Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados

La **STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 878, sigue la línea más restrictiva mantenida por el Tribunal Supremo (frente a algunos Tribunales Superiores de Justicia que, por el contrario, han resuelto en el sentido más favorable) respecto al cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes o religiosos secularizados que prestaron servicios propios de su condición antes de la creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Frente al criterio seguido por parte de muchos Tribunales Superiores de Justicia en el sentido más favorable de computar todos los períodos que coincidan en el tiempo con el ejercicio del ministerio o religión (STSJ de Aragón de 30 de enero de 2001, I.L. J 60 y STSJ de La Rioja, I.L. J 205), la STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2001 mantiene el criterio más restrictivo, impuesto por el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, al establecer que “sólo son computables los períodos de actividad sacerdotal o religiosa posterior al 1 de enero de 1962, fecha en que se creó la primera mutualidad de trabajadores autónomos” (véase al respecto la reseña publicada en el número anterior de la Revista).

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

- Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en distintos países

Se plantea como cuestión controvertida la de si para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en el caso de que se haya cotizado en España y en otro país de la Unión Europea procede totalizar los períodos cotizados en ambos países, o, por el contrario sólo han de ser tenidas en cuenta las cotizaciones efectuadas en España, integrando las lagunas de cotización con bases mínimas. La **STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2001**, I.L. J 957, considera, al respecto, en base al artículo 45.1 del Reglamento Comunitario 1408/1971, que el principio de totalización de los períodos de cotización cubiertos en distintos Estados miembros de la Unión Europea a efectos de la adquisición y conservación de los derechos a las prestaciones y del cálculo de las mismas, y consiguiente aplicación del principio de prorrateo, es preciso que esa totalización sea necesaria para adquirir, conservar o recuperar el derecho a una prestación. Por todo ello, teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario de una pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social francés, la Sentencia estima que:

“no procede la totalización de los períodos cotizados en cada uno de los dos países y la aplicación del principio de prorrateo (...), pues un mismo período de cotización no puede servir para lucrar una pensión de jubilación francesa y servir al mismo tiempo para integrar la base reguladora de la pensión de jubilación española”.

También en un supuesto de cotizaciones en Alemania y en España, la **STSJ de Madrid de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1614, determina la no aplicación del cómputo de los denominados “días-cuota”, correspondientes a las pagas o gratificaciones extraordinarias, en cuanto que dicho cómputo tiene, según el ordenamiento interno español, la función de completar la carencia mínima necesaria para acceder a la jubilación, y no para incrementar el porcentaje y la cuantía de la pensión teórica inicial. Y ello también de conformidad con lo que dispone el apartado “vi” de la letra “c)” del núm. 3 del artículo 15 del Reglamento CEE núm. 547/72.

Cuestión también debatida que ha dado lugar a varias sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina se refiere al cómputo del período de abono de años de cotización a efectos de determinar la base reguladora cuando se ha cotizado sucesivamente en varios países de la Unión Europea. Las **SSTS de 5 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1697, y **de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1497, ambas referidas a supuestos de cotización sucesiva en España y en Holanda, dentro del Régimen Especial del Mar, determinan la aplicación de la escala de abono de años de cotización por edad para determinar la parte proporcional de la pensión teórica que corresponde a la Seguridad Social española, cuando se ha cotizado sucesivamente en España y en Holanda y se ha reconocido la pensión de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

jubilación por la Seguridad Social española, aplicando la totalización de períodos de cotización. El Tribunal Supremo considera que:

“el período de abono de años de cotización por edad no puede considerarse como una cotización teórica o ficticia a los efectos del art. 46.2.b) del Reglamento 1408/1971, porque se trata de cotizaciones estimadas y correspondientes a períodos anteriores al hecho causante”.

En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001, citada, que estos períodos no son propiamente cotizaciones teóricas o ficticias que se proyectan sobre previsiones posteriores al hecho causante, sino cotizaciones estimadas y correspondientes a un período de la carrera del seguro no sólo notablemente anterior al hecho causante, sino que precisamente por su alejamiento en el tiempo presentan sin duda dificultades de prueba.

– Determinación de la base reguladora en supuestos de error en la cotización

La **STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1560, mantiene la doctrina jurisprudencial constante del Tribunal Supremo que da validez a las cuotas ingresadas por error, como ocurre en el caso planteado en la citada sentencia. De esta forma, habiéndose planteado un error en el demandante al darse de alta en la Seguridad Social en el inicio de su actividad en un Régimen erróneo, que supuso, al pasar del Régimen Especial Agrario al RETA, la necesidad de abonar a este último las cuotas del período controvertido y la recuperación de las ya abonadas al Régimen erróneo, la Sentencia estima que “no puede hablarse en puridad de cuotas anteriores al alta”, ni tampoco que dichas cuotas pudieran tener la intención de “compra de prestaciones de Seguridad Social”, sino de “cuotas ingresadas por error en otro Régimen de Seguridad Social a las que siempre el INSS ha dado validez a efectos de pensión de jubilación”, por lo que son válidas a efectos de determinar la base reguladora de la pensión.

b') Cuantía de la prestación

– Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas

Se mantiene la jurisprudencia consolidada respecto al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. A ello se refiere la **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de abril de 2001**, I.L. J 946, reiterando la obligación del INSS de formular la pertinente demanda ante los Tribunales de Justicia en solicitud de que se le devuelvan las cantidades indebidamente percibidas por el sujeto beneficiario. También la **STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1558, en cuanto a la aplicación del plazo excepcional de retroacción de tres meses frente al general de cinco años como límite respecto al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de complemento de mínimos por cónyuge a cargo, y la **STSJ de Galicia de 9 de junio de 2001**, I.L. J 1575, en relación al mismo tema. (Véase al respecto la jurisprudencia reseñada en los anteriores números de la Revista.)

– Concurrencia de pensiones públicas

Tampoco se aprecian cambios jurisprudenciales al respecto. Así, la **STS de 9 de julio de 2001**, I.L. J 1710, reitera que en los casos de concurrencia de pensiones públicas, la Entidad Gestora, cuando se cerciora de que el beneficiario está percibiendo cantidades que superan el límite máximo establecido por las leyes de presupuestos, puede y debe reducir la cuantía de la prestación que ella viene haciendo efectiva, de modo que el titular de ésta, a partir de ese momento, no cobre más de lo debido, y ello aun cuando el exceso en tal percepción se hubiese venido produciendo desde años atrás. A ello añade la **STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1041, que la reducción que debe realizarse por cada una de las entidades que satisfacen las correspondientes pensiones “es proporcional al monto total del tope, por lo que no es admisible que la Entidad Gestora, en este caso, reduzca en su totalidad el importe de la pensión, puesto que el origen de la misma se configura en dos entidades, debiendo cada una soportar el coste de los importes generados”.

Es también interesante, por cuanto se trata de determinar el carácter de pensión pública a efectos de la aplicación de las normas de concurrencia, la **STSJ de Aragón de 30 de abril de 2001**, I.L. J 923, que, respecto a un complemento de pensión establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Profesión Periodística, considera:

“pensiones públicas sujetas a las normas de concurrencia tanto a las abonadas por empresas o sociedades con participación mayoritaria directa o indirecta en su capital del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales u Organismos Autónomos de uno y otras, bien directamente, bien mediante la suscripción de la correspondiente póliza de seguro con una institución distinta, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de ésta o por las Mutualidades o Entidades de Previsión de aquellas en las cuales las aportaciones directas de los causantes de la pensión no sean suficientes para la cobertura de las prestaciones a sus beneficiarios y su financiación se complemente con recursos públicos, incluidos los de la propia empresa o sociedad”.

c) Dinámica de la protección

– Fecha de efectos de la pensión de jubilación

Diversas sentencias del período reseñado se refieren a la determinación de cuándo se entiende producido el hecho causante de la prestación de jubilación, a efectos del cómputo del período de carencia específico, si en la fecha de la solicitud de la pensión o en la fecha en que se cumplen los 65 años exigidos para causar derecho a la prestación. Así, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de enero de 2001**, I.L. J 1204, considera que el hecho causante de la pensión de jubilación se sitúa “no sólo en el momento del cumplimiento de la edad de 65 años –tras la cual se puede seguir trabajando– sino en aquél en el que reuniéndose tal requisito cronológico, a su vez, se solicita la pensión de jubilación”. En el mismo sentido se pronuncia también la **STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2001**, I.L. J 1172.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones y bajas incentivadas

El carácter de las medidas de prejubilación o de las bajas incentivadas ha sido objeto de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, entre los que se puede destacar la **STSJ de Baleares de 18 de junio de 2001**, I.L. J 1523, que establece que el trabajador, ante una concreta situación de la empresa, “aumentó, mediante el convenio colectivo de referencia, sus derechos en el sentido de que pudo quedarse, sin por ello tener que soportar ninguna medida ilegal que eventualmente aquélla pudiera decidir adoptar en el futuro en su contra, o pudo, como hizo, acogerse a la prejubilación pactada, sin que el haberlo hecho así implique que faltara, en el caso, su libre voluntad”. Consecuencia de ello, según la Sentencia, es el carácter de esta prejubilación:

“estamos ante una medida de fomento de la prejubilación, como es innegable, pero sin que esta ‘invitación empresarial acompañada de un premio en dinero’, como escribe el recurrente, se acerque más, en el caso, a una ‘jubilación anticipada-forzosa’ que a una ‘jubilación voluntaria’, como éste sostiene, pues no existe, en sentido técnico, ‘forzamiento’ alguno al ser éste incompatible con la mera técnica de fomento o con la de simple invitación con premio en dinero”.

También en relación con la prejubilación, la **STSJ del País Vasco de 19 de junio de 2001**, I.L. J 1640, se plantea el alcance del premio regulado en el Convenio Colectivo aplicable en los supuestos de prejubilación, estimando que según lo previsto en dicho convenio “para el cálculo del premio se ha de computar (‘calculará’) no hasta la fecha de extinción del contrato, sino hasta el cumplimiento de la edad de jubilación forzosa, que según el citado artículo 27 del convenio colectivo citado (II Convenio Colectivo del Ente Público ‘Retevisión, S.A.’) son los sesenta y cinco años”. La finalidad de ello sería, según la jurisprudencia, “garantizar que los prejubilados percibiesen el tal premio como si hubiesen seguido trabajando en la empresa hasta su jubilación forzosa, lo que sin duda tiene que ver con el afán de paliar, mediante compensación, de la forma menos traumática posible la pérdida del puesto de trabajo”. A esto ha de añadirse que, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, el pago de los intereses previstos en el artículo 29.3 del ET no procede en aquellos casos en que sea jurídicamente controvertido el devengo del salario reclamado.

– Requisitos para la jubilación anticipada

Frente a la flexibilidad hoy día establecida respecto al requisito del alta para causar derecho a la prestación de jubilación, hay que señalar, como hace la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2001**, I.L. J 998, que:

“si bien este requisito de encontrarse en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento de la solicitud no es exigible en los supuestos de jubilación ordinaria a los sesenta y cinco años de edad, sí continúa siendo un requisito necesario en los casos de jubilación anticipada”.

Siendo una de las situaciones asimiladas a la de alta, la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario, una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la Oficina de Empleo, se ha de señalar, como hace el Tribunal Supremo y recoge la Sentencia citada, que “la situación de asimilada al alta no puede apreciarse cuando se advierte el transcurso de un período significativo de tiempo sin inscripción en la Oficina de Empleo”. No obstante, aun cuando esta exigencia se ha mitigado también jurisprudencialmente, admitiendo interrupciones en la inscripción, ello es así:

“siempre y cuando las interrupciones en la inscripción no sean prolongadas, ni reiteradas y permanentes y no quepa apreciar un voluntario apartamiento del mercado de trabajo por parte del trabajador”.

f) Jubilación complementaria

– Revisión del complemento de pensión de jubilación

Se viene manteniendo por los tribunales la procedencia de la revisión del complemento de pensión de jubilación, en el sentido (establecido en la **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2001**, I.L. J 1009), de que la mejora prevista, como en el caso del art. 151 del Estatuto de Personal Sanitario No Facultativo del INSALUD:

“debe seguir las variaciones de la pensión de jubilación básica reduciéndose a medida que ésta se incrementa por revalorización”.

En este caso, tal reducción “puede operar de oficio al tratarse de un mero ajuste aritmético” impuesto por la coyuntura anual de la normativa reguladora, y dado que, como establece el Tribunal Supremo (**STS de 10 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1722), se trata del derecho a percibir un complemento que sumado a la pensión básica abonada por el INSS garantice lo que percibía en activo en el momento de la jubilación sin asegurar que tal complemento mantenga un carácter fijo e invariable en lo sucesivo, de tal forma que:

“ni el INSALUD actúa aquí como Gestora ni se trata de resoluciones que afecten a beneficiarios de la Seguridad Social en cuanto tales (...), sino al personal estatutario por jubilación y su objeto es una mejora voluntaria de carácter temporal”.

g) Compatibilidad e incompatibilidades

Las **SSTSJ de Asturias de 6 de junio de 2001**, I.L. J 926 y **de Cataluña de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1176, reiteran la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de incapacidad permanente parcial y de invalidez permanente total cualificada, respectivamente.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

– Residencia legal

Resulta de gran interés la **STSJ de Madrid de 12 de junio de 2001**, I.L. J 1625, en donde se plantea el alcance del derecho a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros reconocido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre), en relación con la prestación de jubilación en su modalidad no contributiva. Se trata de determinar el requisito de residencia legal en territorio nacional (durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión) que exige la LGSS. La citada Sentencia determina, por un lado, que el requisito de residencia legal no está limitado exclusivamente al momento de la solicitud sino que se requiere para la totalidad del período computable. Por otro lado:

“la condición de residente que requiere el precepto sólo puede entenderse en su sentido técnico jurídico y legal, esto es en el que pueda derivarse de las situaciones concretas previstas en las disposiciones que regulan la materia y que en el caso de autos [siendo la demandante de nacionalidad peruana] viene contemplada por el art. 13.1.b) de la LO 7/1985, de 1 de julio (vigente entonces) que supone la obtención de un permiso administrativo ad hoc para poder considerar residente –‘legalmente’– al solicitante de una prestación no contributiva”.

Aun no aplicándose al caso concreto (puesto que entraron en vigor con posterioridad), la Sentencia se pronuncia sobre el principio de igualdad que se invoca por la demandante, derivado de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. En este sentido, la Sentencia estima que:

“la mención específica al derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales contenida en el art. 14 (de la citada Ley) exige, en primer término, que se trate de extranjeros residentes, a lo que debe adicionarse el reenvío arriba operado a las leyes correspondientes, ya fuese en materia de prestaciones contributivas o no contributivas, y concretamente, para el supuesto enjuiciado –pensión de jubilación no contributiva– al art. 167 LGSS que regula como requisito general y básico para ser beneficiario de dicha prestación el de residencia legal en territorio español y lo hayan hecho durante diez años (...)”.

De esta manera, concluye la Sentencia que:

“la norma específica reguladora del derecho demandado prevé específicamente aquella residencia –que se adquiere, como ya se expresó anteriormente, cuando se trata de extranjeros, mediante la obtención de la oportuna autorización (...)– o de otro modo, que se trate de residencia en sentido legal, que implica, por tanto, cumplir los trámites establecidos por la ley y que en cuanto a su duración ha de cumplir un mínimo de diez años (...)”.

