

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 2001

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] Un repaso a la doctrina constitucional de los primeros meses del 2001

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[11] La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina. Un apunte crítico

AURELIO DESDENTADO BONETE

[27] Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento (LOE 8/2000 Y RD 864/2001)

M^a AMPARO BALLESTER PASTOR

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[55] I. FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

[65] II. TRABAJADOR
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

[91] III. EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

[103] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

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

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

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

[179] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[187] IX. SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

[239] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[247] XII. EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

[273] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

UN REPASO A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LOS PRIMEROS MESES DEL 2001

El presente editorial está destinado a efectuar, en exclusiva, un resumen de los pronunciamientos más relevantes que a lo largo del período que comprende este número ha realizado el Tribunal Constitucional. Éste es, en nuestro ordenamiento, el órgano jurisdiccional superior “en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE), posición que lleva a otorgar una posición preferente no sólo a los fallos de sus resoluciones, sino también a las fundamentaciones en que las mismas se apoyan. Los procesos constitucionales, y específicamente el recurso de amparo, son los cauces a través de los cuales se asegura la vinculación de los órganos judiciales a la doctrina constitucional. El recurso de amparo, como ha recordado Jiménez Campo, “permite que sea efectiva la superioridad del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria”, superioridad que significa vinculación del poder judicial a la doctrina constitucional. Precisamente por ello, es una singularidad fundamental de la jurisprudencia constitucional su valor frente a la jurisprudencia ordinaria, incluso la del Tribunal Supremo.

La importancia de la doctrina emanada del máximo intérprete constitucional no puede pasar desapercibida al jurista práctico que no debe ver en los referidos pronunciamientos ni “sentencias justicieras” ni “sentencias ideológicas”, en la expresión de Díez-Picazo. El juicio de constitucionalidad es un juicio estrictamente jurídico. La interpretación del cuadro de valores y principios constitucionalmente diseñado y, por tanto, la concreción dinámica de dichos mandatos es, en último extremo, la función de una jurisprudencia que, como la constitucional, actualiza de forma permanente la idea de Constitución, al resultar el Tribunal Constitucional, como puso de manifiesto García de Enterría, “el delegado del poder constituyente, del pueblo, que cuida que sólo por su ejercicio directo pueda mudar la Constitución como norma básica de convivencia colectiva”. En suma, el interés ciudadano por la tutela de los valores constitucionales y por una adecuada interpretación de los mandatos definidos en la Constitución constituye no sólo una necesidad para la práctica forense, sino que se vincula directamente con la defensa de la Constitución como Carta de Libertades que garantiza la paz social y la defensa de la dignidad de la persona, fundamentos últimos y básicos de la convivencia social.

El concepto de discriminación, aunque manifestación del principio de igualdad, tiene un contenido más específico y se refiere a la llamada tutela antidiscriminatoria que impone una paridad de trato, evitando o suprimiendo ciertas diferencias de trato socialmente existentes, cuyo carácter “odioso” se reconoce como contrario a la dignidad humana. El derecho a la no discriminación por razón de sexo fue objeto de atención constitucional en el período referenciado, en la STC 20/2001, de 29 de enero [crónica IV.3. A).c) y crónica VI.9.A)]. En línea con anteriores pronunciamientos en los que se había extendido la tutela antidiscriminatoria respecto de decisiones empresariales descausalizadas, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre) o, igualmente, respecto de la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), el Tribunal otorgó el amparo solicitado por una funcionaria interina que había sido cesada mientras se encontraba disfrutando un permiso por maternidad. Frente al criterio del órgano judicial interviniente en la vía judicial previa, para el que el hecho de ser interino y, por tanto, nombrado por razones de urgencia en el servicio, motiva que la circunstancia de una larga enfermedad u otro impedimento que lo incapacite para su trabajo durante un tiempo superior al normal pueda ser causa suficiente para acordar su cese, sin que la maternidad excepcione esa regla, el Tribunal hizo valer la doctrina establecida por la STC 203/2000, de 24 de julio, señalando que “no resulta admisible, desde la práctica del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad”. De modo que “esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, (...) en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE, sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales”.

La libertad de expresión opera como telón de fondo de la STC 80/2001, de 26 de marzo [crónicas IV.3.B).b), VI.9.B) y XII.8.A)]. La misma denegó el amparo solicitado a un trabajador al que, tras la intervención en tono crítico en una Junta General de la Organización Médicos sin Fronteras España, no le fue renovado su contrato de trabajo. El objeto de la impugnación se centraba en la posible vulneración del art. 20.1.a) CE, al considerar el actor que la finalización de la relación laboral por vencimiento del término pactado encubría otra causa resolutoria: una reprensión del ejercicio legítimo de la crítica. El diferente trato frente a la práctica habitual de la empresa consistente en la renovación de los contratos de esa naturaleza, el incumplimiento de los procedimientos internos de Médicos sin Fronteras España para vencimientos contractuales y su coexistencia con las manifestaciones categóricas de la discrepancia del trabajador con el rumbo de la organización y las decisiones de la dirección, conformarían el panorama indiciario, no neutralizado por la empleadora, poniéndose de manifiesto la existencia de un despido en represalia por la expresión libre de sus opiniones.

La Sala Primera, tras afirmar que “en el plano de la legalidad ordinaria la extinción de un contrato temporal por la llegada de su término final puede operar como causa de finali-

zación de la relación laboral [art. 49.1.c) ET]. Su renovación o conversión en otro por tiempo indefinido no resulta en principio obligada, perteneciendo la medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador, salvo que otra cosa se deduzca de los pactos y convenios colectivos a cuyo carácter imperativo y fuerza vinculante se encuentre sujeto” (FJ 3º), efectúa un repaso a la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en relación con la prueba indiciaria y con las exigencias necesarias para que opere lo que impropiamente se viene denominado como “inversión de la carga de la prueba”. El referido pronunciamiento no entra a valorar la posible vulneración de la libertad de expresión y se limita a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación de los derechos en juego, y que ésta se encontraba justificada en términos constitucionales, concluyendo que la misma “estimó, de forma suficientemente motivada, que los hechos que dieron lugar a la decisión extintiva obedecían a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental a la libertad de expresión del ahora quejoso [art. 20.1.a) CE]. Por tanto, ningún reproche cabe hacer, desde esta perspectiva constitucional, a la Sentencia recurrida” (FJ 6º).

También ha sido objeto de atención constitucional el **alcance del derecho de libertad sindical** en el ámbito de la negociación colectiva funcionarial. Éste es el objeto central del debate que resuelve la STC 85/2001, de 26 de marzo [crónica VII.1.B)]. La cuestión debatida es la relativa a si vulnera el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en su vertiente de negociación colectiva, la confirmación por una Sentencia de la legalidad de una resolución administrativa en virtud de la cual una autoridad no accede a entablar un cauce paralelo de negociación no previsto en la Ley de órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas, cuando el Sindicato que se lo solicitó está presente en la Mesa y la cuestión se estaba en ese momento negociando. El referido pronunciamiento, desestimatorio del amparo solicitado, resuelve que “si reúne los requisitos del art. 30 LORAP, el Sindicato tiene derecho a exigir la negociación colectiva en los términos previstos en el capítulo III de la misma (arts. 30 a 38), (...), pero no le asiste el derecho a disponer de un proceso negociador al margen de los procedimientos y cauces establecidos legalmente”, en la medida en que “un Sindicato no puede válidamente pretender obligar a la Administración a abrir un proceso negociador no previsto en la referida Ley” (FJ 6º).