– Variación de ingresos de la Unidad Económica de Convivencia

Se mantiene en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de abril de 2001**, I.L. J 1258, un criterio flexible en el sentido de que el incumplimiento de las obligaciones de comunicar a la entidad gestora el incremento de ingresos y el incremento del número de miembros de la unidad familiar “no comporta automáticamente la pérdida del derecho a percibo de pensión por parte de la beneficiaria”. Las consecuencias de este incumplimiento, según la citada sentencia:

“no son la pérdida de la prestación reconocida sino que únicamente si del incumplimiento de dicha obligación se derivase una percepción indebida de prestaciones, el beneficiario vendrá obligado a devolver lo indebidamente percibido a partir del mes siguiente a aquel en que se produjo la variación”.

También dentro de una línea favorable y con un criterio interpretativo realista, es de destacar la **STSJ de Madrid de 18 de junio de 2001**, I.L. J 1631. La Sentencia trata de determinar el concepto jurídico de *convivencia*, a efectos de concretar si los ingresos de la Unidad Económica de Convivencia están dentro de los límites exigidos legalmente para acceder a una prestación de jubilación no contributiva. En este caso, la Sentencia considera que “descartada, pues, la concurrencia de cualquier conducta fraudulenta del demandante y partiendo del dato objetivo reflejado en el certificado de empadronamiento, del que se desprende sin duda la realidad de una separación de hecho de los cónyuges”, se debe inclinar por el concepto de *convivencia* que se desprende del artículo 167.2, en relación con el artículo 144.4 de la LGSS de 20 de junio de 1994 y del artículo 13 del RD 357/1997, de 15 de marzo. Según esto:

“a los efectos de delimitar los integrantes de la UEC (Unidad Económica de Convivencia) del solicitante de la pensión de jubilación no contributiva, o de hecho, del interesado y si, como aquí sucede, el actor vive solo, esto es, no convive en el mismo domicilio que su cónyuge, los únicos ingresos computables han de ser los obtenidos por él mismo, sin tomar en consideración las rentas que también percibe su esposa”.

C) Gestión, financiación y pago

Diversas sentencias en este período vuelven a plantearse el tema de las prestaciones recibidas en concepto de jubilación a personas afectadas por el síndrome tóxico, manteniendo el Tribunal Supremo que dichas prestaciones se establecen con carácter provisional a cuenta de las indemnizaciones reconocidas a su favor, se trata, pues, según el Tribunal Supremo, de “anticipos de indemnizaciones, en forma de pensión provisional”. De esta forma, una vez hechas efectivas dichas indemnizaciones, debe cesar el abono de la percepción que se viniese percibiendo en concepto de jubilación, y además la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico puede descontar de la indemnización reconocida la cantidad que se hubiera venido abonando como jubi-

lación ya que el sujeto beneficiario tiene la obligación de reembolsar lo percibido (SSTS de 24 de mayo de 2001, u.d., I.L. J 1113; de 29 de mayo de 2001, u.d., I.L. J 1126, y de 25 de junio de 2001, u.d., I.L. J 1487).

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b') Incapacidad permanente parcial

A propósito de la profesión de médico, la STSJ de Cantabria de 20 de abril de 2001, I.L. J 938, introduce un cambio en su anterior criterio respecto a semejantes o idénticas limitaciones que, en el pasado habían supuesto el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial. Con esta sentencia, el TSJ de Cantabria, sobre el recuerdo de las consideraciones del Tribunal Constitucional respecto al cambio de doctrina (SSTC 49/1982 y 183/1991, entre otras) justifica el cambio de doctrina sobre el criterio de que el profesional puede exonerarse del deber de realizar las guardias médicas cuando concurren determinadas circunstancias y tenga una edad determinada, circunstancia que, en el caso del actor, concurre, de manera que, entiende el Tribunal, una indemnización tan cuantiosa carece de razón de ser, toda vez que sólo compensa un esfuerzo extra o imposibilidad de realizar una jornada superior (no la ordinaria) y no subviene tampoco a una situación incapacitante estable, dada la jubilación próxima, de manera que, concluye el Tribunal, no existe una situación invalidante, ya que el actor viene desempeñando con normalidad su profesión de médico.

La STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001, I.L. J 1034, deniega la pretensión del actor (fresador de profesión) de ser declarado afecto de incapacidad permanente total, confirmando la calificación de las secuelas padecidas por el mismo como integrantes de una incapacidad permanente parcial, tarea para la que procede a recordar la doctrina jurisprudencial compendiadora de los requisitos que han de concurrir para el reconocimiento de una incapacidad permanente total.

La STSJ de La Rioja de 17 de abril de 2001, I.L. J 1052, trae causa de un accidente de trabajo a resultados del cual se deriva la situación de incapacidad permanente parcial del actor, cuya prestación se vio incrementada con el recargo pertinente al incumplimiento de las medidas de seguridad por la entidad empleadora. El actor, además, reclamó una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, estimado parcialmente por el juzgado de lo social competente, estimación parcial que es confirmada por la sentencia reseñada sobre el argumento de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de la juzgadora de instancia, puesto que, de acuerdo con la doctrina judicial vertida respecto a los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena.

c') Incapacidad permanente total

Además del anotado resumen de la doctrina jurisprudencial respecto a los requisitos que han de concurrir para el reconocimiento de una incapacidad permanente total, que realiza la **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001**, I.L. J 1034, en los números de *Información Laboral* recogidos en esta crónica volvemos a encontrar una acabada muestra del casuismo a atender respecto a las situaciones eventualmente susceptibles de ser declaradas constitutivas de incapacidad permanente total.

Así, estimatoria de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para incluir concretos estados patológicos en la situación contemplada en el artículo 137.4 LGSS, es la **STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de marzo de 2001**, I.L. J 869, respecto a las dolencias de una empleada de hogar. Igualmente estimatoria es la **STS de 11 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1417, que establece que cuando la enfermedad profesional padecida, cual es el caso (Abestosis), presenta carácter irreversible inhabilitando para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría ostentada por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente.

Por el contrario, son desestimatorias de la declaración de incapacidad permanente total la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de mayo de 2001**, I.L. J 1279, respecto a las dolencias de una operadora de confección, y la **STSJ de Galicia de 12 de junio de 2001**, I.L. J 1576, para el caso de un trabajador con profesión habitual de chófer.

A la doctrinalmente denominada incapacidad permanente total cualificada refiere la **STSJ de Valencia de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 895, que frente a la pretensión de la actora de que, toda vez que ya reunía los requisitos para ser acreedora del incremento del 20 por ciento en la fecha en que le fue reconocida la invalidez permanente total, tal cuantía le es debida desde entonces, entiende que tal concurrencia no elimina la necesidad (“requisito previo, natural e inevitable”) de la solicitud del interesado, señalando el Tribunal su criterio de mantener la eficacia restringida a los tres meses anteriores a su solicitud. Por su parte, la **STSJ de Asturias de 20 de abril de 2001**, I.L. J 928, respecto a la misma incapacidad permanente total cualificada, estima la procedencia del incremento del 20 por ciento en que la misma se concreta para quien, reuniendo los requisitos legalmente exigidos cesa voluntariamente en un trabajo compatible con su situación de invalido, toda vez que parece “contrario a las reglas de recta razón” que el actor “caprichosamente o por pura renuncia a trabajar cambia una ganancia salarial regular, para perseguir el exiguo 20 por ciento de una pensión vitalicia”. A la misma cuestión atañe la **STSJ de Asturias de 15 de junio de 2001**, I.L. J 1381, que declara que la bonificación por edad establecida para la jubilación en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar es aplicable también a los fines de determinar la edad de 55 años para lucrar el incremento de pensión por incapacidad permanente total.

A los efectos de la declaración de incapacidad permanente total sobre la relación de trabajo refiere la **STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2001**, I.L. J 1188, respecto a un socio

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

trabajador en el caso enjuiciado, señalando la sentencia que, conocida la consecuencia de que la extinción de la relación laboral que comporta la declaración de invalidez permanente total, y habida cuenta las previsiones contenidas en la Ley de Cooperativas (art. 84. “Cesará el derecho de reserva de puesto de trabajo”), pese a la costumbre de la empresa de recolocar a los trabajadores declarados inválidos totales en otras tareas, costumbre que no se ha establecido que sea una condición más beneficiosa, declara el Tribunal que estamos ante una potestad de la empresa que vendrá determinada a que exista puesto compatible con la limitación del trabajador.

d') Incapacidad permanente absoluta

Por lo que hace a este concreto grado de incapacidad permanente en los números de I.L. J reseñados en esta crónica, la **STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1183, desestima que el actor (Chófer-Operario de taller mecánico) reúna los requisitos exigidos legalmente para su estimación, ni siquiera en su grado de total. Igualmente desestimatoria de ambos grados resulta, respecto a un oficial de la construcción, la **STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2001**, I.L. J 1195.

e') Gran invalidez

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2001**, I.L. J 912, estima que la enfermedad de Alzheimer que sufre el actor es constitutiva de gran invalidez. Tras recoger una definición médica de la enfermedad, el Tribunal entiende que en el caso enjuiciado concurren los elementos típicos configuradores de la denominada Gran invalidez, con un importante apoyo en pronunciamientos del TS respecto a la definición de “acto esencial de la vida humana” y el alcance del artículo 137.6 LGSS. Desestimatorias, en cambio, son la **STS de 18 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1462, respecto a un caso de práctica ceguera, por falta de contradicción, y la **STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1547, por entender que las dolencias del actor, que motivaron su declaración de inválido permanente absoluto, no tienen como consecuencia la necesidad de ayuda de una tercera persona para el desarrollo de los actos más esenciales de la vida y la existencia cotidiana.

b) Requisitos del beneficiario

Respecto al requisito de carencia, la **STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2001**, I.L. J 1178, estima que son computables los períodos cotizados en otros Estados miembros de la Comunidad Europea por ciudadanos marroquíes a efectos de lucrar prestaciones por incapacidad permanente en el Estado español, en aplicación del Acuerdo de Cooperación ente la Comunidad Europea y el reino de Marruecos, aprobado mediante el Reglamento (CEE) número 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978.

La **STS de 20 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1737, ante el problema de si durante el período de incapacidad temporal en pago directo por el INSS, sin cotizaciones por tanto, cabe computar a efectos de reunir la carencia exigible para acceder a una pensión de incapacidad permanente, los días correspondientes a las pagas extraordinarias, concluye que no

cabe computar los días-cuota teóricos que corresponderían a las pagas extraordinarias que no existen ni como cotizadas ni como percibidas.

Respecto a los requisitos de alta y carencia para un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la **STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2001**, I.L. J 962, estima que quien figura afiliado al RETA e inscrito como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente se halla en situación asimilada al alta a efectos de causar prestaciones, habida cuenta de que tal situación de desempleo no es subsidiada porque los trabajadores autónomos carecen del derecho a prestaciones por desempleo, sin que, tampoco, sea exigible el período de carencia previsto en el artículo 138.2 LGSS, toda vez que el mismo sólo es exigible para causar prestaciones desde la situación de no alta siempre y cuando se trate de una incapacidad permanente absoluta o en grado de gran invalidez, lo cual no sucede en el caso enjuiciado, donde el grado reconocido es el de total. Finalmente, respecto al hecho de que el actor no se halle al corriente en el pago de las cuotas, el Tribunal, sobre el recuerdo de la doctrina del TS (SSTS de 20 de noviembre y 15 de diciembre de 1997), señala que el INSS debe efectuar la invitación para que sea subsanada la omisión.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 1220, estima que el reconocimiento de una pensión vitalicia por invalidez permanente en grado de total y cualificada del Régimen especial agrario no puede quedar sin efectos por mantener la actora un descubierto con la Seguridad Social por un período de cotización de diez meses, conclusión en cuyo apoyo la Sala trae la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTCO 276/2000 y 312/2000).

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de abril de 2001**, I.L. J 899, desestima la pretensión del actor de que el derecho a percibir el “vale del carbón que decía tener, se convirtiera en una compensación económica por encontrarse, a partir del 5 de mayo de 1999, en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, pues a tenor de la normativa vigente sólo conservan el derecho a suministro de carbón, y su sustitución por una cantidad a percibir por una sola vez, quienes el 15 de julio de 1997 tuvieron la condición de inválidos o jubilados.

b') Base reguladora de las prestaciones

Nuevamente, y como no podía ser de otra manera, encontramos en los números de I.L. J reseñados en esta crónica, una abundante aplicación de la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora. Así, la **STS de 6 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1397, reitera la aplicación de la doctrina conocida como del “paréntesis” sentada en las SSTS de 10 de diciembre de 1993 y 24 de octubre de 1994, cuyo general conocimiento a estas

alturas exime de la reiteración de su contenido. Igualmente es aplicada tal doctrina en la **STS de 7 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1404; en la **STS de 14 de junio de 2001**, u.d., I.L. J 1445; en la **STS de 2 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1674; en la **STS de 21 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1741; en la **STSJ de Cataluña de 24 de junio de 2001**, I.L. J 975. Doctrina del paréntesis que, indirectamente, aclara la **STS de 20 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1740, conoce limitaciones aplicativas.

A la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral refiere la **STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2001**, I.L. J 907, y al necesario respeto a los topes máximos la **STSJ de Valencia de 22 de marzo de 2001**, I.L. J 886. A la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional atañe, en fin, la **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2001**, I.L. J 1562, que interpretando el artículo 60 del reglamento de Accidentes de Trabajo con los criterios del artículo 3 del Código Civil entiende que ha de tenerse en cuenta el salario real y no el subsidio de incapacidad temporal cuando ésta era la situación del interesado durante el año anterior a la baja del actor por enfermedad profesional.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

Varias son las resoluciones judiciales contenidas en los números reseñados en esta crónica atinentes al régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente.

La **STSJ de Galicia de 27 de abril de 2001**, I.L. J 1001, declara, siguiendo doctrina del TS, que la prestación por incapacidad permanente total es compatible con la de incapacidad temporal, aunque las lesiones generadoras de esta última sean las mismas que determinaron el reconocimiento de la incapacidad permanente. Igual doctrina se contiene en la **STSJ de La Rioja de 5 de abril de 2001**, I.L. J 1050.

Respecto a la cuestión de la concurrencia de una prestación por incapacidad temporal con la derivada de incapacidad permanente total, de cuantía superior declarada con efectos retroactivos por sentencia y el problema de su beneficiario conserva el derecho a percibir la primera, como más beneficiosa o, por el contrario, debe percibir la segunda, con el descuento de lo recibido por incapacidad temporal durante el período de concurrencia, la **STS de 22 de mayo de 2001**, u.d., I.L. J 1099, establece que corresponderá optar al beneficiario, lo que, en la práctica coincide con el criterio de la prestación más favorable recogido en el artículo 131 bis.3 LGSS, doctrina que igualmente recoge la **STS de 9 de julio de 2001**, u.d., I.L. J 1707.

La **STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2001**, I.L. J 1639, declara que la incapacidad permanente absoluta no puede simultanearse con la prestación por incapacidad permanente parcial, pues ello resultaría “aberrante, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico”, sin perjuicio de que determinadas secuelas, no consideradas para el reconocimiento del grado de incapacidad permanente absoluta, puedan valorarse como lesiones permanentes no invalidantes.

La STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001, I.L. J 1352, refiere a la incompatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total de la beneficiaria, de profesión peluquera, del RETA con las tareas de dirección y atención de su negocio de peluquería, señalando que la incompatibilidad declarada es para ejercer esas concretas actividades, pero no para el mantenimiento de su negocio, esto es, puede seguir con su peluquería, pero sin trabajar en ella.

Finalmente, merece reseñarse la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2001, I.L. J 999, que estima que el actor, de profesión taxista, y declarado afecto de incapacidad permanente total, aun cuando continuara prestando los servicios de su profesión, pese a la incompatibilidad entre pensión y trabajo, no debe ser privado de la condición de pensionista, habida cuenta la persistencia de las dolencias que motivaron tal declaración, sin que proceda, por ende, la revisión por mejoría, aunque sí la imposición de otra sanción por incurrir en una infracción grave, conforme a la LISOS.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Respecto a la pensión de invalidez no contributiva, en el período acotado en esta crónica, ha de meritarse la STS de 28 de mayo de 2001, u.d., I.L. J 1117, que declara que la calificación de la incapacidad permanente no contributiva sólo puede fundarse en la existencia de una incapacidad permanente absoluta cuando se haya obtenido dicha calificación en vía administrativa o judicial, debiendo acudir, en caso contrario, al sistema de baremo.

Por su parte, la STSJ de Galicia de 8 de junio de 2001, I.L. J 1774, estima, frente a la pretensión de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia, el derecho del actor a percibir prestación de invalidez no contributiva, toda vez que las rentas de la unidad de convivencia en que se inserta no alcanzan el límite de acumulación de recursos [art. 144.1.d) LGSS].

d) Dinámica de la prestación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2001, I.L. J 910, incide en las facultades de las entidades gestoras respecto a la regularización y revisión de las prestaciones no contributivas, señalando que si bien están facultadas para ejercer de oficio tales funciones, carece, en cambio de potestad de ordenar con fuerza ejecutiva el reintegro de prestaciones que hayan sido indebidamente percibidas.

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2001, I.L. J 1208, refiere igualmente al ámbito de las facultades revisoras de las entidades gestoras de las pensiones no contributivas. En concreto la sentencia reseñada recuerda que el RD 383/1984 admite la revi-

sión del derecho a las prestaciones, bien de oficio o a instancia del interesado, pero el artículo 44 del mismo RD obliga para la revisión, suspensión, pérdida o extinción de los derechos, a seguir la tramitación y dictar la resolución administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de cuyo articulado se deduce que la resolución ha de ser motivada, toda vez que se trata de un acto que limita derechos o intereses legítimos del beneficiario, ausencia de motivación que, en el caso enjuiciado, comporta una auténtica indefensión, ya que la recurrente desconoce en absoluto la razón motivadora de su cambio de minusvalía, no existiendo dato alguno, objetivo, que denote la mejoría de la actora respecto de los padecimientos que dieron lugar a la concesión de la invalidez no contributiva.

En el mismo ámbito se inscribe la **STSJ de Aragón de 4 de junio de 2001**, I.L. J 1369, que estima el derecho del actor a continuar percibiendo la pensión de invalidez no contributiva, toda vez que las variaciones del grado de minusvalía no se hallan suficientemente acreditadas en el expediente administrativo de revisión.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

Incluido como situación asimilada al alta [art. 2.4.e) de la OM de 13 de febrero de 1967] el paro involuntario que subsista después de haber agotado las prestaciones por desempleo (doctrina reiterada del TS), la cuestión a determinar es cuándo se estima que un trabajador se halla en tal “paro involuntario”. La **STSJ de País Vasco de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1039, mantiene que tal nota no es sólo acreditable a través de la inscripción como demandante de empleo, sino que dicha circunstancia también es deducible de otras situaciones, “entre las que se hallan aquellas en las que el trabajador figura como demandante de empleo cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y resulta fundamentalmente explicable que por causa de la enfermedad o deterioro físico o psíquico que le aqueja se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, pues en tal caso su baja en la ofician de empleo no puede imputarse a su voluntad, sino a la imposibilidad objetiva de llevar a cabo las renovaciones”, supuesto que es de aplicación a la enfermedad del SIDA. Esta consideración es determinante en relación con el período de carencia necesario (si el origen de la muerte es enfermedad común), pues ya no es exigible un período de 15 años, sino únicamente de 500 días en los últimos 5 años.

La **STS de 18 de junio de 2001**, I.L. J 1458, continúa con la doctrina flexibilizadora y no rigurosa que matiza la exigencia legal de estar de alta o en situación asimilada en determinados supuestos [art. 172.1.a) en relación con el 124.1 de la LGSS], como son los de alcoholismo crónico cuando, como consecuencia del mismo, el causante se encuentra realmente incapacitado para trabajar y para gestionar su permanencia dentro del sistema de Seguridad Social (y la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la Seguridad Social); en estos supuestos hay que entender cumplido el requisito de alta, pues “los familiares más cercanos no deben resul-

tar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social provocada por una enfermedad degenerativa y adictiva como es el alcoholismo crónico” (STS de 12 de diciembre de 1996).

En el mismo sentido, siguiendo esa línea jurisprudencial flexibilizadora y humanizadora en el cumplimiento de la segunda modalidad del requisito (encontrarse en situación asimilada al alta), se manifiesta la **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1554, en un supuesto en el que tras una vinculación al Sistema (alta y cotización, paro subsidiado e inscripción posterior demandando empleo), siguen “acontecimientos que por razones de enfermedad fueran manifiestamente incompatibles con la ocupación cotizada”. Así, en un supuesto de drogodependencia y enfermedades secundarias, tales como el HIV y hepatopatía (el fallecimiento fue por sobredosis), e incluso con períodos previos de prisión en establecimiento carcelario. Por lo que se estima, en general, “que concurre la situación de alta, cuando si inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes prevenidos para continuar en alta” (**STSJ Castilla y León, Valladolid, de 22 de mayo de 2001**, I.L. J 1169, en un supuesto de drogodependencia hasta su fallecimiento por homicidio, en un ajuste de cuentas derivado de tráfico de heroína).

Otra situación introducida por esta línea jurisprudencial humanizadora (STS de 26 de octubre de 1998) y que es considerada asimilada alta para generar derecho a estas prestaciones (no prevista en el art. 172 de la LGSS) es la invalidez (también por analogía la jubilación) en su modalidad no contributiva que disfrutara el causante antes del fallecimiento (**STSJ de Granada de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 873).

La indemnización especial a tanto alzado prevista en el artículo 177 de la LGSS, exige que el origen de la muerte sea accidente de trabajo o enfermedad profesional, y la **STSJ de Navarra de 23 de mayo de 2001**, I.L. J 1345, estima que cruzar una autovía (por la alta velocidad de circulación), de noche (lo que implica menor visibilidad y menor capacidad de reacción por los vehículos), sin medio alguno de iluminación que le permita ser identificado, ha de considerarse una imprudencia temeraria, que excluye la calificación del fallecimiento como accidente de trabajo producido *in itinere* –artículo 115.4.b) de la LGSS– (la consideración como de imprudencia simple no impediría su calificación como de trabajo); de esta manera aplica una corriente consolidada del TS (cfr. STS de 10 de mayo de 1988) que considera que para que la inobservancia de una norma reglamentaria de circulación deba de calificarse de imprudencia temeraria “se exige la concurrencia de una conducta que, con claro menosprecio de la vida, acepte voluntaria y deliberadamente correr un riesgo innecesario que la ponga en peligro grave, faltando a elementales normas de prudencia”, lo que en el supuesto predica que el accidente deba ser calificado como común y no como accidente laboral.

Respecto al período de carencia exigido al causante de quinientos días comprendidos dentro de los cinco años anteriores al hecho causante, cuando el fallecimiento es como consecuencia de enfermedad común y se produce estando éste en alta o en situación asi-

milada al alta, la **STSJ de Galicia de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1572, estima cumplido el requisito en un supuesto en el que el causante presenta una “diversificada” vida laboral (períodos de alta y cotización seguidos de períodos de prestación por desempleo, subsidio de desempleo y puesta a disposición en la oficina de empleo) por aplicación de los siguientes preceptos: en primer lugar, su inscripción como demandante de empleo en la oficina pública en el momento del fallecimiento se considera situación asimilada al alta; en segundo lugar, debe aplicársele la doctrina del paréntesis a efectos del cómputo del período de carencia (que consiste en obviar los tiempos intermedios en que el causante por causa a él no imputable no trabajó ni cotizó hallándose inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo —entre otras STS de 7 de mayo de 1998—); y por último, considerando como cotizados los períodos que el INEM debió cotizar y no ingresó (durante la prestación) al régimen correspondiente aportando la cuota de la empresa y del trabajador (excluyéndose únicamente las cuotas por Contingencias Profesionales, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional).

En relación con el requisito exigido a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, como condición indispensable para tener derecho (o generarlo) a prestaciones, de encontrarse al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación (artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto); aunque, en el caso de no estarlo, pero reuniera el período de cotización preciso para tener derecho a prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales ingrese las cuotas debidas. Pues bien, la cuestión es determinar el alcance de la “invitación”, o lo que es lo mismo, si son exigibles deudas por cuotas más allá del plazo de prescripción y sus consecuencia a efectos de considerar al causante al corriente en el pago de cuotas y su efecto sobre la generación o no del derecho a prestaciones. En este sentido la **STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2001**, I.L. J 935, considera siguiendo la doctrina del Supremo —ya antes el Tribunal Central de Trabajo (STS de 19 de enero de 1998), que pese a que la inexigibilidad producida (por la prescripción) nunca puede equipararse al cumplimiento exacto de la obligación, las cuotas prescritas han de entenderse útiles o eficaces en orden al requisito de estar al corriente, porque “al no ser jurídicamente exigible no había deuda o descubierto, cuyo incumplimiento pudiera privar de la prestación”.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

Una de las consecuencias de la aplicación del “nuevo régimen” (aunque no por ello resolutorio de los numerosos litigios planteados hasta la fecha) que establece la Ley 30/1995, de ordenación del seguro privado, en relación con ciertos profesionales libre ejercientes —como el caso de los abogados ejercientes—, no integrados en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, es la consideración a las Mutualidades de Previsión obligatorias (Mutualidad General de la abogacía) como entidades sustitutorias de la Seguridad Social antes de la citada Ley (efectos de 1 de julio de 1996), y poste-

riormente (como consecuencia del régimen de integración previsto para los citados profesionales), como entidades alternativas o subsidiariamente alternativas. En todo caso, estamos ante la pervivencia de reglamentos propios reguladores de los beneficios de prestaciones, como es el Reglamento del Plan de Seguridad Profesional de la abogacía (en su nueva redacción de 1995). La cuestión planteada y resuelta por la **STS de 16 de mayo de 2001**, I.L. J 1091 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 1455/2000), es si violan los preceptos constitucionales (y legales) —por discriminación— los “nuevos” requisitos exigidos en el citado Reglamento (art. 46.2) para acceder a la pensión de viudedad. En concreto haber contraído matrimonio con anterioridad al devengo de la pensión de jubilación o invalidez (requisito que no se exige a los incluidos en el RETA). El Alto Tribunal excluye la pretendida discriminación o trato desigual en base a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 103/1984, 56/1988, 17/1989) en las que se mantiene: que no es contrario al artículo 14 de la Constitución la existencia de regímenes distintos para los distintos colectivos de trabajadores; que la distinción de requisitos entre los diferentes y sucesivos regímenes de previsión social no es discriminatoria, sino acomodación de beneficios a las cargas soportadas, sin que pueda seguirse un aparente y simplista criterio de igualación, porque ante diferentes supuestos y situaciones lo “igual” es distinto; y que en todo caso la incorporación de distintos sectores laborales al régimen de la Seguridad Social constituye una opción de política legislativa que no atenta al principio de igualdad.

b) Orfandad

Siguiendo una línea flexibilizadora del alcance de precepto “incapacidad para el trabajo”, a efectos de mantener o acceder a la pensión de orfandad los mayores de 18 años (art. 175.1 de la LGSS), la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de abril de 2001**, I.L. J 955, estima la pensión en un supuesto en que el huérfano tiene reconocida una minusvalía definitiva del 66 por ciento y no una incapacidad en el grado de absoluta, pues “no está en condiciones de realizar trabajo y nunca lo ha desarrollado por impedirlo sus dolencias”. Por el contrario, exigiendo que “tengan reducida su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado como de incapacidad absoluta para toda actividad laboral” (en los términos previstos en el art. 9 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio), se manifiesta la **STSJ de Cantabria de 3 de mayo de 2001**, I.L. J 1154, pues el demandante poseía una capacidad para el trabajo “aunque sea limitada” (según dictamen, retraso mental CI 59, buen desarrollo verbal y adaptación al medio). En los mismos términos, la **STSJ de Asturias de 18 de mayo de 2001**, I.L. J 1149, en un supuesto en el que el recurrente padece un retraso mental leve, que no le impide realizar trabajos no cualificados, siendo un dato irrelevante el hecho de haber sido excluido para el servicio militar.

c) Pensión en favor de familiares

Para ser beneficiario de las prestaciones en favor de familiares prevista en el artículo 176 de la LGSS, a falta de desarrollo reglamentario, es de aplicación la OM de 13 de febrero

de 1967, que establece en su artículo 22.2.a), que serán beneficiarios de la pensión en favor de familiares, las madres y abuelas viudas o solteras, y también las casadas, cuando su marido esté incapacitado para el trabajo; entendiendo por incapacidad en este supuesto la de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio (apartado 2 del mismo precepto). Pues bien, a pesar de la claridad literal de tales preceptos —y especialmente en lo relativo a los grados de invalidez—, la **STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1349, viene a reconocer a la madre del causante la citada pensión estando casada con un incapaz permanente en el grado de total en base a dos fundamentos: en primer lugar, porque “el sentido de la norma no es otro sino conceder pensión en favor de familiares a las madres de los trabajadores fallecidos en accidente laboral cuando, entre otros requisitos, estén casadas con personas que, por sus condiciones físicas, no resulten aptas para llevar a cabo ninguna ocupación laboral productiva y retribuida” (en el caso que juzga, el esposo, incapaz permanente total, tenía 66 años en el momento del fallecimiento del hijo); y en segundo lugar, porque en virtud del apartado 4 del artículo 143 de la LGSS (añadido por la Ley 24/1997, de 15 de julio), “las pensiones de incapacidad permanente pasarán a pensiones de jubilación cuando sus beneficiarios cumplan 65 años (...) impidiendo, en principio, la realización de trabajo activo”. Sobre este último fundamento el juzgador también “olvida” la claridad del nuevo párrafo, que indica que este paso sólo supone un cambio de denominación; es más, en el último párrafo del citado precepto claramente se indica que “la nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo”, —condiciones que hay que entender que no son sólo las económicas, sino también las incapacitantes para el trabajo—.

Respecto al requisito exigido para acceder a la pensión a favor de familiares, de acreditar “dedicación prolongada al cuidado del causante” [art. 176.2.c) LGSS], la **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2001**, I.L. J 988, acertadamente diferencia, por no ser equiparables, entre “convivencia con el causante” y por otro lado “dedicación al cuidado del causante”, al ser posible la existencia de la primera, sin la segunda; aunque parece excesivo —e incluso perverso—, el criterio adoptado en la misma de negar el cumplimiento de este último requisito por la simple alta en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia, en base exclusivamente a que este alta implica realizar actividad laboral, y ésta es incompatible con la dedicación al cuidado del causante.

C) Cuantía de las pensiones

En relación con la situación de los separados judicialmente, reclamantes de reconocimiento de la pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su cónyuge, no concurriendo otro beneficiario, las **SSTSJ de Cantabria de 11 de abril y de 13 de junio de 2001**, I.L. J 936 y 1518, mantienen el criterio interpretativo (SSTS recientes de 10 de abril y de 3 de mayo de 2000), de que la pretensión sólo da derecho a pensión proporcional al tiempo de convivencia y no a la pensión en su completa totalidad, pues “la atribución de una pensión aminorada, por razón del tiempo de convivencia, no es algo que exija concurrencia entre dos o más casados supervivientes y deje de aplicarse cuando sólo existe un viudo que no concurre con nadie”. En este sentido, el artículo 174.2 de la LGSS

viene a contener, en materia de viudedad, un régimen jurídico “definitivo”, por oposición al “provisional” instaurado por la Ley 30/1981; es más, del texto actual cabe predicar que la simplicidad de su redacción ya no deja lugar a dudas.