Por su parte, la STC 76/2001, de 26 de marzo [crónica VII.1.C)], examina si la negativa de una empresa a ceder un local a un sindicato para convocar una asamblea para todos los trabajadores fuera de horas de trabajo y cuya finalidad era la de iniciar un procedimiento electoral para elegir a los representantes de los trabajadores, vulnera el derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE. Frente a la pretendida vulneración del art. 28 CE que se achaca por el sindicato a dicha negativa, el TC declara que, en la medida en que el sindicato recurrente en ningún momento demuestra ni aporta ningún panorama indiciario de que realmente haya promovido un proceso electoral, resulta difícil imputar a la empresa su obstaculización y la pretendida vulneración del derecho de libertad sindical. Inexistente todo proceso electoral, el TC acota el verdadero núcleo del litigio antes de proceder a examinar su constitucionalidad. Para el TC la cuestión controvertida no es otra sino la de determinar si cuando un sindicato solicita un local para celebrar una

asamblea con “todos los trabajadores”, aunque sea para tratar del proceso electoral y fuera de horas de trabajo, el empresario necesariamente debe facilitararlo, so pena de incurrir en vulneración de un derecho fundamental. Así centrado el problema, el TC reitera su doctrina sobre el distinto alcance y significado que tiene el derecho de reunión en la empresa, según cuál sea la finalidad y el sujeto convocante recordando que no tienen el mismo relieve constitucional las reuniones “sindicales” que canalizan la organización interna del sindicato y que forman parte del “contenido esencial” de la libertad de sindicación [reguladas por el art. 8.1.b) LOLS], que aquellas otras que hacen posible el derecho de reunión de “todos los trabajadores” independientemente de su afiliación y que, por formar parte del “contenido adicional” de la libertad sindical, únicamente pueden ser convocadas por los sujetos establecidos legalmente, entre los que el legislador no ha incluido al sindicato (STC 168/1996, de 10 de octubre, FJ 6º). En consecuencia, si el sindicato no puede convocar asambleas para todos los trabajadores, no es posible que la negativa empresarial a ceder un local para celebrarlas vulnere el derecho de libertad sindical alegado.

Por otro lado, dos Sentencias han abordado problemas directamente vinculados a la **participación en el proceso electoral**. En primer lugar, la STC 18/2001, de 21 de enero [crónica VII.2.A)], la organización sindical demandante de amparo alegaba la vulneración del derecho reconocido en el art. 28.1 CE porque la resolución judicial impugnada le había impedido participar en el proceso electoral mediante una interpretación rigurosa y restrictiva de los arts 73.4 ET y 5.3 RD 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprobó el Reglamento de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, declarando la falta de legitimidad de los candidatos que habían sido designados como miembros de la Mesa, a pesar de haber renunciado previamente a dicho cargo antes de presentarse la candidatura en la que se integraron. No obstante, el Tribunal Constitucional desestimó el amparo solicitado puesto que “si se tiene en cuenta el dato de la similitud temporal entre la renuncia y la presentación de la candidatura en ese ultimísimo momento del plazo, no existe base suficiente para sostener que la Sentencia recurrida [...], pueda tacharse de irrazonable (FJ 5º), puesto que persistía la incompatibilidad prohibida por la ley”. De ella discrepó el Magistrado Sr. Viver Pi-Sunyer.

En segundo lugar, la STC 44/2001, de 12 de febrero [crónica VII.2.A)], el Tribunal otorgó el amparo solicitado por quien estimaba vulnerado su derecho a la libertad sindical, alegando que había sido despedida con el único fin de impedir que pudiese presentarse como candidata a las elecciones sindicales. Un despido que, además, había sido utilizado por la empresa, antes de confirmarse judicialmente su legalidad, para rechazar la candidatura de un sindicato en la que figuraba. El Tribunal considera que “el órgano judicial sabía perfectamente que en el proceso por despido, o bien se confirmaría la procedencia del despido, en cuyo caso la recurrente no reúne el requisito de ser trabajadora de la empresa a la fecha de proclamación de las candidaturas, o bien (como finalmente sucedió), se declararía nulo el despido, y en tal caso la recurrente sí cumple el referido requisito a la indicada fecha, dada la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad radical del despido”, circunstancia que “hubiese justificado que el órgano judicial, a fin de evitar la

probable consumación de la lesión de un derecho fundamental, hubiese hecho uso de la facultad de suspender el juicio prevista en el art. 83.1 LPL o acordado cualquier otra medida, tal como la suspensión del plazo para dictar sentencia hasta conocer lo que finalmente se llegase a declarar en el proceso por despido” (FJ 6º). En suma, para la Sala Primera, el Juzgado de lo Social que conocía acerca de la licitud del rechazo por la Mesa de dicha candidatura electoral, “antes de dictar sentencia en el procedimiento de impugnación del laudo arbitral”, debió considerar “la incidencia que innegablemente podía tener en su decisión el resultado de la impugnación del despido de la actora, habida cuenta de que se alegan indicios de discriminación sindical” (FJ 7º).

Extraordinario interés ofrece desde la perspectiva procesal la STC 10/2001, de 29 de enero [crónica XII.4.A)], en la misma se examina si vulnera el art. 24.1 CE el archivo de una demanda por despido discriminatorio cuando no se ha interpuesto previamente la conciliación administrativa y se impugna en reposición el requerimiento judicial de que se subsane este defecto. En el caso concreto, la trabajadora fue despedida porque su situación familiar era incompatible con el trabajo contratado. Al considerar discriminatorio dicho despido, la trabajadora interpuso demanda por despido pero sin realizar la obligatoria conciliación previa al entender que la misma no era necesaria por estar en juego derechos fundamentales. Ante el defecto procesal, el Juez de lo Social le otorga un plazo para subsanarlo y le advierte que, de no hacerlo, archivará la demanda. Esta decisión judicial es recurrida por la trabajadora en reposición, pero el recurso se inadmite por Auto sobre la base de lo preceptuado en los arts. 64 y 182 LPL, declarándose al mismo tiempo el archivo de las actuaciones al haber transcurrido el plazo de quince días otorgado inicialmente. Aunque el TC reconoce que no le corresponde resolver en abstracto sobre la interpretación legal que debe prevalecer en punto a la paralización o no de los plazos cuando la interposición de un recurso de reposición confluye con el tiempo hábil para cumplir el requerimiento de subsanación de la demanda, declara que, en este caso concreto, debe censurar la resolución impugnada por lesionar el art. 24.1 mediante una rigurosa interpretación del plazo de subsanación del art. 81.2 LPL. En particular, el TC señala que la interpretación judicial ha desatendido la trascendencia del litigio sustantivo (despido discriminatorio) y la dimensión constitucional del problema sustanciado en reposición, que, por estar ligada a los derechos fundamentales y por la legítima opción de la parte de cuestionar el mandato judicial de realizar una conciliación administrativa previa, imponía su solución judicial como exigencia previa a un imperativo de cumplimiento. En definitiva, el TC declara incorrecto que el Juzgado de lo Social considerase que el recurso de reposición contra la providencia de advertencia de defectos y apercibimiento de archivo no interrumpiera el plazo de subsanación concedido a la parte. Frente a la posición mayoritaria, la STC 10/2001 contiene un muy razonado voto particular del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas en el que se discrepa de los antecedentes y, como natural efecto, también de la solución adoptada.

En otro orden de cosas, pero también definiendo el alcance del art. 24 CE, es doctrina constante del Tribunal Constitucional que aquellos defectos que originan el archivo de la demanda exigen ponderar, conforme a criterios de proporcionalidad, el defecto observado y su entidad real, equilibrio que obliga a tener en cuenta, de un lado, la finalidad que

cumple el requisito formal en cuestión y, de otro, la imposibilidad de que su incumplimiento o cumplimiento defectuoso opere, sin más, al margen de su trascendencia efectiva en el proceso. En línea con lo en su día establecido por la STC 112/1997, de 3 de junio (FJ 3º), resuelve ahora la STC 75/2001, de 26 de marzo [crónica XII.6.B)]. En el caso concreto, la recurrente en amparo había sido contratada por una empresa de limpieza siendo destinada a la prestación de servicios de limpieza en una Comunidad de Propietarios. Concluido el período de duración de la contrata, dicha actividad comenzó a desarrollarse por una nueva empresa que procedió al despido de la actora. Ésta dirigió su demanda contra la última intentando en plazo el acto de conciliación. Igualmente, y *ad cautelam*, se dirigió contra la Comunidad de Propietarios requiriéndole el juzgado para que cumpliera, en relación con ella, el requisito de conciliación. Al incumplirse el mismo, procedió al archivo de la demanda. El Tribunal otorga el amparo al considerar que la decisión judicial de archivar la demanda, por no haberse subsanado los defectos apreciados frente a otra demandada cuya presencia en el proceso resultaba irrelevante, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. De este modo, considera el Tribunal que, si bien “la finalidad del citado trámite es la de evitar el proceso a través de la consecución de un acuerdo entre la empresa y el trabajador, aquel objetivo quedó perfectamente cumplido al intentarse la conciliación previa con la entidad (...), que fue precisamente la empresa que comunicó el despido. Sin embargo, la falta de cumplimiento del mencionado trámite respecto de la Comunidad de Propietarios no hubiera podido lograr en modo alguno tal cometido, ya que, al no existir relación laboral entre esta Comunidad y la recurrente, nunca hubieran podido alcanzar una avenencia capaz de evitar el proceso por despido”, finalmente, la sentencia considera desproporcionada la decisión de archivo.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina.