Respecto de la pretensión de percibir complemento por mínimos en una pensión de viudedad, según se desprende de las sucesivas Leyes de Presupuestos y de los preceptos reglamentarios que anualmente establecen los límites de ingresos que permiten su acceso, éstos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de ingresos de trabajo personal, por cuenta propia o ajena, y/o de capital, o cualesquiera otros ingresos sustitutivos de aquéllos, cuando superen las sumas anualmente establecidas (lo que viene a suponer por su carácter asistencial la necesidad de acreditar la situación de necesidad). Sobre esta cuestión, la **STSJ de Madrid de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1616, considera que las pensiones derivadas del síndrome tóxico tienen naturaleza pública y “concurrente” a los efectos de tomarla en consideración con la pensión de viudedad (que también percibía la recurrente), lo que obliga a tomarlas en su conjunto a efectos de comprobar si superan el límite de ingresos que permiten el acceso al complemento (sin entrar el juzgador a considerar el complejo problema de si las pensiones derivadas del síndrome tóxico tienen, o no, carácter provisional).

En cuanto a la posibilidad de incrementar en un 45 por ciento la cuantía de la pensión de familiares – nietos o hermanos–, se encuentra condicionada a que “al fallecimiento del causante no quedase cónyuge sobreviviente” (art. 23.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967). La cuestión a determinar es el significado del término “no quedar”, y sobre este aspecto, la **STSJ de Galicia de 3 de abril de 2001**, I.L. J 987, precisa que “no cabe entenderla en el sentido de que tiene que haber existido anteriormente tal cónyuge, es decir, que el causante tiene que ser viudo, pues entonces y con igual razón habría de entender que también es necesario que hubiera existido anteriormente hijos, nietos o hermanos del causante lo que resulta absurdo”; dicha cuestión ya había sido resuelta implícitamente de la misma manera por el Tribunal Supremo (STS de 2 de febrero de 1999), aunque el mismo tribunal niega tal posibilidad de incremento en los mismos términos en caso de subsidio en favor de familiares, lo que supone una “distinción” según la naturaleza entre pensión y subsidio (que tiene carácter temporal) de difícil justificación.

D) Dinámica de la protección

Imprescriptibilidad y efectos retroactivos

Reconocida por el artículo 178 de la LGSS, la imprescriptibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia (con excepción del auxilio por defunción), pero sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en se presente la correspondiente solicitud. Ahora bien, esta regla inicialmente inflexible ha sido flexibilizada por la jurisprudencia unificadora del Supremo que ha sido sensible a la diversidad de supuestos. Así, en un supuesto en el que se demanda el

reconocimiento del percibo de la pensión de orfandad (que se había percibido previamente hasta el cumplimiento de los 18 años), durante el período comprendido entre el 5 de agosto de 1997 (fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio) y la fecha en la que la demandante cumplió los 21 años, la **STSJ de Navarra de 21 de mayo de 2001**, I.L. J 1343, reconoce la pretensión al aplicar como excepción a la regla de la limitación a la retroactividad, la doctrina del TS en sentencia de 1 de febrero de 2000, por la que “solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada (...) cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados en base a los mismos datos fácticos de los que disponía la Entidad Gestora y con fundamento en idéntica normativa jurídica que la regía en el momento de la inicial solicitud, puede otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados siempre que la retroactividad no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

En el mismo sentido —no aplicar el límite de retroactividad de tres meses—, se manifiesta la **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001**, I.L. J 1554, pues el citado precepto no es aplicable “cuando la Entidad Gestora en su día denegó por error la prestación en definitiva reconocida”. De esta manera, como concluye la **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2001**, I.L. J 1548, “la retroacción de tres meses se refiere al reconocimiento inicial de la prestación y no a su modificación posterior para la que rige el plazo general de prescripción de cinco años”.

Siguiendo este criterio, no aplicar el plazo de tres meses en los efectos retroactivos establecido en los artículos 43 y 178 de la LGSS, se manifiestan la **STSJ de Aragón de 2 de abril de 2001**, I.L. J 917 y la **STSJ de Extremadura de 9 de abril de 2001**, I.L. J 980, pero por la aplicación de los nuevos beneficios de edad introducidos por la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social; pues en estos casos debe estarse, en cuanto a los efectos económicos de la pensión de orfandad reestablecida (y ésta es la clave, pues los beneficiarios son “repuestos en el percibo de la pensión” beneficiándose de los nuevos límites de edad), a la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997 (5 de agosto de 1997), que introduce en la LGSS la Disposición Transitoria Sexta bis, sobre aplicación paulatina de los nuevos límites de edad, de la que deriva la reanudación de la prestación de orfandad.

Extinción

Una de las causas de extinción de la pensión de orfandad y por analogía causa de denegación de la misma, tal y como establece el artículo 21.1.c) de la Orden de 13 de febrero de 1967, es contraer estado matrimonial, pues tal y como resuelve la **STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2001**, I.L. J 959, “el matrimonio es el obstáculo legal que imposibilita la percepción de la pensión de orfandad, configurada en la Ley como ayuda a personas desvalidas y sin familiares directos”, siendo irrelevante que el actor esté incapacitado para todo tipo de trabajo y que su esposa tenga reconocida una minusvalía del 68 por ciento (por sordomudez), porque el “deber mutuo de auxilio y ayuda que establece el Código Civil para el matrimonio no se traduce en que uno de los cónyuges haya de sostener eco-

nómicamente al otro, sino que se refiere a un auxilio y ayuda genérico que comprende todas las necesidades de la vida y no sólo las económicas”. Este supuesto refleja la necesidad de revisar las causas de denegación o extinción de las prestaciones derivadas de muerte (especialmente las pensiones de viudedad y orfandad), fundamentalmente en aquellos supuestos en los que los beneficiarios pueden quedar desprotegidos al no existir un mecanismo subsidiario y de naturaleza no contributiva (basado fundamentalmente en la acreditación de la situación de necesidad) en este tipo de prestaciones.

Igualmente como causa de extinción de la pensión de viudedad, se encuentra contraer nuevas nupcias, pero en el caso de que este ulterior matrimonio sea declarado nulo —en primer lugar en el ámbito eclesiástico y posteriormente se le da eficacia en el orden civil—, el Tribunal Supremo (STS de 29 de mayo de 2001, I.L. J 1124), declara el derecho a la reposición en el derecho al percibo de la pensión originaria, al haber desaparecido —por inexistente jurídicamente— la causa que originó la extinción; por el contrario, afirma acertadamente el Alto Tribunal, en el supuesto de un posterior divorcio, “el divorciado no recupera ni el precedente estado civil de viudo ni la prestación de viudedad extinguida y le resta exclusivamente la expectativa de derecho, de no contraer a su vez nuevas nupcias y de primero el otro cónyuge, a percibir en su día pensión de viudedad derivada del fallecimiento de este último”.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGU MORALES

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho administrativo sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. **4. Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.** A) Empleo y prestaciones por desempleo. B) Salud Laboral. C) Materia Laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El objeto de la presente crónica es dar cuenta de los pronunciamientos relacionados con la Administración Laboral aparecidos a lo largo del año 2001 y publicados en los números cinco, seis, siete y ocho de *Información Laboral-Jurisprudencia*. Asimismo, se incluyen ciertas sentencias emanadas de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la misma materia que, dictadas entre los meses de julio y septiembre del mismo año, aún no han sido publicadas en dicha colección.

Pocas novedades se pueden destacar del período objeto de análisis, pues, en general, se trata de pronunciamientos continuistas con líneas interpretativas ya consolidadas; con todo, se debe efectuar una llamada de atención por lo que respecta al marco normativo. En concreto, hay que mencionar la aprobación del RD 1125/2001, de 9 de octubre, que modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Más recientemente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha efectuado algunas modificaciones sobre el RDLeg 5/2000, regulador del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social: de una parte, se ha modificado el artículo 21.1 LISOS, reduciéndose a cuatro años el período de obligada conservación de la documentación de Seguridad Social; de otra parte, en la medida en que se ha suprimido el deber empresarial de llevar un Libro de Matrícula del Personal, se ha procedido a la derogación del artículo 22.3 LISOS, por el que se tipificaba su incumplimiento; asimismo, se ha dado nueva redacción al primer inciso del artículo 47.1.b) LISOS, relativo a las sanciones por infracciones graves de los trabajadores y sujetos asimilados en materia de empleo y de Seguridad Social.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Durante el período analizado, no han aparecido pronunciamientos destacables sobre este punto.

B) Actas de liquidación

De nuevo, debe destacarse la existencia de distintos pronunciamientos que recuerdan cómo han de cuantificarse económicamente las pretensiones derivadas de la extensión de actas de liquidación a efectos de determinar la procedencia o no del recurso de casación. En este sentido, las **SSTS de 5 de junio de 2001**, I.L. J 1363, **de 4 de julio de 2001**, recurso de casación 6149/1995, **de 24 de septiembre de 2001**, r.c.u.d. 3756/2000, **de 3 de octubre de 2001**, recurso de casación 6061/1995 y 8158/1995 y **de 9 de octubre de 2001**, recurso de casación 6600/1995, todas de la Sala Tercera, reproducen los criterios ya clásicos en la materia: por un lado, que la cuantía del recurso se calcula tomando en consideración el valor de las liquidaciones por meses, es decir, con referencia a las cuotas mensuales —ya que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos—, sin incluir los recargos, costas u otras responsabilidades distintas; por otro, que a pesar de que la cuantía mínima para recurrir es un requisito de admisibilidad, cuando se aprecia en el momento de dictar sentencia se convierte en causa de desestimación del recurso.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Tampoco en este punto han aparecido pronunciamientos que deban ser destacados.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

Al valor de las actas de la Inspección de Trabajo se refieren las **SSTS de 6 de julio de 2001**, I.L. J 1666, y **de 17 de septiembre de 2001**, recurso de casación 1179/1996, ambas de la Sala Tercera, así como la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de mayo de 2001**, I.L. J 1166. Todas ellas recogen los criterios elaborados por la jurisprudencia en los últimos años que, por reiterados, damos por reproducidos.

4. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS

A) Empleo y prestaciones por desempleo

Dentro de este apartado, en primer lugar, merece ser destacada la **STS de 9 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1704, en la que, en relación con una perceptora de la prestación

por desempleo que no comunicó la existencia de cambios importantes en el nivel de rentas familiares, se suscita el problema de la vigencia de un determinado “tipo administrativo”, en concreto, el relativo a no comunicar las bajas en las prestaciones cuando se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción. Las dudas surgen por la derogación del artículo 30.2.2 de la Ley 8/1988, en la que se recogía esta conducta como constitutiva de una infracción grave, por la Ley 50/1998; pues bien, el Tribunal Supremo, reiterando la postura que ya sostuvo en otros pronunciamientos dictados en el año 2000, recuerda que la misma conducta aparecía tipificada en otro precepto del mismo cuerpo normativo —el artículo 17— tras la Ley 30/1998 y, por tanto, continuaba siendo posible sancionar su comisión. Debe añadirse que, en la actualidad, la conducta descrita se encuentra tipificada en el artículo 24.3 del texto refundido aprobado en el año 2000.

Por otra parte, en el capítulo de extinción del derecho a la prestación, dos pronunciamientos de los TTSSJ aportan criterios sobre las conductas que pueden ser determinantes de esta consecuencia: por un lado, en relación con el rechazo de oferta de empleo adecuada, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de mayo de 2001**, I.L. J 1284, no admite los intentos del perceptor por justificar su rechazo en razones de salud, no tanto por cuestionar la incidencia del trabajo ofrecido en la salud del sujeto (trabajos de albañilería-hernia de hiato) como por el momento en que se efectúan estas alegaciones (aparecen por primera vez en sede judicial) o la fecha del reconocimiento médico (posterior a la entrevista y rechazo); por otro lado, la **STSJ de Cantabria de 26 de junio de 2001**, I.L. J 1521, sostiene la procedencia de la sanción consistente en la extinción de los derechos derivada de la conducta del actor de no comparecer en tiempo a renovar la tarjeta de demandante de empleo: los intentos de justificar la conducta en la coincidencia con determinadas pruebas médicas se rechaza por no haberse alegado hasta ya iniciado el procedimiento sancionador así como por no quedar acreditado que se produjera una coincidencia absoluta que imposibilitara la comparecencia.

Finalmente, de nuevo la doctrina judicial se detiene en la importancia de las notificaciones adecuadas por parte del INEM y su incidencia en eventuales sanciones ulteriores. En este sentido, y en relación con una sanción de suspensión durante un mes impuesta por incomparecencia del perceptor a un control al que le convoca la entidad gestora, la **STSJ de Cantabria de 6 de junio de 2001**, I.L. J 1517, tras recordar, primero, que las citaciones se pueden efectuar por cualquier medio que permita dejar constancia de su realización, segundo, la posibilidad de recurrir a la notificación a través de edictos o por medio de anuncios en los diarios oficiales cuando otros sistemas no son posibles y, tercero, que cuando la imposibilidad de notificación se deba a la conducta del notificado, la misma se tendrá por efectuada, revoca la sanción impugnada al entender que no hubo una correcta notificación de la convocatoria:

“En el caso que nos ocupa no puede considerarse efectuada la notificación ni rechazada, ya que lo único que consta probado es que la carta quedó en lista de correos y caducada, circunstancias que imposibilitan presumir que el demandante tuviera el más mínimo conocimiento de la citación efectuada por el INEM, así como tampoco que al no ir a recoger la carta que tenía en la oficina de correos, con ello rechazara la notificación, y en con-

secuencia, no consta que tal omisión fuera voluntaria e intentara eludir la obligación de comparecer cuando fue citado.”

B) Salud Laboral

En cuanto a las infracciones en materia de salud laboral, reviste un especial interés la **STS de 23 de julio de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 1668. Esta sentencia, que aborda el tema de la responsabilidad empresarial en supuestos de contratas, fue objeto de un detenido comentario en la crónica anterior y, por ello, al mismo nos remitimos.

C) Materia Laboral

Lo mismo sucede, en fin, con el último pronunciamiento a destacar, la **STS de 13 de junio de 2001**, I.L. J 1367; como ya se puso de relieve en la crónica del volumen 8, esta sentencia enjuicia la sanción impuesta a una empresa por contratar trabajadores eventuales durante una huelga para sustituir a trabajadores huelguistas.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Actos de la Administración. Impugnación. B) Afiliación y alta en Seguridad Social. C) Reintegro de cantidades al FOGASA. D) Gastos de asistencia sanitaria. E) Plus de penosidad. F) Descuentos en nómina. Impuestos. G) Competencia territorial de los Tribunales Españoles. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Socio mayoritario y administrador único. B) Minusválido. C) Subagente de seguros. D) Personal estatutario de la Seguridad Social. E) Indemnización de daños y perjuicios. Accidente de trabajo. F) Lanzamiento de vivienda. G) Universidades. Profesores asociados. H) Funcionarios. I) Cooperativa. Reclamación de exsocio trabajador. J) Selección de personal por Administraciones Públicas. **4. Conciliación extrajudicial.** A) Ejecución de lo acordado en conciliación. B) Lugar de presentación. Caducidad de la acción. C) Papeleta de conciliación. Ausencia de domicilio de la demandada. **5. Actos de comunicación. Notificación defectuosa. 6. Demanda.** A) Acciones declarativas. B) Ampliación. **7. Acumulación.** A) Acciones: despido nulo e indemnización por daños morales. **8. Excepciones.** A) Cosa juzgada. B) Inadecuación de procedimiento. C) Caducidad. D) Prescripción. **9. Práctica de la prueba.** A) Prueba de confesión. Carácter personalísimo. B) Prueba indiciaria. Vulneración del derecho de libertad sindical. C) Denegación de pruebas. Indefensión. **10. Sentencia.** A) Nulidad. Despido disciplinario. B) Incongruencia. C) Hechos probados. Insuficiencia. D) Aclaración de sentencia. Límites. E) Falta de motivación fáctica y jurídica. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. B) Reclamación al Estado. **12. Recurso de suplicación.** A) Motivos: pueden ser invocados acumulativamente o de forma independiente. B) Admisión: no cabe revisar la competencia de la jurisdicción social cuando no se planteó en la instancia. C) Falta de consignación. D) Afectación general. E) Revisión de hechos probados: no cabe por insuficiencia de prueba. F) Legitimación. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos procesales y materiales. B) Falta de contenido casacional. **14. Recurso de revisión.** A) Plazo de interposición. B) Falsedad en documento. C) Maquinación fraudulenta. **15. Recurso de amparo. Agotamiento vía judicial ordinaria. 16. Ejecución de sentencia. Sucesión de empresa. 17. Costas procesales.**

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 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. Destaca en esta crónica la STS de 12 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1431, en la que se establece claramente la compatibilidad de acumular una reclamación de daños y perjuicios en un procedimiento por despido nulo por vulneración de derechos fundamentales.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Actos de la Administración. Impugnación

La STSJ de Valencia de 8 de marzo de 2001, I.L. J 883, declara la competencia del orden social para conocer de la impugnación de un Decreto de la Alcaldía de 27 de marzo de 1996 por cuanto, si bien el acto decisorio impugnado proviene de un órgano administrativo, al actuar éste como empleador y no como ente público, la legislación aplicable es la laboral.

B) Afiliación y alta en Seguridad Social

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 2001, I.L. J 906, declara que “(...) la determinación de la inclusión en el Sistema de Seguridad Social, y la adscripción al Régimen correspondiente (...) (así como) la decisión de los conflictos surgidos en torno a la afiliación o alta en alguno de los Regímenes Generales es competencia privativa del Orden Social (...)”, quedando reservada a la competencia contencioso-administrativa la impugnación de las resoluciones de la TGSS que impliquen actividad recaudatoria estricta. Idéntico criterio sigue la STSJ de Aragón de 28 de mayo de 2001, I.L. J 1141.

C) Reintegro de cantidades al FOGASA

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de marzo de 2001, I.L. J 1223, declara la competencia del orden social para conocer de la reclamación, interpuesta por el FOGASA, del reintegro de las cantidades abonadas al ahora demandado, en virtud de una sentencia posteriormente declarada fraudulenta por el TS.

D) Gastos de asistencia sanitaria

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de abril de 2001, I.L. J 1259, concluye que el orden laboral es competente para conocer de la reclamación de los gastos de asistencia sanitaria privada en que hubo de incurrir una enfermera del Hospital Militar, puesto que ésta “(...) es una cuestión de Seguridad Social (...)” que, como tal, corresponde a los tribunales sociales.

E) Plus de penosidad

La STS de 11 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1364, declara la incompetencia del orden contencioso para declarar la existencia o no de penosidad en determinados puestos de trabajo a efectos de percepción del correspondiente plus, atribuyendo dicha competencia al orden social.

F) Descuentos en nómina. Impuestos

De conformidad con la STS de 12 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1434, la jurisdicción laboral es competente para conocer de la pretensión de varios trabajadores de que se declare su derecho a que no les sean practicados determinados descuentos en la nómina a pesar de que éstos derivan de la aplicación del IVA.

G) Competencia territorial de los Tribunales Españoles

La STS de 19 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1465, declara que los tribunales españoles son competentes para analizar un supuesto en que el trabajador (español) prestaba servicios para una naviera extranjera, en puerto extranjero y bajo bandera extranjera, pero que fue desplazado a prestar dichos servicios por una empresa española.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Socio mayoritario y administrador único

La STSJ de Valencia de 20 de febrero de 2001, I.L. J 867, concluye que la inclusión de un socio mayoritario y administrador único en un expediente de regulación de empleo no implica que aquél sea trabajador por cuenta ajena; por lo que no cabe someter la cuestión al orden laboral.

B) Minusválido

La STSJ de Valencia de 22 de marzo de 2001, I.L. J 887, declara la incompetencia del orden social para conocer de un supuesto en que el actor se limitaba a solicitar el reconocimiento de la condición de minusválido pero no la prestación por invalidez por cuanto:

“(...) si bien el orden jurisdiccional social tiene plena competencia para conocer (...) cuestiones relativas al derecho a percibir pensiones no contributivas y, por extensión, a determinar el grado de minusvalía cuando éste pueda ser presupuesto para el reconocimiento de tal tipo de pensiones (...) el control jurisdiccional sobre el grado de minusvalía sigue siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando éste no afecta a prestaciones de la Seguridad Social (...)”.

En idéntico sentido se pronuncian la STSJ de Extremadura de 7 de mayo de 2001, I.L. J 1292 y la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2001, I.L. J 1583.

C) Subagente de seguros

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 de enero de 2001, I.L. J 1198, declara que la jurisdicción laboral es incompetente para conocer de la resolución contractual de un subagente de seguros, entre cuyas funciones estaba la gestión de cobros, por entender que “(...) no es relación laboral (sino mercantil) la del gestor de cobros a comisión con plena libertad de organización (...)”, entendiéndolo irrelevante a tal efecto el hecho de que el subagente percibiera más comisiones por cobro que por la producción de seguros.

D) Personal estatutario de la Seguridad Social

De acuerdo con lo establecido en la STSJ de Extremadura 4 de mayo de 2001, I.L. J 1290, la jurisdicción laboral no tiene competencia para conocer de la impugnación de las sanciones y medidas disciplinarias acordadas en relación con el personal estatutario de la Seguridad Social, por cuanto la relación que vincula a este personal con la Entidad Gestora no es de naturaleza laboral.

E) Indemnización de daños y perjuicios. Accidente de trabajo

La STSJ de Murcia de 2 de mayo de 2001, I.L. J 1314, declara la incompetencia de la jurisdicción laboral en un supuesto de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente laboral originado por una presunta negligencia de un profesional (arquitecto técnico) contratado por la empresa que, en sentido estricto, no puede ser considerado representante de la misma.

F) Lanzamiento de vivienda

La STSJ de Cantabria de 5 de junio de 2001, I.L. J 1515, declara la incompetencia del orden social para conocer de la solicitud de desalojo formulada por la empresa frente a la viuda de un trabajador cuya relación laboral con dicha empresa había terminado 24 años atrás. En este sentido, el TSJ entiende que, si bien las leyes vigentes en aquel momento declaraban la competencia del orden social, ésta ya no es competente por no existir ninguna conexión entre demandada y demandante.

G) Universidades. Profesores asociados

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de junio de 2001, I.L. J 1601, citando la STS de 12 de diciembre de 1990, reitera que “(...) la relación jurídica de carácter temporal que vincula a los Profesores Asociados con la Universidades se articula a través de un contrato administrativo especial (...)” por lo que la jurisdicción laboral no es competente para conocer de las controversias que pudieran surgir de los mismos.

XII. El Proceso Laboral

H) Funcionarios

La STSJ de Madrid de 22 de junio de 2001, I.L. J 1611, declara que la determinación de si el cese de que ha sido objeto una funcionaria eventual es nulo o no, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que, como viene declarando la Jurisprudencia, la relación funcional está inserta en el ámbito jurídico administrativo.

I) Cooperativa. Reclamación de exsocio trabajador

La jurisdicción social es incompetente para conocer de la devolución de su participación a un exsocio trabajador de una cooperativa. Así lo ha entendido la STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2001, I.L. J 1569, por cuanto se trata de un conflicto que no deriva de la prestación de trabajo, quedando sometido a la jurisdicción civil.

J) Selección de personal por Administraciones Públicas

La STS de 5 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1698, declara que:

“(...) la competencia para conocer de la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas en materia de selección de personal corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción y ello aunque se trate de contratación laboral, porque (...) la Administración no actúa (...) como empresario (...) sino como autoridad pública (...)”, estando obligada a cumplir las disposiciones establecidas en la Ley 30/1984 y el RD 364/1985.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

A) Ejecución de lo acordado en conciliación

La STSJ de Galicia de 10 de abril de 2001, I.L. J 992, determina que, dada la fuerza ejecutiva y el carácter de cosa juzgada de la conciliación judicial, lo acordado en ésta debe ser ejecutado en sus propios términos. En consecuencia, no procede el abono de unos intereses que no fueron contemplados en dicho acto de conciliación.

B) Lugar de presentación. Caducidad de la acción

De conformidad con la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de marzo de 2001, I.L. J 1229:

“(...) las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas pueden presentarse (...) en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado (...) de las Comunidades Autónomas (...) o Local (...)”.

En consecuencia, la presentación de la papeleta en cualquier otro centro administrativo incluido Correos distinto del conciliador surte plenos efectos y no amplía el límite máxi-

mo de 15 días hábiles de suspensión del plazo de caducidad establecido en el artículo 65 de la LPL.

D) Papeleta de conciliación. Ausencia de domicilio de la demandada

La no consignación del domicilio de la demandada en la demanda de conciliación constituye un error que debe ser subsanado bien por el propio servicio de conciliación o bien, por el demandante, previa concesión del correspondiente plazo para ello, pero que en ningún caso puede generar caducidad del derecho, según la STSJ de Galicia de 24 de julio de 2001, I.L. J 1766.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de enero de 2001, I.L. J 1207, declara la nulidad de actuaciones desde la providencia en que se amplía la demanda por haberse citado a la empresa demandada directa y únicamente por edicto, con omisión del correo certificado con acuse de recibo, de la cédula, de la constatación judicial de la desaparición y de las pertinentes consultas de oficio.

6. DEMANDA

A) Acciones declarativas

La STS de 23 de mayo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1110, afirma que:

“(…) No pueden plantearse (…) cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere una verdadera litis, pero no cabe solicitar al Juez una mera opinión o un consejo (En el mismo sentido las SSTC 210/1992, 20/1993) (…)”.

Es necesario, por tanto, que el interés que se ejercite por el actor sea directo, actual y concreto. En la misma línea se pronuncian las SSTS de 10 y 25 de julio de 2001, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1717 y 1752.

B) Ampliación

La STSJ de Madrid de 26 de abril de 2001, I.L. J 1022, admite la presentación de escritos de ampliación de la demanda inicial siempre que se efectúen con anterioridad al inicio del juicio oral y se haga con la suficiente antelación como para poder dar traslado a las demás partes, evitando así cualquier tipo de indefensión o perjuicio a los otros litigantes.

7. ACUMULACIÓN

A) Acciones: despido nulo e indemnización por daños morales

La STS de 12 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1431, establece la compatibilidad del ejercicio acumulado de la acción de despido y de la acción de indemnización por daños morales, en el caso de un despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, casando la sentencia dictada en suplicación que había declarado que la acción indemnizatoria debía sustanciarse en otro procedimiento. El Alto Tribunal argumenta que el mandato del artículo 27.2 de la LPL debe entenderse desplazado por el artículo 182 del mismo texto legal, ya que entenderlo de otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto (ordinario) que no cumpliría los requisitos de preferencia y sumariedad. También argumenta el TS que no:

“(…) 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 (…)”.

La sentencia razona que esta tesis se recogió implícitamente en la STS de 21 de marzo de 2000.

8. EXCEPCIONES

A) Cosa juzgada

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2001, I.L. J 1448, establece la procedencia de la declaración de oficio de la excepción de cosa juzgada, en relación con una reclamación de reintegro de gastos sanitarios. Argumenta el TSJ que:

“(…) concurre la cosa juzgada si resulta una contradicción manifiesta entre lo que ya se resolvió y lo que de nuevo se pretende; de tal forma que dada la finalidad del proceso que tiende a conseguir la Seguridad Social y jurídica, resulta claro que cuando vayan a desembocarse en dos resoluciones que puedan ser opuestas y contradictorias entre sí puede invocarse el principio *non bis in iure*, y sin que tengan que ser articuladas a instancia de parte la específica y formal excepción, pues las decisiones de los tribunales sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador (…)”.

Por otro lado, la STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2001, I.L. J 1608, desestima la excepción de cosa juzgada en un procedimiento de Seguridad Social en solicitud de una declaración de incapacidad. El actor había promovido con anterioridad hasta tres expedientes administrativos para ser declarado incapaz y en todos ellos se había desestimado su petición. Sin embargo, el TSJ considera que no concurre la excepción de cosa juzgada puesto que aunque el litigio versa sobre la misma cuestión, habían transcurrido dos años desde la última reclamación, período durante el cual podían haber surgido circunstan-

cias nuevas no valoradas en los procedimientos anteriores en relación con la pretensión del actor.

B) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 15 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1085, declara la inadecuación del procedimiento en un proceso de conflicto colectivo en el que la pretensión no afectaba a un grupo genérico de trabajadores. Esta sentencia hace referencia a diferentes sentencias dictadas por la propia Sala de lo Social en las que se establecía que el efecto colectivo del conflicto, y su correspondiente sustanciación a través del proceso de conflicto colectivo, exige la concurrencia de dos elementos: (i) el subjetivo, por el que han de estar afectados un grupo genérico de trabajadores, no una mera pluralidad singularmente considerada, sino un conjunto estructurado y homogéneo, y (ii) el objetivo, que consiste en la presencia de un interés general actuado por medio del conflicto. En esa misma línea argumental se sitúan las **SSTS de 6 y 20 junio de 2001**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1399 y 1479. Por su parte, la **STC 116/2001, de 21 de mayo**, I.L. J 1054, recurso de amparo 4097/1996, en un procedimiento de tutela del derecho fundamental a la libertad sindical, estima la excepción de inadecuación del procedimiento, entendiéndolo que el mismo es inadecuado para enjuiciar la sanción de suspensión de militancia sindical. Entiende el TC que “(...) la impugnación del acuerdo sancionador debió ser planteada por los cauces del procedimiento ordinario (...)” y, por tanto, la opción por el procedimiento especial de tutela de los derechos de libertad sindical fue inadecuada.

C) Caducidad

La **STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001**, I.L. J 1019, afirma que “(...) la acción no caduca cuando fue ejercida ante órgano judicial que no fuera competente por razón del territorio (...)”, y ello de conformidad con el artículo 14.a) de la LPL que suspende el plazo de caducidad “(...) desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme (...)”. De otro lado, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 1213, recuerda el criterio jurisprudencial de que:

“(...) la inhabilidad del mes de agosto se refiere únicamente a los plazos procesales y que el de iniciación de un proceso mediante el ejercicio de la correspondiente acción es un plazo sustantivo al que no alcanza la normativa citada (art. 183 LOPJ) por lo que dicho mes debe ser tenido en cuenta para computar el período de caducidad (...)”.

Por su parte, la **STSJ de Galicia de 18 de julio de 2001**, I.L. J 1763, establece que la negativa del trabajador a recibir la carta de despido, teniendo conciencia de la misma, no suspende el plazo de caducidad previsto para los despidos. En una línea jurisprudencial análoga se pronuncia la **STSJ de Galicia de 29 de junio de 2001**, I.L. J 1581, declarando que “(...) aun cuando el trabajador no recibió la carta de despido, al mismo le constó inequívocamente que se había producido el despido, existiendo hechos concluyentes que así lo acreditan (...)”, por lo que el plazo de caducidad se computa desde que el emple-

ado tuvo “cabal conocimiento de que la empresa le había despedido”. Asimismo, la **STS de 10 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1721, declara el derecho del Fondo de Garantía Salarial a oponer la excepción de caducidad en un proceso posterior, si en un procedimiento anterior no pudo hacerlo por no ser parte ni, en consecuencia, estar citado, y ello a pesar de que tal excepción no hay sido acogida de oficio por el Juzgador.