Un apunte crítico*

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

Sumario:

1. La resolución del contrato de trabajo y la unificación de doctrina. 2. Acción resolutoria y vigencia del contrato. 3 El incumplimiento empresarial determinante de la resolución. A) El impago o el retraso en el pago de los salarios: objetividad y gravedad del incumplimiento. B) Modificaciones sustanciales y resolución del contrato. C) Algunos supuestos incluidos en el apartado c) del número 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. **4. La indemnización y su carácter excluyente y tasado: discrepancias entre el orden social y el civil. 5. Un balance crítico.**

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La doctrina unificada sobre la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario no es muy amplia. Ello se debe sin duda a que, como en el caso de los despidos disciplinarios, resulta difícil acreditar la necesaria igualdad de hechos que determina la existencia de contradicción y, por tanto, la admisión a trámite de los recursos de casación para la unificación de la doctrina. La decisión sobre si la actuación empresarial reúne las características precisas para justificar la resolución indemnizada del contrato depende de las circunstancias que concurren en cada caso particular. Así lo ha señalado la Sala Cuarta en su Sentencia de 11 de marzo de 1992 (RJ 1635), en la que afirma que “la determinación de si el incumplimiento del empresario es grave o no, la especificación de que las modificaciones sufridas son o no sustanciales, y más aun si redundan o no en perjuicio de la formación profesional del interesado o en menoscabo de su digni-

(*) Este trabajo forma parte del libro “La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina” de Aurelio DESDENTADO BONETE y Ana de la PUEBLA PINILLA, que será publicado próximamente por Lex Nova.

dad, o incluso la decisión de si el impago de haberes es trascendente a estos efectos, son todas ellas cuestiones de carácter absolutamente particular e individualizado, en las que es casi imposible establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos”¹.

La dificultad de establecer la identidad sustancial de las controversias cierra así en muchos casos el acceso al recurso, impidiendo la unificación en una materia en la que las decisiones dependen por lo general de la valoración de circunstancias individualizadas. Pero, pese a ello, hay un grupo de sentencias que han ido abordando los problemas principales de la resolución, que no siempre se desvanecen en el casuismo. El análisis de esas sentencias es el objeto de este trabajo.

2. ACCIÓN RESOLUTORIA Y VIGENCIA DEL CONTRATO

El art. 50 ET regula la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario, que se relaciona como tal causa extintiva en el art. 49.1 ET. Es, en principio, un supuesto de resolución por incumplimiento, un despido “al revés”, aunque la afirmación debe matizarse, porque, como ha destacado la doctrina científica, mientras que el art. 54.1 ET exige el carácter “grave y culpable” del incumplimiento del trabajador, en la resolución “la gravedad y aún la culpabilidad del incumplimiento empresarial dejan de exigirse con el mismo rigor”². Se considera también una resolución judicial, pues el precepto citado se refiere a “las causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato”³ y, por ello, se afirma que la sentencia que acuerda la resolución tiene carácter constitutivo⁴, a diferencia de lo que ocurre con el despido o la dimisión, en los que la declaración de voluntad del empresario o del trabajador basta para producir el

(1) Esta dificultad se pone de manifiesto también en la STS de 7 de mayo de 1992 (RJ 3518) y en los Autos de 4 de diciembre de 1992 (RJ 10058) y 30 de abril de 1996 (RJ 4141). Vid. A. DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en la unificación de doctrina” en AAVV, *Estudios en homenaje al Profesor Dr. D. Luis Enrique de la Villa Gil*, de próxima publicación por Lex Nova.

(2) M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 484. Las ambigüedades del art. 50 ET han provocado importantes diferencias en la aplicación judicial y posiciones encontradas en la doctrina científica, que quedan ejemplificadas en dos trabajos fundamentales en la materia. En “Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores” (en AAVV, *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, 1990), BORRAJO sostiene que el art. 50 ET regula la resolución del contrato de trabajo por un incumplimiento culpable en completa simetría con el art. 54 del ET, con lo que la clave del precepto sería el apartado c) del número 1, en el que hay un reconocimiento de la culpabilidad al excluir los supuestos de fuerza mayor. Para DURÁN, en “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido” (RL 1990, Tomo I págs. 366 y ss.) la simetría del art. 50 ET es doble con los arts. 52 y 54 ET y, en consecuencia, hay causas de resolución culpabilísticas (las del apartado c) y objetivas [las de los apartados a) y b)]. Por la exigencia de culpabilidad se pronuncian también I. ALBIOL MONTESINOS (“La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, en AAVV, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo IX, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1983, págs. 196 y 197) y M. GARCÍA FERNÁNDEZ (“La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, Universidad de Palma de Mallorca, 1983, págs. 86 y 87).

(3) Vid. no obstante, la evolución que describe ALBIOL (*op. cit.*, págs. 197-203): inicialmente en la LCT la resolución no era necesariamente judicial; el giro hacia la resolución se inicia con el art. 21.2 LRL.

(4) Siempre que haya conflicto entre el empresario y el trabajador. Si no lo hay, nada impide que se produzca la resolución (STS, Sala Cuarta, 14 de julio de 1994, RJ 6663).

efecto extintivo⁵. Esta construcción responde sin duda a una finalidad tuitiva que tiende a evitar que la decisión del trabajador de resolver el contrato acabe produciendo una extinción no indemnizada cuando no es aceptada judicialmente⁶. Pero esta prevención ha creado otros problemas; en especial, la exigencia –bastante inconveniente– del mantenimiento de la prestación de trabajo durante la tramitación del proceso hasta que se produzca una sentencia firme, lo que puede suponer varios años en caso de recurso. Esta situación ha tratado de superarse con una solución ecléctica: una regla general –el mantenimiento de la vigencia del contrato de trabajo– y unas excepciones que dispensan del cumplimiento de las obligaciones laborales en los supuestos en que las inconveniencias pueden ser más graves (situaciones vejatorias para la dignidad del trabajador, perjuicio relevante para la formación profesional, impago absoluto y continuado de los salarios, ...) Pero la solución es insegura y en ocasiones de difícil instrumentación técnica.

La doctrina de unificación sigue insistiendo en que para que pueda acordarse la resolución del contrato de trabajo es necesario que el contrato esté vigente⁷. Así es, desde luego, porque no cabe resolución de un contrato extinguido. Pero esto sólo exigiría que el contrato estuviera vigente en el momento del ejercicio de la acción resolutoria⁸. El problema es el mantenimiento de la vigencia y de la efectividad de las prestaciones del contrato hasta la sentencia firme.

Esta cuestión se suscitó abiertamente en la casación ordinaria, donde se produjeron dos posiciones. La tradicional, partidaria de la continuidad del vínculo con todas sus consecuencias, está representada por la STS de 12 de julio de 1989 (RJ 5461). En el supuesto decidido el trabajador había obtenido una sentencia en la instancia que acordaba la resolución, pero esta decisión fue recurrida por la empresa. El trabajador dejó de asistir al trabajo; la empresa le requirió para que se reincorporara y, como el requerimiento no fue admitido, la empresa

EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO UN PROBLEMA QUE SE PLANTEA ES EL CARÁCTER CONSTITUTIVO O DECLARATIVO DE LA RESOLUCIÓN QUE RECAE EN ESTE TIPO DE PROCESOS, PUES DE ELLO DEPENDE LA SUBSISTENCIA O NO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE LA RELACIÓN LABORAL

(5) En el sistema civil ya no rige la exigencia del carácter necesariamente judicial de la resolución. Vid L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, págs. 703 y 722.