D) Prescripción

La **STSJ de La Rioja de 3 de abril de 2001**, I.L. J 1049, analiza la posibilidad de interrupción del cómputo de la prescripción por la interposición de una acción meramente declarativa. Se concluye que el ejercicio de una acción declarativa de reconocimiento del derecho a unos determinados conceptos retributivos no interrumpe el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de esas mismas cantidades, salvo cuando esa acción declarativa se ejercite por medio de un procedimiento colectivo. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 1226, declara la total independencia de los plazos de prescripción de la reclamación al Fondo de Garantía Salarial y a la empresa en un expediente de regulación de empleo. De esta forma, el Fondo es el obligado directo al pago del 40 por ciento de las cantidades indemnizatorias, según dispone el artículo 33.8 del ET, mientras que la empresa responde del 60 por ciento restante, cantidad en la que el Fondo sólo asume una responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia empresarial. De esta dualidad de sujetos obligados al pago se deduce 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 la que ese obligado no es deudor principal (...)”. Por último, la **STS de 13 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1437, aborda la cuestión del comienzo del plazo de prescripción de la acción individual afectada por la interposición de un procedimiento colectivo. Las tesis defendidas por las partes son, de un lado, que el día inicial es aquél en el que se dicta sentencia de instancia en el proceso de conflicto colectivo y, de otro, que tal día a quo es el momento en que tal sentencia adquiere firmeza. El Alto Tribunal declara que el día inicial del cómputo de la prescripción para la acción individual afectada es aquél en que la sentencia deviene firme, pues es desde ese momento desde el que la acción individual se puede ejercitar.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba de confesión. Carácter personalísimo

La **STSJ de Valencia de 23 de marzo de 2001**, I.L. J 889, declara la nulidad de actuaciones de la sentencia de instancia por haberse practicado la prueba de confesión del demandado (persona física), a través de su letrado, aun cuando éste tenía poder para absolver posiciones. La parte actora solicitaba en su demanda la confesión del demandado y el Juzgado admitió dicha prueba, no obstante lo cual el juez a quo admitió la confesión a través de su letrado en el acto de juicio, manifestándose de contrario la correspondiente protesta. Con cita de la **STS de 5 de marzo de 1984** y la **STSJ de Madrid de 27 de marzo de 1992**, y en base al carácter personalísimo de esta prueba, la sentencia que se reseña declara la infracción de los artículos 1231 del Código Civil y 587 de la LEC, en

relación con el artículo 91.4 de la LPL, lo que implica la invalidez de dicha prueba (al no haberse realizado conforme a lo solicitado y admitido) con la consiguiente indefensión de la parte actora.

B) Prueba indiciaria. Vulneración del derecho de libertad sindical

El presidente del comité de empresa de la demandada puso en conocimiento de la misma la convocatoria de una huelga. En esa misma fecha la empresa le comunicó que quedaba afectado por una modificación del sistema de trabajo. Ante dicha situación, el presidente del comité interpuso una demanda a fin de que se declarara que la empresa había vulnerado su Derecho a la Libertad Sindical y que se le debía indemnizar con 600.000 pesetas, al entender que dicha modificación lo fue en represalia por la convocatoria de huelga. La sentencia de instancia desestimó la pretensión del actor. La **STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2001**, I.L. J 1048, confirma la sentencia recurrida. Se razona por el TSJ que esta acción procesal es similar a la acción interdicial y que corresponde al demandado aportar una justificación de la medida adoptada (artículo 179 LPL); sin embargo, también declara la sentencia que el actor debe aportar al juicio indicios de que la violación existe, para así poder exigir al demandado el comportamiento procesal aludido con anterioridad. En definitiva, para que prospere esta acción (lo que no ocurre en el presente supuesto) se requiere que: (a) existan hechos en los que se pueda apoyar la presunción; (b) esos hechos queden acreditados; (c) los hechos guarden relación con el Derecho que se entiende conculcado, y (d) la consecuencia alegada sea tan fácil de deducir de los hechos, que el demandado quede obligado a justificar que adoptó medidas de protección del Derecho presuntamente vulnerado.

C) Denegación de pruebas. Indefensión

El TC tiene establecido que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes se refiere a (1) aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, (2) que hayan sido solicitados en forma y tiempo, (3) sean idóneos para acreditar hechos relevantes, y (4) que su falta de práctica sea imputable al órgano judicial. Siguiendo dicho criterio y con cita de múltiples sentencias del TC sobre esta materia, la **STSJ del País Vasco de 8 de mayo de 2001**, I.L. J 1346, declara la nulidad de la sentencia dictada en la instancia por cuanto la misma vulneró el derecho de la demandada de valerse de los pertinentes medios de prueba. En el caso enjuiciado, la empresa demandada solicitó del Juzgado la aportación a los autos de documental requerida a un tercero (documentos trascendentes para el resultado del litigio) y, si bien el juzgador *a quo* admitió dicha prueba, no la practicó eficazmente, pues no la incorporó a los autos antes de dictar sentencia por un error del propio Juzgado.

10. SENTENCIA

A) Nulidad. Despido disciplinario

La STSJ de Aragón de 20 de abril de 2001, I.L. J 922, declara la nulidad de la sentencia de instancia. Dicha nulidad radica en que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre la calificación del despido (procedente, improcedente o nulo) y sus efectos, vulnerando así el imperativo ineludible establecido en los artículos 55.3 ET y 108.1 LPL. No es posible que el TSJ califique ahora en suplicación el despido disciplinario de la actora, por cuanto ello acarrearía la imposibilidad de las partes de combatir tal pronunciamiento, esto es, su indefensión. En consecuencia, dicha calificación debe hacerse por el juez *a quo* mediante una nueva sentencia.

B) Incongruencia

La STSJ de La Rioja de 8 de mayo de 2001, I.L. J 1366, declara que la sentencia recurrida incurre en incongruencia positiva y negativa. Ante una reclamación de cantidad, la sentencia de instancia condena a la demandada a un recargo por mora del 10 por ciento, sin que por la parte actora se hubiera solicitado: de ahí el vicio de incongruencia positiva de la sentencia. De otro lado, y habiendo alegado la parte demandada la excepción de cosa juzgada, la sentencia de instancia incurre igualmente en incongruencia negativa u omisiva, por cuanto no se pronunció sobre dicha excepción.

C) Hechos probados. Insuficiencia

La STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de abril de 2001, I.L. J 943, declara la nulidad de la sentencia de instancia por la insuficiencia de su relato fáctico y motivación. La sentencia de instancia reconoce la invalidez permanente del actor por el Régimen General, cuando también tenía cotizaciones en el RETA, sin que en los hechos probados se haga constar los períodos de cotización a ambos regímenes del sistema de la Seguridad Social. Como quiera que el TSJ no tiene todos los datos necesarios para analizar el contenido del recurso del INSS, la sentencia debe ser anulada para que el juez *a quo* dicte otra complementando el relato fáctico y señalando con exactitud los períodos cotizados a uno y otro régimen.

D) Aclaración de sentencia. Límites

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 2 de abril de 2001, I.L. J 1238, declara la nulidad de un auto aclaratorio de una sentencia firme (no fue recurrida por ninguna de las partes), por cuanto dicho auto se excedió de los límites establecidos en el artículo 267 LOPJ: dicho auto modificó un hecho probado de la sentencia declarada firme, alteró un párrafo de su fundamentación jurídica y duplicó la cantidad de la condena inicialmente fijada en la sentencia.

E) Falta de motivación fáctica y jurídica

Las SSTSJ de Galicia de 15 y 21 de junio de 2001, I.L. J 1577 y 1578, declaran la nulidad de las sentencias de instancia por cuanto las mismas no se pronuncian sobre la *causa petendi* de la demanda, no contienen razonamiento alguno sobre las conclusiones fácticas en ellas relacionadas, ni sobre las causas de oposición alegadas por la parte demandada.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN**A) Ofrecimiento y depósito**

En procedimiento por despido, la empresa demandada ofreció (en el acto de conciliación administrativo) y consignó una cantidad que difería en 8.000 pesetas de la cantidad que realmente correspondía al actor. La **STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2001**, I.L. J 1294, declara que dicho error es mínimo ante el montante total de lo ofrecido y, en consecuencia, excusable, no impidiendo dicho error la aplicación de la limitación a que se refiere el artículo 56.2 ET. Sin embargo, la **STSJ de Asturias de 8 de junio de 2001**, I.L. J 1379, declara que la empresa incumplió los requisitos legalmente exigidos para limitar el devengo de los salarios de tramitación a la fecha de la conciliación, pues ofreció y depositó una cantidad atendiendo a un salario muy inferior al que la actora debería haber percibido, es decir, calculó las cantidades a depositar en función del salario que la actora cobraba, cuando a la actora le correspondía un salario superior por razón de su jornada real. Por su lado, la **STSJ de Cantabria de 6 de junio de 2001**, I.L. J 1516, no admite la limitación de los salarios de tramitación con fundamento en el criterio de la STS de 30 de septiembre de 1998: no se cumplen las previsiones legales establecidas en el artículo 56.2 del ET:

“(…) cuando el empleador introduce en su oferta conceptos tan ajenos al pleito de despido como lo son los relativos al finiquito de la relación laboral. La inclusión del finiquito (...) introduce en la posible conciliación un elemento distorsionador de la misma (...) respecto de la cual no se le puede exigir a la contraparte ninguna actitud de aceptación o rechazo (...)”.

B) Reclamación al Estado

La **STSJ de Valencia de 2 de abril de 2001**, I.L. J 1025, declara que los salarios de tramitación de los que es responsable el Estado incluyen los devengados hasta la fecha de notificación de la sentencia y no hasta la fecha de la sentencia y ello, con independencia de la literalidad de lo dispuesto en el artículo 116 LPL; de lo contrario, se estaría alterando lo dispuesto en el artículo 57.1 del ET que hace una clara remisión al artículo 56.1.b) del mismo cuerpo legal. El TSJ razona igualmente que:

XII. El Proceso Laboral

“(…) La sentencia es una declaración recepticia. Para la parte únicamente tiene valor en la fecha en que se le notifique. Esta notificación ha de ser inmediata, al día siguiente de dictarla, pues en caso contrario, ya existe un incumplimiento que no tiene por qué recaer en el deudor de los salarios, y que a éste le es casi imposible de controlar (…)”.

La STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2001, I.L. J 1568, declara que el plazo de prescripción de un año para reclamar al estado los salarios de tramitación se inicia una vez firme la sentencia que por primera vez declara la improcedencia del despido, si bien, “(…) ha de computarse en la práctica desde el momento en que se dan todos los elementos para la reclamación, como sería el imprescindible requisito del pago de los salarios al trabajador. (…)”.

En consecuencia, sólo una vez abonados esos salarios empieza a computar el plazo para interponer la acción resarcitoria contra el Estado.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Motivos: pueden ser invocados acumulativamente o de forma independiente

Frente a la tesis de que no puede prosperar el examen de derecho “cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución en cuestión se constatan”, la STS de 16 de mayo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1090, responde que los motivos del recurso de suplicación pueden ser invocados acumulativamente o de forma independiente, “(…) sin que se exija que la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia dependa de la revisión de los hechos declarados probados (…)”.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 25 de junio y de 17 de julio de 2001, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1493 y 1732.

B) Admisión: no cabe revisar la competencia de la jurisdicción social cuando no se planteó en la instancia

La STC 112/2001, de 7 de mayo, recurso de amparo 4608/1996, I.L. J 1053, sigue la doctrina constitucional afirmando que el acceso a los recursos no es equiparable al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al ser un derecho de configuración legal establecido por las leyes procesales, cuya interpretación corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios; de esta manera, la decisión de inadmitir el recurso de suplicación por pretender el demandante la revisión de la competencia de la jurisdicción social (cuestión que no había sido planteada en la instancia) “(…) satisface sin duda, las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos (…)”.

C) Falta de consignación

En un procedimiento sobre Seguridad Social, la STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de marzo de 2001, I.L. J 872, declara la nulidad de actuaciones por haberse incumplido lo prevenido en el artículo 192.3 LPL; así, el Juez de instancia debe requerir a la entidad gestora o servicio común para que fije el capital coste de la pensión y después notificárselo al recurrente para realizar la consignación exigida por el artículo 192.2 LPL. Por su

parte, la STS de 19 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1472, establece que es causa de inadmisibilidad del recurso de suplicación la falta total de consignación, pese a que con posterioridad se haya procedido a consignar parcialmente dicha cantidad. Según el TS, el incumplimiento total del requisito de la consignación no es equiparable al supuesto de insuficiencia de la consignación previsto en el número 3 del artículo 193 LPL, donde sí procede subsanar la omisión. El TS reproduce la doctrina de la STC 343/1993, de 22 de noviembre, según la cual no puede haber subsanación en los supuestos en los que “hay inexistencia de actividad consignatoria y no sólo insuficiencia”.

D) Afectación general

De acuerdo con la STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2001, I.L. J 1187, para poder recurrir en suplicación en base a una afectación general, ésta ha de ser, bien notoria, bien alegada y probada en juicio, o bien poseer un contenido de generalidad no discutido por las partes. La interpretación de un precepto de alcance general no implica afectación general; el TS exige que “(...) realmente todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios estén de hecho afectados por la cuestión debatida en litigio (...)”, no bastando una mera afectación potencial.

E) Revisión de hechos probados: no cabe por insuficiencia de prueba

Según la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2001, I.L. J 1247, la insuficiencia de prueba en la instancia no sirve para la revisión de hechos en el recurso de suplicación, máxime cuando, como en el supuesto objeto de análisis, la omisión de prueba alegada es incierta, puesto que no se interesó de la demandada sino de un tercero ajeno y además versa sobre un extremo negativo en sí mismo intrascendente.

F) Legitimación

La STS de 13 de junio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1440, establece que pese a que la sentencia de instancia haya constatado la existencia de una subcontrata, la empresa principal y absuelta carece de interés legítimo para interponer recurso de suplicación, ya que la declaración de existencia de la contrata se integra en los razonamientos jurídicos de la sentencia y no en su fallo, por lo que no produce efecto de cosa juzgada.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción: requisitos procesales y materiales

La STS de 7 de mayo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1072, inadmite un recurso de casación para unificación de doctrina por faltar la “(...) relación precisa y circunstanciada de la contradicción (...)”; para estimar cumplido dicho requisito no basta con mencionar la sentencia o sentencias que se estiman opuestas a la recurrida y añadir luego un comen-

XII. El Proceso Laboral

tario global o genérico de carácter doctrinal o reproducir parte de la fundamentación jurídica de tales sentencias, sino que debe desarrollarse “(...) una exposición clara y explícita de los puntos de contradicción (...), lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de estas sentencias (...)”. Según la **STS de 30 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1128, en la contradicción exigida por el artículo 217 LPL deben tenerse en cuenta no sólo los pronunciamientos diferentes de la sentencia recurrida y de la aportada de contraste, sino también los presupuestos fácticos de las mismas. Por su parte, la **STS de 20 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1476, establece que el legislador no ha querido que la unificación se lleve a cabo sobre “(...) doctrinas abstractas contrapuestas, sino sobre sentencias contradictorias sobre hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (...)”, es decir, la contradicción ha de surgir “(...) de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (...)”. Frente a la tesis del recurrente en casación de que “(...) cuando se insta la unificación de doctrina procesal, los elementos significativos y con relevancia a efectos de comparación vendrán determinados exclusivamente por los actos, pretensiones y decisiones de naturaleza procesal, siendo en estos casos irrelevantes los aspectos sustantivos (...)”, la **STS de 23 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1440, responde que “(...) aunque los motivos de impugnación se centren exclusivamente en infracciones procesales, la parte ha de acreditar la disparidad que justifica su existencia (...)”, debiendo identificarse tanto las identidades subjetivas como las igualdades sustanciales objetivas entre la sentencia recurrida y la aportada.