(6) A. DE MIGUEL LORENZO, *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 119.

(7) STS, Sala cuarta, 23 de abril de 1996 (RJ 3403), Auto 11 de marzo de 1998 (RJ 2561) y STS, Sala cuarta, de 8 de noviembre de 2000 (r. 970/2000).

(8) El problema del plazo para el ejercicio de esta acción fue un problema debatido en los últimos años de la casación ordinaria, en la que se optó por la aplicación del plazo de prescripción del art. 59.1 ET con exclusión de la caducidad (SSTS de 5 de febrero de 1990, RJ 820, y 12 de marzo de 1990, RJ 2052-2053).

consideró extinguido el contrato de trabajo por dimisión y con carácter subsidiario despidió al trabajador por ausencias injustificadas. La Sentencia 12 de julio de 1989 aprecia la existencia de dimisión, porque, al no ser firme la sentencia que acordó la resolución, la negativa a reincorporarse al trabajo equivalía a una voluntad de extinguir el contrato, aparte de que en otro caso sería procedente el despido por la falta de justificación de las ausencias⁹.

La segunda posición es la de la STS 3 de junio de 1988 (RJ 5210), que acepta un elemento corrector reconociendo la posibilidad de una decisión del trabajador a favor de la no continuidad de las prestaciones del contrato con la asunción del consiguiente riesgo. Se trataba de otro cruce de acciones de resolución del contrato y despido. El trabajador había obtenido una sentencia favorable en la instancia en el caso de la resolución, por lo que dejó de prestar servicios, reaccionando la empresa con el despido, que en este caso fue declarado sin efectos por la sentencia de instancia dictada en el pleito de despido. La Sentencia de 3 de junio de 1988 rechaza el recurso de la empresa, que denunciaba la infracción del art. 227 de la LPL de 1980 inaplicable al caso¹⁰, y añade que “la falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso contra sentencia que, estimando pretensión del trabajador, declarara la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso, correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador la asunción de tal posible riesgo”. Lo que viene a decir la sentencia es que el trabajador realiza en realidad una apuesta. Si continúa prestando servicios, tiene una garantía plena de conservación del contrato, pero debe soportar los efectos de una relación que quiere extinguir, aunque con indemnización y acceso a las prestaciones de desempleo. Puede optar, sin embargo, por excluir la continuidad de la ejecución de las prestaciones del contrato, aunque no exista sentencia firme aprobando la resolución, pero en tal caso corre el riesgo de que, si se revoca el pronunciamiento favorable a la resolución del contrato de trabajo, éste haya quedado extinguido sin indemnización por una especie de desistimiento tácito¹¹.

(9) Adviértase, sin embargo, la dificultad de coordinar las decisiones en los dos pleitos. En el caso de la sentencia comentada no había problema de coordinación, pues por STS de 5 de noviembre de 1987 (RJ 7818) se había revocado la de instancia, desestimando la demanda de resolución. El problema se suscita en el caso en que la resolución del contrato con condena al abono de la indemnización adquiere firmeza antes de la decisión sobre el despido ¿Cabe oponerse en este caso a la ejecución de la sentencia del pleito de resolución del contrato? Parece que no, especialmente cuando se trata de un incumplimiento empresarial anterior al eventual incumplimiento del trabajador.

(10) Este artículo establecía que “cuando en los juicios donde se ejerciten acciones derivadas del despido o de decisión extintiva de las relaciones de trabajo, la sentencia de la Magistratura declare su nulidad o improcedencia y el empresario interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna”. La sentencia valora también la existencia de un auto firme de la Magistratura de Trabajo que había suspendido las obligaciones del contrato de trabajo que se había declarado resuelto durante la tramitación del recurso.

(11) Para una crítica de esta solución Vid. C.VIQUEIRA PÉREZ, *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 122-126.

Resolución del contrato por incumplimiento del empresario

La cuestión volvió a plantearse en unificación de doctrina con la STS, Sala Cuarta, de 23 de abril de 1996 (RJ 3403)¹². Ésta, después de examinar las dos posiciones a que se acaba de hacer referencia, señala que el problema consiste en determinar “el carácter declarativo o constitutivo de la resolución que recae en este tipo de proceso, dado que de ello depende la subsistencia o no durante la sustanciación del recurso de la relación laboral”. Se considera que “si la sentencia tiene un carácter meramente declarativo, como ocurre en el supuesto del despido, la relación quedaría extinguida desde el momento de la demanda —únicamente sería preciso que estuviese viva en el momento de ésta— y la prestación de servicios por el trabajador no sería un derecho, ni tampoco una obligación, de éste”. Por el contrario, si “se atribuye a la sentencia un carácter constitutivo, la relación continuará subsistente mientras no adquiera firmeza y en este caso tendrá el trabajador el derecho, y también la obligación, de continuar ocupando su puesto de trabajo en tanto no se resuelva el recurso pendiente”. La sentencia reconoce el carácter constitutivo de la decisión judicial que acuerda la resolución¹³ e insiste en el criterio tradicional de que “salvo casos excepcionales lo que el trabajador debe hacer es solicitar la rescisión del contrato laboral, sin abandonar el puesto de trabajo, dado que la extinción del contrato se da en el caso de que en sentencia firme se estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a ella, pero no antes de hacerse este pronunciamiento”.

La premisa es correcta, pero la conclusión es cuestionable y no se salva con el reconocimiento de las excepciones, pues la concurrencia de éstas es siempre insegura y su instrumentación difícil. DURÁN propuso en 1990 una solución consistente en mantener durante la tramitación del proceso la vigencia de la relación, pero con posibilidad de suspenderla y en este caso reabrir el derecho a la reincorporación al trabajo si se revocara el pronunciamiento de instancia que acordó la resolución¹⁴. Se ha objetado que esta suspensión no está prevista y que no cabe ejecución provisional¹⁵. Pero la propuesta es acertada y no se trata de un problema de ejecución provisional, porque la sentencia constitutiva no es susceptible de ejecución (art. 521 LEC)¹⁶. Por otra parte, la suspensión,

(12) El caso decidido es justo el contrario de los anteriores. Aquí los trabajadores habían obtenido también una sentencia de instancia favorable en el pleito de resolución del contrato, que había sido recurrida por la empresa. Pero era ésta la que les dio de baja por lo que demandaron por despido. La STS, Sala Cuarta, de 24 de abril de 1996, confirma que la baja es un despido improcedente.

(13) Cita en el mismo sentido como precedentes las SSTs 22 de octubre de 1986 (RJ 5878), 26 de noviembre de 1986 (RJ 6516), 12 de julio de 1986 (RJ 5461) y 18 de julio de 1990 (RJ 6425). Esta doctrina se ha reiterado por la STS, Sala Cuarta, de 8 de noviembre de 2000 (r. 970/00) que, para decidir sobre el período de ocupación cotizada a efectos de desempleo, declara que salvo casos excepcionales no cabe que el trabajador “resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión (...) sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme”.

(14) F. DURÁN LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 375. En el mismo sentido M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (*op. cit.*, pág. 213), aunque reconociendo la necesidad de un cambio jurisprudencial.

(15) A. DE MIGUEL LORENZO, *op. cit.*, pág. 124-126. Vid. también VIQUEIRA PÉREZ, *op. cit.*, págs. 116-119.