B) Falta de contenido casacional

De acuerdo a la **STS de 26 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1496, no cabe inadmitir el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contenido casacional, cuando la sentencia de la Sala de lo Social del TS que resolvió sobre la misma cuestión no se dictó en unificación de doctrina.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Plazo de interposición

La **STS de 3 de mayo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1068, desestima un recurso de revisión por haber sido interpuesto fuera del plazo de 3 meses contados desde el día en que el acto administrativo que se pretende aportar como nuevo fue dictado por la Administración; el recurrente computó dicho plazo desde el día que se le notificó dicha resolución. En esta misma materia, la **STS de 3 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1684, establece que el plazo de 3 meses para presentar en tiempo hábil la demanda de revisión es un plazo de caducidad, y comienza a contarse desde la fecha en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude procesal; corresponde al demandante fijar con precisión dicha fecha, bastando su imprecisión para rechazar de plano la demanda.

B) Falsedad en documento

Tras la declaración de falsedad de un finiquito, la **STS de 20 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1478, estima la demanda de revisión, afirmando que no es necesario que la parte que solicita la revisión basándose en la falsedad de dicho documento instara en su día la suspensión del pleito, puesto que la suspensión prevista en el artículo 86.2 LPL sólo puede invocarse cuando la parte tiene seguridad sobre la falsedad del documento. Por otra parte, la meritada sentencia insiste en que la interposición del recurso de revisión no está condicionada al agotamiento previo de todos los recursos ordinarios, ya que el artículo 1796 LEC de 1881 sólo requiere que la sentencia recurrida sea firme y que concurra alguna de las causas de revisión que dicho artículo enumera; en el mismo sentido se pronuncia la **STS de 10 de julio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1719.

C) Maquinación fraudulenta

De acuerdo a la **STS de 5 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1391, no constituye maquinación fraudulenta omitir en la demanda el rótulo del establecimiento comercial en que el empresario desarrolla su actividad; insiste el TS en la doctrina ya expuesta en la **STS de 3 de mayo de 1988**: el trabajador sólo tiene obligación de consignar en su demanda el nombre del empresario y su domicilio (que son los que además constaban en su contrato de trabajo).

15. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La **STC 171/2001**, de 19 de julio, recurso de amparo 2670/1997, I.L. J 1670, confirmando la doctrina constitucional, señala que el carácter subsidiario del amparo tan sólo impone la previa formalización del recurso de casación para unificación de doctrina cuando no quepa duda alguna respecto de la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponerlo, así como de su adecuación para reparar la revisión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo. Corresponde a la parte que pretende hacer valer la falta de interposición de dicho recurso, como motivo de inadmisibilidad del amparo, acreditar la posibilidad de recurrir a aquél en cada supuesto concreto, sin que sea suficiente a este respecto la alegación abstracta de su procedencia.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. SUCESIÓN DE EMPRESA

De conformidad con la **STS de 14 de junio de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 1453, la responsabilidad en el pago de indemnizaciones no puede extenderse en trámite de ejecución a la empresa que sucede a la condenada con posterioridad a la sentencia y a la extinción de la relación laboral; el FOGASA no puede dirigirse contra la empresa sucesora hasta que no haya hecho frente a sus responsabilidades y se haya subrogado en el crédito de los trabajadores.

17. COSTAS PROCESALES

La STS de 25 de julio de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 1750, determina que en caso de interposición de recurso de suplicación por ambas partes, dichos recursos conservan su independencia, de manera que en caso de desestimación deben imponerse las costas a la parte vencida en cada uno. No gozando la empresa del beneficio de justicia gratuita, corresponde a ésta el pago de costas, sin que el hecho de que, junto a ella, también haya interpuesto recurso el trabajador modifique su carácter de parte vencida en el recurso.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

FÉLIX BOLAÑOS GARCÍA

PAZ DE LA IGLESIA ANDRÉS

IKER RAMÓN PRIOR GARCÍA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Responsabilidad administrativa. A) El principio *non bis in idem*. B) La tipicidad de las infracciones administrativas en materia de seguridad y salud laboral. C) Exoneración de la responsabilidad de la empresa principal. **2. Recargo de prestaciones.** A) Determinación del nexo causal entre el siniestro y el resultado lesivo. B) Falta de información al trabajador accidentado. C) Compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con el recargo. **3. Responsabilidad civil del empresario.**

El principio de culpa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se reseñan las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, aparecidas en los números 5 a 8 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 864 a J 1769), que versan sobre seguridad y salud laboral. Las sentencias contabilizadas son pocas, no superan la cifra de siete.

Como novedad, se incorporan, las resoluciones de la Sala Tercera o de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recaídas sobre responsabilidad administrativa por infracción de la normativa de seguridad y salud laboral. Un aspecto muy importante dentro del haz de responsabilidades que pueden emanar en esta materia y que no se había tomado en consideración hasta el momento por falta de pronunciamientos.

Por lo que se refiere a los temas planteados en las sentencias, los más relevantes son quizás, en relación con la exigencia de responsabilidad administrativa, la aplicación del principio *non bis in idem* y la predeterminación legal de las conductas infractoras y su adecuación al principio de seguridad jurídica. Son, con todo, aspectos que exigen una mayor profundización exegética por parte del intérprete de la norma, porque no se han extraído todas las consecuencias.

1. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A) El principio *non bis in idem*

En la STS de 12 de julio de 2001, Sala Tercera, I.L. J 1665, se aborda la posible admisión de la duplicidad de sanciones —penal y administrativa— por una misma falta de adopción de medidas de seguridad en el trabajo. Como se sabe, no cabe imponer, por impedirlo el principio *non bis in idem*, una sanción administrativa cuando los hechos hayan sido sancionados en vía penal, pues la sanción penal es absolutamente prioritaria y excluye la sanción administrativa. Con una importante matización, que venía antes especificada en el artículo 42.2 LPRL y que ahora recoge el artículo 3 TRLISOS: en el procedimiento administrativo se tiene que apreciar “identidad de sujeto, de hecho y de fundamento”.

En la sentencia se enjuicia el hecho de haber impuesto a la empresa una sanción administrativa, a consecuencia de un accidente de trabajo con resultado de muerte, acaecido por desprendimiento de tierras cuando se estaban colocando unos tubos en el fondo de una zanja, después de que la apertura de diligencias penales concluyera en sentencia condenatoria, apreciándose la responsabilidad penal del Ingeniero técnico, director de obra.

La empresa discute que se pueda añadir, a la condena penal impuesta, una sanción administrativa, dada la identidad de los hechos y porque la condenas penales no recaen sobre las personas jurídicas. Sin embargo, el Alto Tribunal rechaza este razonamiento, basándose simplemente en que no concurre la identidad de sujeto, exigida por la norma. Declara así el Tribunal Supremo que:

“El principio *non bis in idem* tiene como finalidad que no se sancione doblemente al mismo sujeto, y en este caso son distintas la responsabilidad penal en que incurriera personalmente el Ingeniero Técnico director de la obra y la infracción cometida por la empresa en cuanto a la adopción de medidas de seguridad.”

Deja, sin embargo, imprejuizada la segunda cuestión planteada en el recurso sobre si es posible apreciar identidad de sujetos en el caso de coexistencia de un ilícito penal y un ilícito administrativo por falta de medidas de seguridad cuando se trata de personas jurídicas. Interesante cuestión esta porque, mientras el derecho penal únicamente admite la responsabilidad penal de las personas físicas, la responsabilidad administrativa recae por lo general en las personas jurídicas, por lo que, en principio, no habría coincidencia entre los sujetos imputados, ni, en consecuencia, posibilidad de aplicar el principio *non bis in idem*, al menos en estos supuestos.

B) La tipicidad de las infracciones administrativas en materia de seguridad y salud laboral

El artículo 25.1 CE exige una descripción de las infracciones administrativas que cumpla la exigencia de predeterminación suficiente. Es la garantía tantas veces pregonada por el

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

Tribunal Constitucional de la definición específica de los ilícitos, que supone la posibilidad de prever con la suficiente seguridad las características de la infracción tipificada (SS TC 89/1993, 116/1993 y 305/1993).

La suficiencia o insuficiencia de la labor de predeterminación de las conductas tipificadas como infracciones administrativas (antes en la LPRL y ahora en el TRLISOS) es objeto de análisis colateral en la **STSJ de Asturias de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1383, a partir de una especie de autocuestión que se formula el propio Tribunal, a propósito de la declaración del recargo de prestaciones, tal vez al no encontrar con la claridad deseable una descripción exacta del incumplimiento que justifique la declaración de responsabilidad del empresario.

En este caso, se atribuye al empresario el ilícito de no haber impedido o conjurado el riesgo de caída de una pieza, que, una vez desprendida desde lo alto cayó sobre el brazo del trabajador, amputándole la mano.

Examinado el alcance de las conductas tipificadas en la LPRL en relación con las infracciones administrativas, el Tribunal llega a la conclusión de que:

“constituyen verdaderos tipos de conductas a los que por las circunstancias de éstas no cabe exigir mayor concreción puesto que no se refieren a datos específicos sobre mecanismos materiales de seguridad, sino a comportamientos relativos al eficaz empleo de los mismos, cuya infinita versatilidad no puede ser objeto de mayores precisiones en su descripción”.

No obstante, es preciso observar que el respeto al mandato de precisión y seguridad exige una labor exegética por parte del aplicador, de forma que en los supuestos en que los tipos adolezcan de falta de precisión, el contenido de los mismos habrá de ser concretado con ayuda de normas jurídico-técnicas o con criterios lógicos o sistemáticos, porque de lo contrario no se cumpliría el mandato de determinación en la formulación de los tipos ilícitos, derivado del artículo 25.1 CE.

En este caso se ha recurrido a una cláusula normativa abierta –que es el deber de adopción de cuantas medidas sean necesarias para la debida protección del trabajador–, cuya labor definitoria es bastante difusa. Razona en este sentido el Tribunal que:

“La norma es ontológicamente incapaz de prever la variedad incalculable que en esta materia pueden revestir unas conductas como la falta misma de los elementos materiales encaminadas a la preservación de los riesgos, pero impone al empresario el deber de adoptar cuantas medidas sean necesarias para su debida prevención, por lo que acreditado, en el presente caso que en el presente caso no se adoptaron tales medidas, resulta obvio que ha incurrido en una conducta legalmente tipificada como infracción y que ha de declararse su responsabilidad.”

C) Exoneración de la responsabilidad de la empresa principal

Constituye un requisito necesario para la exigencia de responsabilidad administrativa directa del empresario principal por los accidentes sufridos por los trabajadores de la empresa subcontratista, la concurrencia de una doble condición; a saber: por un lado, que la subcontrata se refiera a la “propia actividad” de la empresa principal; y por otro, que la infracción se produzca en el centro del trabajo del empresario principal (art. 42.2 LPRL derogado y sustituido por el art. 42.3 TRLISOS).

En la **STS de 23 de julio de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 1668, se plantea si la referida responsabilidad alcanza a una empresa municipal –constituida para la administración y explotación del servicio de alcantarillado– por accidentes de trabajadores de la empresa subcontratista, acaecidos cuando realizaban obras de construcción de las instalaciones de alcantarillado.

El Abogado del Estado mantiene –contra el fallo exculpativo de la empresa municipal dictado por Sala de lo Contencioso-Administrativo– que la responsabilidad es de la misma porque la actividad de obras de construcción que realiza la empresa contratista entra dentro del objeto social de la empresa municipal. Sin embargo, el Tribunal Supremo hace recaer exclusivamente la responsabilidad en la empresa subcontratista, confirmando el fallo de instancia.

Señala el Tribunal que, con independencia de la consideración de la “actividad propia”:

“no puede considerarse como centro de trabajo de ella (empresa municipal) la obra en que se produjeron los accidentes que lo era realmente de una empresa contratista encargada de su ejecución”.

Es un poco sorprendente esta sentencia porque, aunque remite a un análisis conceptual del segundo elemento normativo del derogado artículo 42.2 LPRL, realmente, bajo esa determinación, está considerando el primer criterio de ordenación, porque es innegable que el accidente se produce en un lugar de trabajo en el que la empresa principal desarrolla su actividad, y, por otra parte, lo que está queriendo decir es que la construcción o reparación del alcantarillado no tiene la consideración de actividad integrante de la actividad específica de la empresa municipal, que es la administración y explotación del servicio de alcantarillado, de forma que el único requisito normativo en juego es el ambiguo concepto de la “actividad propia”.

2. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Determinación del nexo causal entre el siniestro y el resultado lesivo

En alguna ocasión se ha puesto de manifiesto (Crónicas de jurisprudencia XIII, Justicia Laboral, núm. 2, pág. 252 y núm. 7, pág. 297), que para determinar si el empresario ha

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

incurrido en recargo de prestaciones de la Seguridad Social, previsto en el artículo 123 TRLGSS, habrá de observarse de forma especial, entre otros requisitos, la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva de empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto de máquinas, instrumentos o lugares de trabajo.

Se ha observado, también, que lo que rompe ese nexo causal, determinando la exclusión de responsabilidad del empresario, es la concurrencia de cualquiera de las dos circunstancias siguientes: una, que el accidente acontezca de manera fortuita, imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención; y dos, la conducta imprudente del propio trabajador que no utiliza las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición.

Los Tribunales han acuñado en este sentido una doctrina bastante clara y firme, que puede verse reiterada entre otras, en 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 Madrid de 8 de noviembre de 2000, I.L. J 2672, y de Cataluña de 15 de diciembre de 2000, I.L. J 3044. Pero, ello no obsta para que aparezcan divergencias notables a la hora de apreciar los referidos requisitos. Tal hecho puede comprobarse en las dos sentencias que se reseñan a continuación:

a) En la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de mayo de 2001**, I.L. J 1152, se deja sin efecto el recargo de prestaciones, pese a considerar probado que la caída del trabajador al fondo de un pozo que se estaba excavando se produjo por la rotura del cable que sujetaba al trabajador cuando bajaba al pozo. El Tribunal no aprecia en la rotura del cable la existencia de incumplimiento contractual, ni relación de causalidad, porque lo decisivo es que la sujeción del cable al “maquinillo” estaba asegurado.

b) Por contra, la **STSJ de Asturias de 22 de junio de 2001**, I.L. J 1383, declara la imposición del recargo de prestaciones, en un caso en que el accidente se produjo por el desplazamiento de un cilindro que, cayendo a gran velocidad por la caña del pozo, atravesó el techo de la jaula y amputó la mano del trabajador.

El Tribunal no duda en descartar el carácter fortuito del siniestro y en afirmar la responsabilidad del empresario sobre la base de que:

“cualquiera que fuese el mecanismo físico desencadenante, la caída obedeció a la negligencia de quien mantenía el referido elemento en situación de precipitarse o ser derribado sobre las personas que debían trabajar bajo él, máxime cuando su colocación entrañaba un claro peligro para la integridad física de los trabajadores en caso de defectuoso funcionamiento y caída”.

El cumplimiento del deber empresarial de seguridad habría comportado, a juicio del Tribunal, el:

“mantener conjurado el riesgo de caída y sujeta la pieza de forma que no pudiese desprenderse de su lugar de funcionamiento, por lo que el hecho de la caída demuestra por sí solo el incumplimiento de esta obligación elemental, causante del grave accidente sufrido por el trabajador”.