(16) La ejecución está reservada a la sentencia declarativa de condena. Para las sentencias constitutivas se habla de ejecución impropia que se agota en la inscripción en los registros en los términos previstos en el art. 521.2 LEC (V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA y V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Colex, Madrid, págs. 454 y 455). En realidad, como señala ZAFRA VALVERDE (*Sentencia constitutiva y dispositiva* Rialp, Madrid, 1962, págs. 196 y 207) la sentencia constitutiva tiene una eficacia jurídico-material directa, pero que sólo comienza con la firmeza. Lo que sucede es que la sentencia dictada en el pleito de resolución del contrato sí que contiene, cuando es estimatoria, además del constitutivo un pronunciamiento de condena, que puede ser objeto de ejecución provisional, lo que no deja de resultar paradójico.

aunque no esté prevista en la norma laboral sustantiva, puede tener amparo en la legislación procesal. En realidad, el problema es más fácil de resolver en el marco de la nueva LEC, pues la suspensión puede adoptarse como medida cautelar (arts. 726 y 727 LEC)¹⁷ y el recurso a la misma se justifica como una vía para asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva (art. 721 LEC), que en otro caso quedaría gravemente comprometida si el trabajador tiene que continuar en su puesto de trabajo durante toda la tramitación del proceso o afrontar una vía de hecho insegura que puede comprometer el resultado final de la acción ejercitada¹⁸. Por otra parte, esta solución instrumental podría combinarse con la aceptación del ejercicio extrajudicial de la acción resolutoria, como ocurre en el ámbito civil y en el ámbito laboral con el despido y con las resoluciones objetivas “menores”¹⁹. El trabajador podría acordar directamente la resolución y, si el empresario no la aceptase, la sentencia declarará si la resolución acordada es o no correcta, determinando, en su caso, las consecuencias indemnizatorias. Correspondería al trabajador optar entre la resolución judicial –más segura en términos de conservación del empleo en caso de sentencia desestimatoria– y la extrajudicial, con el riesgo en este último caso de que se consolide el efecto extintivo si la sentencia es desestimatoria, pues es difícil en este supuesto imponer al empresario, que ha ganado el pleito, una obligación de readmitir.

3. EL INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DETERMINANTE DE LA RESOLUCIÓN

A) El impago o el retraso en el pago de los salarios: objetividad y gravedad del incumplimiento

No es fácil por ya dicho que los problemas de calificación del incumplimiento empresarial accedan a la unificación de doctrina²⁰. Con todo, hay algunos pronunciamientos de interés que pueden tener un alcance general. Uno de ellos se refiere a la causa del apartado b) del número 1 del art. 50 ET: la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado. Entre las dos opciones –la objetivación del incumplimiento y la exigencia de la

(17) Ésta fue la solución que se adoptó por auto de la Magistratura de Trabajo en el caso decidido por la STS de 3 de junio de 1988 (RJ 5210).

(18) Dados los términos de los arts. 726.2 y 727 LEC, las medidas cautelares pueden aplicarse a las sentencias constitutivas, porque aquéllas ya no tienen por función la garantía de la efectividad de la ejecución de la sentencia, sino la garantía de la efectividad de la tutela judicial (M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 136-138). En los procesos matrimoniales por separación, divorcio y nulidad, en los que se dictan sentencias constitutivas, vemos que se prevén medidas provisionales previas a la demanda o al formularse ésta (arts. 771, 772 y 773 LEC en relación con los arts. 102 y 103 CC). Estas medidas permiten resolver situaciones en las que también se plantea la necesidad de suspender determinados efectos de un vínculo que continúa vigente hasta que se dicte una sentencia firme. Sobre la aplicación al proceso social de las medidas cautelares de la nueva LEC Vid. B. CEA AYALA, A. DESDENTADO BONETE y E. PALOMO BALDA, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso social*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2001, págs. 194-201.

(19) No es ésta una solución cerrada por la ley, pues la ambigüedad de ésta permitiría combinar las dos soluciones [“solicitar” la resolución, según el art. 50.1. ET o extinguir por voluntad del trabajador el contrato, según el art. 49.1.j) ET].

(20) Para un completo estado de la cuestión en relación con las distintas causas de resolución tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica es esencial el trabajo de M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. En torno al artículo 50” en REDT, núm. 100/2000.

Resolución del contrato por incumplimiento del empresario

culpa— la doctrina de la casación ordinaria, no sin algunas vacilaciones²¹, parecía orientarse a favor de la segunda²². Pero la doctrina de unificación ha reaccionado claramente a favor de la objetividad. La STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 1992 (RJ 1870), señala que “la extinción del contrato por esta causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo” y para ello razona a partir de la incidencia de las situaciones de crisis económica: “si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, no puede eludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa”. Para la sentencia “es indiferente, dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial”²³. El criterio se reitera en las SST, Sala Cuarta, de 29 de diciembre de 1994 (RJ 10522)²⁴, 28 de septiembre de 1998 (RJ 8533)²⁵ y 25 de enero de 1999 (RJ 898).

En realidad, para abordar el problema de la culpa hay que distinguir dos perspectivas: la del incumplimiento de la prestación debida y la de la actuación de ese incumplimiento como una causa de extinción, ya no de la obligación, sino del vínculo contractual²⁶. La primera mira al pasado y en ella la defensa del cumplimiento de la obligación es más enérgica y se refuerza con la presunción del culpa (arts. 1183 y 1105 CC), de forma que en la

LA CRISIS ECONÓMICA EN LA EMPRESA NO JUSTIFICA NUNCA EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RETRIBUIR EL TRABAJO, PORQUE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR UNA SUMA DE DINERO ES SIEMPRE POSIBLE Y LA INSOLVENCIA SIN CULPA DEL DEUDOR NO EXIMEN AL EMPRESARIO DEL CUMPLIMIENTO

(21) F. DURÁN LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 367, OLEA y CASAS, *op. cit.*, pág. 486.

(22) SSTs de 4 de diciembre de 1986, RJ 7278, 7 de abril de 1987, RJ 2369 y 2370, 24 de octubre de 1988, RJ 8143. Son, además, numerosas las sentencias que se refieren a la exigencia de una “voluntad empresarial rebelde al cumplimiento” en la línea de la doctrina civil: SSTs de 15 de enero de 1987 (RJ 38), 26 de noviembre de 1990 (RJ 8605), 3 de diciembre de 1990 (RJ 9748) y 6 de junio de 1991 (RJ 5135).

(23) *Id.* el comentario a esta sentencia de M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *op. cit.*, págs. 1.079 y 1.081, que acepta la posición objetivista, pero apunta posibles correcciones por la vía del abuso del derecho.

(24) Esta sentencia introduce un razonamiento complementario sobre la exclusión de un abuso de derecho en los demandantes en atención a que existían otros trabajadores que habían sufrido impago en el marco de una situación de crisis económica de la empresa. Se razona que “la diligencia manifestada por los hoy recurrentes al pedir la resolución indemnizada de sus contratos de trabajo por el impago salarial que sufrían, que abarcaba un período tan amplio como el comprendido entre septiembre de 1992 y enero de 1993, incluida la correspondiente paga extraordinaria, no es demostrativa, por sí sola, de un uso abusivo del mencionado derecho, ya que la atonía de otros trabajadores, también perjudicados por dicho impago, no puede impedirles el ejercicio de sus acciones individuales”, mientras que “la empresa hoy recurrida pudo enervar la acción interpuesta promoviendo expediente de regulación del empleo”.

(25) Para esta sentencia es indiferente que el impago o retraso continuado venga determinado por la mala situación económica de la empresa.

(26) En el caso del art. 50.1.b) ET el ejemplo es muy claro: por una parte, la obligación del empresario de retribuir el trabajo prestado y, por otra, el incumplimiento de esa obligación como causa para resolver el contrato con derecho a percibir una indemnización.

práctica, pese a ese concepto “picwickiano” de culpa, el deudor responde “por haberse obligado y no poder demostrar la existencia de un hecho que lo exonere de la obligación”²⁷. Siguiendo con el ejemplo del art. 50.1.b) ET, es claro que una crisis económica de la empresa no justificaría el incumplimiento de la obligación de retribuir el trabajo²⁸, porque la obligación de entregar una suma de dinero es siempre posible y la insolvencia o las dificultades económicas, sin culpa del deudor, no le eximen del cumplimiento, hasta el punto de que se ha dicho expresivamente que “la insolvencia significa culpabilidad”²⁹.