B) Falta de información al trabajador accidentado

Sobre el empresario pesa la obligación de informar suficiente y adecuadamente a los trabajadores sobre los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud de los trabajadores.

En la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de abril de 2001, I.L. J 1260, se acepta la imposición del recargo de prestaciones por incumplimiento precisamente de esa obligación de informar y de dar instrucciones al trabajador accidentado, que sufrió amputación de varias falanges en los dedos de la mano derecha al ser atrapado por la máquina con la que trabajaba cuando realizaba labores de limpieza de la misma.

Considera el Tribunal Superior que, si se hubiesen tomado las medidas de protección previstas por el fabricante, en concreto, la instalación del sistema de parada automática, o se hubiesen dado instrucciones previas al trabajador, el accidente se podía haber evitado.

C) Compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con el recargo

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de julio de 2001, I.L. J 1262 viene a recoger la doctrina del Tribunal Supremo, sentada en la sentencia de 20 de julio de 2000, I.L. J 1609, sobre la compatibilidad del abono del recargo de prestaciones y el ejercicio de acciones para reclamar indemnizaciones complementarias, de la que dimos cuenta en la Crónica XIII. 1.A), Justicia Laboral, núm. 6, págs. 277 y 278.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO. EL PRINCIPIO DE CULPA

En el ámbito de la responsabilidad civil, el principio de culpa constituye, como se ha puesto de relieve en alguna ocasión anterior (Crónica de Jurisprudencia XIII, Justicia Laboral, 2000, núm. 5, pág. 254), uno de los elementos más inestables. Tal elemento resulta, desde luego, inexcusable para deducir cualquier tipo de responsabilidad contractual o extracontractual, pero su caracterización dista de ser segura y uniforme. A veces se ha identificado en sentido tradicional con las conductas de omisión de la diligencia exigible, y otras se ha llegado a asociar con actuaciones cuasi objetivas, sólo indirectamente

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

imputables al empleador, justificadas en la creación de riesgo. Últimamente se está evolucionando hacia soluciones tradicionales, volviéndose a valorar el factor subjetivo de la culpa (así, STS de 30 de septiembre de 1997, STSJ de La Rioja de 18 de mayo de 2000, I.L. J 1248), con la consiguiente exclusión de la responsabilidad civil del empresario por el mero resultado o cuando no hay una omisión clara de la diligencia debida en materia de seguridad.

Una muestra de esta línea jurisprudencial lo constituye la STSJ de Murcia de 2 de mayo de 2001, I.L. J 1313, que rechaza la reclamación de daños y perjuicios pretendida, por ausencia precisamente de una conducta culposa del empleador. En la sentencia se valora la muerte de un trabajador, acaecida al caer “debido probablemente a un mareo o des-cuido, golpeándose con la cabeza contra el bordillo de la acera”.

El Tribunal estima que el empresario adoptó las medidas de seguridad exigibles y no aprecia conducta culposa en la falta de reconocimientos médicos periódicos, único incumplimiento detectado, al no poder deducirse que:

“el accidente se hubiera podido evitar si los mismos se hubieran efectuado, ya que el des-vanecimiento o mareo podría haberse originado sin que existiese una dolencia anterior”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

RAFAEL GARCÍA LÓPEZ

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

P. AGUELO, A. ÁLVAREZ y V.J. MILLÁN USÓN

Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 854 páginas]

LEX NOVA

El libro recoge la vigente normativa sobre extranjería con anotaciones, referencias y comentarios.

En especial, y a texto completo, la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000; el nuevo reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, el Real Decreto 766/1992, así como los textos reformados que contienen el régimen aplicable a los nacionales comunitarios y sus familiares.

En el anexo legislativo se incluyen referencias de normas que comprenden el marco universal, europeo e interno español.

Esta obra incorpora diversos comentarios a la actual legislación sobre extranjería, una completa bibliografía así como diversos formularios en todos los procedimientos vigentes en la materia.

Esta monografía se complementa con un CD-ROM que contiene la legislación a texto completo y los formularios actualizados de fácil cumplimentación por el usuario.

MINISTERIO DE TRABAJO

Diálogo Social: Nuevos Acuerdos en Materia Laboral

[Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, 58 páginas]

LEX NOVA

La recuperación del diálogo social, impulsado por la anterior legislatura, hizo posible que se adoptaran importantes reformas estructurales en el mercado laboral y en nuestro sistema de protección social. La consecuencia de tal proceso de diálogo en el ámbito laboral fue una profunda reforma en materia de empleo y relaciones laborales, que tuvo como resultado un período de gran generación de empleo estable y de reducción del desempleo, hechos que favorecieron el crecimiento de las empresas y de la economía.

El Gobierno ha querido volver a impulsar este proceso de diálogo abriendo nuevas mesas de negociación y ámbitos de reflexión. Así, se han alcanzado nuevos acuerdos en el ámbito laboral, los cuales aparecen redactados en el presente manual. Es el caso del III Acuerdo Nacional para la Formación Continua y el II Acuerdo Tripartito en materia de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales.

Respecto al primero de ellos cabe destacar que constituir el Tercer Acuerdo en la mate-

notas bibliográficas

ria supone la consolidación del papel de los Agentes Sociales en la formación continua de los trabajadores al tiempo que establece, como novedad, la participación de la Administración Pública en la nueva Fundación Tripartita establecida a raíz del mismo para mayor transparencia en el funcionamiento de la gestión.

En cuanto al II Acuerdo para la Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, la valoración positiva tanto por los Agentes Sociales como por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha motivado seguir proporcionando esta vía de solución y de fomentar la adhesión de un mayor número de sectores al mismo.

En definitiva, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales afirma que lo que se pretende con la firma de estos acuerdos es dotar a nuestro mercado laboral y a nuestras empresas de un marco de relaciones laborales cada vez más perfeccionado, adaptado a las nuevas realidades; a fin de hacer nuestra economía más competitiva, de forma que nos permita avanzar hacia un mayor bienestar económico y social.

VVAA

El Proceso Laboral (Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil)

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 1.068 páginas]

LEX NOVA

Libro conformado por numerosos estudios que han sido reunidos como homenaje a los extraordinarios méritos científicos, académicos y profesionales del profesor Luis Enrique DE LA VILLA GIL. Los comentarios han sido realizados por un inestimable elenco de prestigiosos abogados, profesores, catedráticos, jueces y magistrados unidos todos ellos al homenajeado por estrechos lazos personales y profesionales.

El tema elegido por quienes han promovido esta publicación ha sido el PROCESO LABORAL. En el libro, después de dejar plasmada

toda la vida y obra, así como la aportación del profesor DE LA VILLA al Derecho Procesal del Trabajo, se realiza un profundo y pormenorizado estudio de esta modalidad procesal analizando, entre otros, temas tan diversos como: los principios informadores (oralidad, celeridad y concentración); la presentación de escritos en el proceso; la nulidad de actuaciones; la prueba en el proceso social; estudios de Derecho comparado sobre la jurisdicción laboral; repercusión de la LEC en el proceso laboral; la sentencia; la tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral; recursos de amparo y casación para la unificación de doctrina; la ejecución provisional y definitiva de sentencias; los procesos en materia de Seguridad Social; reflexiones sobre la materia electoral en el proceso laboral; control judicial de los convenios colectivos; procedimientos convencionales de resolución de conflictos laborales o el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales.

En definitiva, se trata de una obra colectiva que cumple a la perfección un doble objetivo: por un lado, rendir un caluroso homenaje y agradecimiento a un excelente profesional por quienes guardan con él una estrecha relación y, por otro, adentrarse en un extenso y riguroso estudio sobre el proceso laboral. Por este motivo se trata de un libro de todo punto recomendable para todos aquellos que de alguna manera se encuentran relacionados con el Derecho Procesal Laboral.

F. BALLESTER LAGUNA

La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales

[Comares, Granada, 2001, 352 páginas]

LEX NOVA

Fernando BALLESTER LAGUNA analiza, en el presente libro, las distintas cuestiones que permiten delinear el tratamiento completo de la condición más beneficiosa.

En la primera parte del manual el autor se involucra en la problemática de su fuente u origen. Para BALLESTER LAGUNA el con-

trato de trabajo constituye la fuente directa de la condición más beneficiosa, lo que supone excluir del tratamiento jurídico de la misma las mejoras que tengan su origen, en disposiciones legales y reglamentarias, en convenios colectivos (estatutarios y extraestatutarios), en usos y costumbres laborales, en reglamentos de régimen interior, así como en los usos de empresa.

Tras afirmar que el contrato de trabajo es la fuente exclusiva de la condición más beneficiosa el autor plantea dos cuestiones; la primera de ellas, se basa en la viabilidad o no de las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo, siendo la segunda, la que se refiere a la llamada concesión unilateral del empresario como fuente de condiciones más beneficiosas, precisando si se trata o no de una mejora contractual aceptada.

La segunda parte del libro se dedica al estudio de los requisitos que, conjuntamente considerados, permiten identificar la condición más beneficiosa. La necesaria existencia de un tratamiento de favor para el trabajador, el hecho de que la mejora tenga un objeto lícito y la existencia de una voluntad real de las partes al respecto son, por tanto, circunstancias que deben concurrir para su constatación.

Para garantizar la eficacia de la condición más beneficiosa, el autor, en la tercera parte del manual, aboga por el principio de su respeto, respeto que se concreta en la inmunidad que sostiene frente a los cambios normativos y frente a la decisión unilateral del empresario que no podrá modificarla ni suprimirla.

Finalmente, se exponen aquellos procedimientos tradicionalmente admitidos por la doctrina científica y la jurisprudencia, que son vías de modificación-extinción de condiciones más beneficiosas, que son, el mutuo acuerdo de las partes, la renuncia del trabajador y la extinción del vínculo laboral.

F. DURÁN LÓPEZ

Informe sobre riesgos laborales y su prevención

[Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001, 320 páginas]

LEX NOVA

Fruto de la creciente preocupación social que existe en materia de seguridad y salud en el trabajo, nace, mediante encargo presidencial, el presente manual. En él se incluye el "Informe" que el profesor DURÁN LÓPEZ ha elaborado con objeto de analizar la situación actual de la siniestralidad laboral en España, sus causas y consecuencias, así como, las medidas que podrían contribuir a mejorar la seguridad y la salud en el trabajo.

Una vez recopilados los datos precisos que permiten conocer el tipo de siniestralidad que padece nuestro país, la gravedad de los accidentes y en qué sectores se producen principalmente, el autor describe, en la primera parte del Informe, los daños a la salud relacionados con el trabajo, en concreto, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Asimismo, se aportan algunos datos sobre las incapacidades laborales y los costes económicos derivados de estos daños.

A continuación, el autor presenta un breve panorama del mercado laboral español incluyendo una descripción de las condiciones de los puestos de trabajo. A partir de ellos, y teniendo en cuenta los resultados sobre la incidencia de los daños a la salud relacionados con el trabajo, se discutirán las posibles causas del aumento de la siniestralidad laboral.

Por otra parte el Informe incluye el actual marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales y analiza el sistema de aseguramiento de los mismos.

notas bibliográficas

Finalmente, se revisa la política de prevención y la actuación de los agentes implicados en la promoción y mejora de las condiciones de trabajo. El Informe se cierra con el análisis de la siniestralidad laboral en uno de los sectores más afectados, el de la construcción.

El presente manual contiene, además, un “Estudio” del que se han extraído una serie de datos, situaciones, actuaciones y análisis que fundamentan las conclusiones expresadas en el “Informe”.

N. PUMAR BELTRÁN**La Igualdad ante la Ley en el Ámbito de la Seguridad Social**

[Aranzadi, Navarra, 2001, 384 páginas]

LEX NOVA

La autora, en los primeros capítulos del presente libro, examina los rasgos de nuestro sistema de Seguridad Social en el contexto constitucional y fija los contornos del principio de igualdad establecidos en nuestra Constitución.

Sin embargo, Nuria PUMAR BELTRÁN centra su investigación en el análisis de los principales problemas de igualdad que se establecen en nuestro sistema de Seguridad Social y que atienden a circunstancias de diversa índole. Criterios personales como la nacionalidad, edad, parentesco, sexo, la pertenencia a un sector profesional determinado, la fecha de la incorporación en el sistema de la Seguridad Social o el momento en el que aconteció el hecho causante, son algunos de los más relevantes. Además la autora, examina los diferentes problemas de constitucionalidad planteados ante el Tribunal Constitucional por diferencias en la acción protectora, exponiendo la evolución legislativa que se ha producido en el tratamiento de estas diferencias.

Finalmente, la profesora PUMAR establece una visión de conjunto aportada por la normativa y jurisprudencia comunitarias en materia de Seguridad Social.

El libro se completa con un Anexo que incluye una selección de Sentencias del Tribunal Constitucional en las que aparecen reflejados cada uno de los problemas de constitucionalidad que se mencionan a lo largo del presente estudio.

A. MATEOS BEATO**Diccionario de Seguridad y Salud Laboral**

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 1.233 páginas]

LEX NOVA

Este libro selecciona los principales conceptos contenidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, analizándose en su vertiente de interpretación teórica, pero sin olvidar que el fin último de la Ley es la puesta en práctica de sus principios preventivos.

Así, el presente diccionario contiene una exposición de los distintos conceptos extraídos de la citada norma, tratados de modo individualizado, pero manteniendo al mismo tiempo la necesaria correlación con el contexto unitario de la Ley.

Para completar los comentarios a cada voz, se han resumido las opiniones doctrinales y jurisprudenciales más relevantes, lo que, sin duda, ayudará a la reflexión acerca de tan compleja Ley.

Junto a los conceptos seleccionados como principales en forma de “voz”, se han seleccionado aquellos términos más significativos y cuyo análisis se realiza con cierto detalle dentro de la voz principal. Algunos de ellos podrían haber tenido un tratamiento autónomo, pero se ha considerado con-

veniente reducir el número de conceptos principales para evitar caer en la dispersión.

Los términos o conceptos seleccionados son en exclusiva los extraídos de la Ley, a excepción de la voz "Medicina del Trabajo".

Incluye CD-ROM.

**F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. ELORZA GUERRERO
y otros**

**Veinte años de jurisprudencia laboral y social
del Tribunal Constitucional**

[Tecnos, Madrid, 2001, 459 páginas]

LEX NOVA

La presente Obra contiene las ocho Ponencias celebradas en la XIX edición de las Jornadas Universitarias Andaluza de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales que, contando con el apoyo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, se celebraron en octubre de 2000 en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

A través de estas ocho Ponencias se recoge de una manera práctica el conjunto de la doctrina constitucional en materia laboral y social, pudiéndolas agrupar, a su vez, en cinco bloques temáticos.

Las tres primeras Ponencias se encuadrarían dentro del denominado Derecho colectivo del Trabajo (libertad sindical, negociación colectiva y el derecho de huelga); las dos siguientes tratarían del Derecho individual del Trabajo, concretamente, el contrato de trabajo y la aplicación de la igualdad y la no discriminación en las relaciones laborales; la sexta Ponencia se consagraría a la doctrina constitucional sobre competencias de las Comunidades Autónomas; la séptima versaría sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido en el orden social, para finalizar con la octava y última, que se centraría en materias especialmente relevantes de la Seguridad Social.

En definitiva, la distribución material realizada en esta Obra de forma suficientemente clara, sistemática y extensa de cada uno de los temas ofrece, tanto al estudioso como al profesional del Derecho del Trabajo, un elemento imprescindible para el mejor conocimiento de su realidad profesional.