Pero la situación cambia si el problema se examina desde la perspectiva de la extinción indemnizada —e indemnizada al máximo— de la relación laboral. Aquí el paralelismo con el despido disciplinario se impone con fuerza³⁰. Como se ha dicho con acierto, en el art. 50 ET la óptica dominante es la perspectiva del deudor, “su posibilidad o no de cumplir y, sobre todo, de la concurrencia o no en el caso de una conducta rechazable”, que se conecta con “la represión de conductas empresariales que cabría calificar como especialmente peligrosas”³¹. Pues bien, desde esta perspectiva, y en el marco de una resolución de futuro que no es incompatible con la exigencia del cumplimiento de la obligación³², parece que las circunstancias a las que se debe el incumplimiento deberían ser ponderadas de la misma forma que lo son en supuestos similares (despidos objetivos, resoluciones de los artículos 40 y 41 ET). No se trata de excluir la resolución, sino de moderar sus consecuencias en el plano de la indemnización, evitando conductas estratégicas que pueden acabar perjudicando al conjunto de los trabajadores³³ y logrando una mayor

(27) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., Tomo I; vol. II, págs. 409-412 y 424. PUIG BRUTAU destaca que los sistemas continentales han estado fundados en una concepción culpabilística de la responsabilidad del deudor frente al signo más objetivo del *common law*, pero como explica LARENZ, los dos sistemas coinciden en resultados prácticos comunes, pues los jueces del *common law* han ampliado los supuestos que excusan el incumplimiento y los tribunales continentales han limitado el juego de la exigencia de culpa.

(28) Aparte de que, cuando la prestación de trabajo se ha realizado, el empresario está en mora (art. 1100.2º CC) y no se exonera del cumplimiento por el caso fortuito (art. 1096.3º CC).

(29) J. PUIG BRUTAU, págs. 362, 363 y 435, con contundente cita de LARENZ: “toda persona es responsable de su solvencia”.

(30) La tesis de DURÁN sobre la inclusión en el art. 50 ET no sólo de la resolución culpable, sino también de la objetiva se enfrenta a la objeción de que mientras el despido objetivo —colectivo o no— tiene una indemnización de veinte días por año de servicios, la indemnización del art. 50 es siempre la del despido disciplinario improcedente, que tiene además una finalidad más sancionadora de la ruptura injustificada del vínculo que propiamente reparadora. La resolución objetiva está regulada en los arts. 40.1.4º y 41.3.2º ET. Ésta es además la solución más razonable en términos de equidad, pues no debe tener la misma sanción una resolución que implica un incumplimiento culpable que otra que responde a una decisión del empresario objetivamente justificada. Es cierto que el art. 41.3.2º ET salva la aplicación del art. 50 ET, pero el precepto puede entenderse como una referencia a los casos de modificaciones no justificadas.

(31) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 138.

(32) A. DE MIGUEL LORENZO, *op. cit.*, pág. 87. La doctrina de la casación ordinaria es también clara en este sentido, como muestran las SSTs de 3 de noviembre de 1988 (RJ 8514) y 6 de mayo de 1991 (RJ 4169): “la acción resolutoria del contrato y otra de reclamación de cantidad referida a los mismos conceptos que asienta su alegación de incumplimientos empresariales (...) son de suyo compatibles”.

(33) Para los problemas de coordinación entre las acciones de resolución del contrato y la tramitación de un expediente de regulación del empleo, *Vid.* las sentencias que cita B. PENDAS DÍAZ (*La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Acarl, Madrid, 1992, págs. 36 y 37). En las situaciones de crisis suele ocurrir que los trabajadores con mayor información se anticipen ejercitando acciones resolutorias para obtener indemnizaciones superiores al resto de la plantilla que sigue la suerte del expediente. Los órganos judiciales reaccionan excluyendo las resoluciones instadas después de la iniciación del expediente (SSTS de 12 de mayo de 1988, RJ 4234, y 22 de diciembre de 1988, RJ 9899), pero el remedio no sirve cuando el ejercicio es anterior al expediente. *Vid.* sobre este punto NOGUEIRA GUASTAVINO, *op. cit.*, págs. 1.080 y 1.081.

Resolución del contrato por incumplimiento del empresario

armonía en las soluciones aplicables a situaciones similares que no deberían tratarse de forma distinta. No se trata ya de un problema de culpa, sino de justificación relativa del incumplimiento empresarial en términos de la gravedad del reproche frente a la conducta que fundamenta la resolución. En el ámbito laboral, la existencia de una indemnización específica de la ruptura del vínculo y la proyección futura de éste, determina que la sanción del ilícito empresarial predomine sobre la defensa del interés lesionado³⁴. El problema consiste en que la resolución objetiva ha tenido una recepción muy limitada en nuestro ordenamiento, en el que no es posible instar una resolución de trabajo “objetiva”, con una indemnización de veinte días de salario en casos como los retrasos del pago de salarios por situaciones de crisis. El sistema actual impone una opción demasiado radical entre la resolución con indemnización máxima o la dimisión. Las oscilaciones judiciales entre “subjetivismo” y “objetivismo” son, en gran medida, el reflejo de una regulación legal insatisfactoria.

El segundo punto se refiere al alcance del incumplimiento que justifica la extinción. Aquí la doctrina jurisprudencial presenta mayor continuidad y viene exigiendo que la falta de pago o el retraso continuado³⁵ sean graves. La STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 1992 (RJ 1870) establece que es preciso que “el impago o demora sea debido a culpabilidad de la empresa” y en el mismo sentido insisten las SST, Sala Cuarta, de 29 de diciembre de 1994 (RJ 10522), 25 de septiembre de 1995 (RJ 6892) y 25 de enero de 1999 (RJ 898). Esta última aclara que para apreciar la gravedad debe partirse de “un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)”³⁶. El criterio cuantitativo³⁷ y el temporal permiten ponderar los distintos supuestos. Así la STS de 25 de enero de 1999 (RJ 898) estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y declara resuelto el contrato de trabajo de los recurrentes en un supuesto en el que la empresa satisfacía ordinariamente los salarios con un retraso medio de 29 días y, asimismo, pagaba igualmente con retraso las pagas extraordinarias. También la STS, Sala Cuarta, de 28 de septiembre de 1998 (RJ 8553) aprecia gravedad en el incumplimiento empresarial consis-

(34) Sobre estas dos funciones de la resolución Vid. L. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 704-705. DíEZ-PICAZO se inclina por la defensa de la parte que padece el incumplimiento, porque es ésta la que “sufre la inejecución del programa de prestación” y ya no tiene razones para “continuar vinculada, y verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo”. Pero esto no es lo que sucede en el ámbito laboral. A diferencia del supuesto general del art. 1124 CC, el trabajador puede exigir el cumplimiento de la contraprestación salarial que retribuye el trabajo prestado y resolver el contrato; hay, además, dos indemnizaciones de daños: una por el incumplimiento (interés de mora) y otra por la extinción del vínculo (los 45 días por año de servicio). Por otra parte, la posibilidad de “salir” de una relación en la que el trabajador ya no tiene interés siempre está garantizada para éste en el ordenamiento laboral, sin perjuicio del cumplimiento –voluntario o forzoso– de las obligaciones correspondientes al periodo de vigencia del vínculo contractual. En realidad, mientras que la resolución civil está en función de la defensa del cumplimiento del contrato, la resolución laboral es una defensa frente a una extinción provocada, en la que, como en el despido, hay que valorar la justificación de la conducta frente a la que se reacciona.

(35) La falta de pago es una obligación que no se ha cumplido, los retrasos suponen una serie de obligaciones salariales que se han cumplido, pero que lo han sido extemporáneamente.

(36) En el supuesto decidido la empresa “satisfacía ordinariamente los salarios con un retraso medio de veintinueve días y, además, abonó con, aproximadamente, 624 días de demora la paga de marzo de 1995, con 259 días la de marzo de 1996, con 136 días la extra de julio de 1996, con 109 días la de agosto de 1996, con 74 días la de septiembre de 1996 y con 49 días la de octubre 1996”.

(37) Este criterio debe entenderse en sentido relativo en función de las remuneraciones percibidas por el trabajador.

tente en continuados y reiterados retrasos en el abono de las pagas extraordinarias. Por el contrario, el retraso en el pago de tres meses de salario, por sí solo, no alcanza la duración y gravedad suficientes para justificar la resolución contractual postulada por el trabajador, máxime cuando se trata del único retraso producido en una relación laboral de más de veinte años y que la empresa trató de solventar en el acto de conciliación (STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 1995, RJ 6892).

B) Modificaciones sustanciales y resolución del contrato

La causa del apartado a) del art. 50.1 del ET, que mantuvo un amplio acceso a la casación ordinaria, especialmente en sus últimos años³⁸, ha tenido una entrada muy limitada en la unificación de doctrina, sin duda por el peso del casuismo frente a la exigencia de identidad de las controversias a efectos de la contradicción. De esta forma, los grandes enigmas de esta causa de resolución han quedado, por el momento fuera de la unificación de doctrina³⁹.

Con todo hay que citar la STS, Sala Cuarta, de 8 de febrero de 1993 (RJ 749), que decide un caso relativamente sencillo sobre una modificación de horario sin autorización administrativa⁴⁰. La sentencia establece que la extinción del contrato de trabajo que auto-

(38) Vid. las sentencias que citan M. RODRÍGUEZ -PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (op. cit., págs. 162-166). La mayoría de las sentencias se refieren a modificaciones funcionales: las típicas degradaciones.

(39) Los principales enigmas son dos y vale la pena detenerse en ellos. El primero se refiere al ámbito del apartado a) y, en concreto, a si están comprendidas las modificaciones autorizadas por el art. 41 ET. La falta de precisión de la norma y el hecho de que, como ya señaló ALBIOL (op. cit., págs. 213 y 214), la autorización excluye el incumplimiento han creado cierto desconcierto en la doctrina. VIQUEIRA (op. cit., págs. 28-32) destaca que se han sostenido todas las posiciones posibles: 1) que sólo están comprendidas las modificaciones autorizadas (DURAN y la propia VIQUEIRA), 2) que sólo lo están las no autorizadas (RODRÍGUEZ-PIÑERO) y 3) que se incluyen tanto las autorizadas como las no autorizadas (CRUZ VILLALÓN y DE MIGUEL LORENZO). Tras la reforma de 1994 ya no puede hablarse de modificaciones autorizadas, pero el problema es el mismo respecto a las modificaciones objetivamente justificadas y regularmente acordadas conforme a la nueva redacción del art. 41 ET, que en algunos casos pueden haber sido objeto de pacto con los representantes de los trabajadores. RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (op. cit., pág. 160) consideran que el presupuesto de hecho del precepto tiene que ser “un ilícito contractual, una extralimitación en el ejercicio de los poderes empresariales”, pues un ejercicio legítimo de esos poderes no puede ser lesivo para la dignidad y la formación profesional del trabajador. En el mismo sentido se pronuncia NOGUEIRA GUASTAVINO (op. cit., págs. 1.068-1.072). La conclusión puede compartirse, pues una modificación justificada y/o acordada no debería dar lugar a la resolución del art. 50 ET, porque no es un incumplimiento. Pero no sucede lo mismo con la razón que dan estos autores, pues es posible una modificación justificada que lesione la formación profesional del trabajador o que pueda afectar a su dignidad. El segundo enigma se refiere a la coordinación de las reglas del art. 50.1.a) con el art. 41.3.2º ET: es sorprendente que la modificación funcional, que es el campo normal de la resolución mayor del art. 50.1.a) ET, no dé lugar a la resolución menor del art. 41.3.2º. DE MIGUEL (op. cit., págs. 52,53,57 y 58) indica que ello se debe a que en estos casos la lesión afecta normalmente a la formación profesional o a la dignidad del trabajador, por lo que siempre estará comprendida en la resolución mayor. Pero esta interpretación no es suficiente en el caso de que el art. 50.1.a) ET se reserve a las modificaciones injustificadas. En mi trabajo “Cuestiones de enjuiciamiento en la modificación de las condiciones de trabajo” (Revista del Poder Judicial, núm. 57/2000) propongo una solución bastante simple de *lege ferenda*: que todas las modificaciones que produzcan un perjuicio al trabajador permitan la resolución indemnizada del contrato. La única diferencia debe producirse en el importe de la indemnización: 20 días para las justificadas y 45 para las no justificadas.

(40) El horario establecido era 8,30 a 14,30 de lunes a viernes más los miércoles por la tarde de 15,30 a 20,30 y los viernes también por la tarde de 19 a 24 horas cuando con anterioridad los horarios eran lunes, martes y jueves de 9 a 13 y de 16 a 19, miércoles de 9 a 21 y viernes de 9 a 13 y de 19 a 2 del día siguiente. La modificación se realizó por acuerdo con todos los trabajadores del centro menos el actor. En el centro no había delegado de personal.

riza el art. 50.1 ET requiere un doble requisito: “que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo” y “que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de (su) dignidad”⁴¹. Por ello, “si no concurre esta doble circunstancia, la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá dar lugar en su caso al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41.3 del propio Estatuto”⁴², pero no a la extinción del contrato de trabajo con las indemnizaciones que prevé el art. 50 ET. La sentencia añade una precisión de interés cuando señala que “la frase del art. 41.3 ET que dice sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50 ha de ser entendida en el sentido de que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sea o no autorizada, si perjudica al trabajador, genera los derechos que el propio art. 41 reconoce, siendo preciso para que entre en juego la aplicación del art. 50 (...) que redunde en perjuicio de la formación o de la dignidad del trabajador”. La referencia al carácter autorizado o no de la autorización es, desde luego, una concesión al objetivismo, pero aquí no pasa de ser un *obiter dictum*.

C) Algunos supuestos incluidos en el apartado c) del número 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores

Por otra parte, la Sala Cuarta ha tenido también la oportunidad de aclarar que entre los incumplimientos graves a los que, de forma genérica, se refiere el art. 50.1.c) ET debe incluirse el impago por la empresa de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria del trabajador, tanto las correspondientes al pago delegado como las referidas al complemento establecido en concepto de mejora voluntaria⁴³. En este sentido, la STS, Sala Cuarta, de 22 de mayo de 1995 (RJ 3995) afirma que las obligaciones a las que se refiere el mencionado precepto no son solamente las pactadas en el contrato, sino también todas

**DEBERÍA QUEDAR
MÁS CLARO QUE EL
RECONOCIMIENTO DE
LA INDEMNIZACIÓN POR LA
EXTINCIÓN DEL CONTRATO
NO DEBE EXONERAR AL
EMPRESARIO DE
LA REPARACIÓN DE LOS
DAÑOS DERIVADOS DEL
INCUMPLIMIENTO**

(41) La resolución menor con indemnización de veinte días.

(42) Se citan como antecedentes las Sentencias de 5 de marzo de 1985 (RJ 1277), 23 de abril de 1985 (RJ 1907), 16 de septiembre de 1986 (RJ 4983) 21 de septiembre de 1987 (RJ 6234) y 26 de julio de 1990 (RJ 6483).

(43) El impago de las cantidades adeudadas por estos conceptos no puede reconducirse al art. 50.1.b) ET en la medida en que este precepto se refiere a las deudas salariales en sentido estricto, de forma que “no podrá ejercitarse la acción resolutoria fundada en el art. 50.1.a) ET cuando las cantidades que se reclaman no son conceptos salariales, aun cuando sean efectivamente adeudadas por el empresario con ocasión del desarrollo de la relación laboral”, como afirman M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 179.

aquellas que, cualquiera que sea su origen, hayan sido asumidas por el empresario en provecho del trabajador⁴⁴.

Por su parte, la STS, Sala Cuarta, de 8 de noviembre de 1993 (RJ 8559) considera que constituye causa justa para solicitar la resolución judicial del contrato la conducta empresarial consistente en no reincorporar al trabajador tras haber sido revocada la declaración de invalidez total. Se trataba de un supuesto en el que el trabajador había permanecido sucesivamente en situación de incapacidad laboral transitoria, invalidez provisional e invalidez permanente total, situación esta última que fue revocada por sentencia firme. Solicitada tempestivamente la reincorporación al trabajo, el empresario rechazó tácitamente dicha solicitud manteniendo al trabajador sin ocupación efectiva alguna y sin abonarle salarios. La sentencia considera que dicha conducta constituye un grave incumplimiento empresarial que justifica la resolución contractual instada por el trabajador, aunque puede cuestionarse si el supuesto considerado no sería más bien un despido tácito.

4. LA INDEMNIZACIÓN Y SU CARÁCTER EXCLUYENTE Y TASADO: DISCREPANCIAS ENTRE EL ORDEN SOCIAL Y EL CIVIL

El art. 50.2 ET establece que cuando se acuerde la resolución del contrato el trabajador tendrá derecho a una indemnización igual a la señalada para el despido improcedente. Se trata, por tanto, de una indemnización tasada legalmente que compensa al trabajador por el perjuicio derivado de la extinción del contrato y que le exime de alegar y acreditar daños y perjuicios. La ley presume la existencia de un daño como consecuencia de la ruptura del contrato y ha establecido el importe de la reparación, de forma que se produce “un efecto de absorción sobre cualquier indemnización que el trabajador reclamase fundada en los mismos hechos que han servido de base para la estimación de la acción resolutoria”⁴⁵. No resulta posible, por ello, reclamar indemnizaciones adicionales. Así lo ha señalado la STS, Sala Cuarta, de 3 de abril de 1997 (RJ 3047), resolviendo un supuesto en el que la cuestión litigiosa se centraba precisamente en determinar si, extinguido el contrato a instancia del trabajador y percibida la correspondiente indemnización, puede éste reclamar por “los mismos hechos” una nueva indemnización con fundamento en el art. 1101 CC. La sentencia afirma que “la causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el Estatuto de los Trabajadores, a esta norma habrá que estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales, sin que quepa (...) acudir de nuevo al Código Civil (...) para, con base en el mismo incumplimiento contractual ya agotado en sus consecuencias indemnizatorias, obtener un nuevo resarcimiento de daños y perjuicios”.

(44) Sin duda, la sustitución de la expresión “obligaciones contractuales” por la más amplia “obligaciones” que se produce con la Ley 11/1994, refuerza esta interpretación.

(45) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 222.

Resolución del contrato por incumplimiento del empresario

La solución contraria se ha aplicado por la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 1999 (RJ 1877)⁴⁶, que reconoció una indemnización de tres millones de pesetas a favor de una trabajadora que había resuelto su contrato de trabajo por un incumplimiento empresarial consistente en una discriminación por sexo. La discriminación consistía en el abono de una retribución inferior en unas 700.000 pesetas anuales a la percibida “por otro trabajador de sexo varón, de la misma categoría y con una antigüedad inferior”. El trato discriminatorio provocó a la actora una depresión reactiva y la resolución del contrato de trabajo se acordó en conciliación con reconocimiento a favor de la trabajadora de una indemnización de siete millones de pesetas. La sentencia afirma la jurisdicción del orden civil y estima la demanda, porque considera que existe una responsabilidad por culpa extracontractual compatible con la contractual laboral. Esta conclusión se funda en que “el daño opera con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes”.

La conclusión sobre el carácter de la responsabilidad y la jurisdicción del orden civil no puede compartirse. La concurrencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual es un tema lleno de dificultades⁴⁷, pero parece que en este caso no puede apreciarse la concurrencia. Para que exista ésta es preciso que el daño producido sea a la vez consecuencia de un incumplimiento contractual y de un incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro, y en el caso decidido es claro que no existe un deber genérico de no discriminar *salarialmente* por razón de sexo, sino que sólo existía para la empresa y en esta condición un deber contractual de no incurrir en esa discriminación⁴⁸. El incumplimiento opera dentro del contrato y no al margen de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. Lo que se ha incumplido es una obligación contractual, la que imponen los arts. 4.2.c) y 28 del ET⁴⁹. El que la obligación de no discriminar por razón del sexo en el contrato de trabajo derive de la Constitución y de la Ley y no directamente del contenido regulador del contrato no convierte esta obligación en extracontractual, porque el contrato de trabajo es un contrato normado y la obligación de no discriminar en las condiciones de trabajo por razón del sexo sólo tiene sentido dentro de la relación laboral. Esto determina de forma inequívoca la falta de jurisdicción del orden civil⁵⁰.

(46) Sobre esta sentencia Vid. los comentarios de J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. TASCÓN LÓPEZ, “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se la discriminaba por razón de sexo”, *La Ley*, núm. 5148/2000, y F. FERRANDO GARCÍA, “Concurrencia de responsabilidades contractual ex art.50 ET y aquiliana”, RDS núm.8/1999.

(47) Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ceura, Madrid, 1995, y J.J. BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual por un mismo hecho dañoso*, Dykinson, Madrid, 1999.

(48) En algún momento la sentencia parece incluso afirmar que se trata de una responsabilidad extracontractual exclusiva, lo que se inscribe en la tendencia criticada por DÍEZ-PICAZO (*Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 264-268) de reducir el ámbito de responsabilidad contractual a favor de la responsabilidad extracontractual. Esta tendencia se advierte también en la posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo en los litigios sobre la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo. Para DÍEZ-PICAZO “siempre que entre las partes exista una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales de dicha relación, sean obligaciones o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos de los negocios, la responsabilidad es contractual”.

(49) La cuestión se complica, porque el ilícito contractual puede ser también un ilícito administrativo (art. 96.12 ET) o penal (art. 314 CP). Pero aun en este caso el tipo remite al incumplimiento de un deber específico de la relación laboral.

(50) Esta conclusión se sostiene también en los trabajos de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, TASCÓN LÓPEZ y FERRANDO GARCÍA.

En cuanto a la compatibilidad de las indemnizaciones, la cuestión consiste en determinar si hay sólo un daño o varios. La posición de la STS, Sala Cuarta, de 3 de abril de 1997 se limita a una referencia al carácter único de los hechos determinantes del daño. Pero los mismos hechos pueden determinar daños distintos: la depresión y la extinción del contrato y la indemnización del art. 50.1 ET sólo cubre ésta, por lo que la compatibilidad está bien apreciada en la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 1999⁵¹, pero no porque derive de una acción extracontractual, sino porque la indemnización del art. 50.2 ET sólo había reparado la pérdida del empleo; o no el perjuicio sufrido por la trabajadora durante la vigencia del contrato.

5. UN BALANCE CRÍTICO

Este breve recorrido por la jurisprudencia última nos indica que en esta materia quizá no hemos avanzado mucho. Los problemas siguen ahí, como en los años ochenta, quizá más discretos por el ritmo lento que tiene la elaboración jurisprudencial desde 1991, aunque en algún caso con soluciones que pueden resultar menos acertadas. Esto es lo que, a mi juicio, sucede con el objetivismo abstracto en la valoración de los incumplimientos, que ha relegado una doctrina anterior más matizada y con la reafirmación, tal vez demasiado rígida, de las consecuencias del carácter judicial de la resolución. También sería conveniente fijar los límites del carácter excluyente de la indemnización. La huida hacia el orden civil que tanto nos irrita a los laboristas es, a veces, una huida de la rigidez.

Es posible que la sentencia no sea el instrumento adecuado para resolver unos problemas que en buena parte ha creado la falta de pericia del legislador. Pero no es probable que éste vaya a remediarlos. La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador no es un “tema de nuestro tiempo”; un tiempo agobiado por prioridades más macroeconómicas en la política laboral.

Con todo, sin ningún ánimo dogmático, cabe avanzar algunos puntos que podrían ser objeto de reconsideración. En primer lugar, habría que eliminar la exigencia de que la ejecución del contrato se mantenga hasta la sentencia firme, lo que supone una carga tan grave como injustificada para el trabajador. En este trabajo he apuntado algunas soluciones que serían posibles *de lege data*: el recurso a las medidas cautelares y la aceptación de una resolución extrajudicial cuando así la asuma el trabajador.

Es hora también de abandonar el objetivismo para aceptar plenamente que la resolución del art. 50 ET es una extinción fundada en un incumplimiento culpable del empresario que, por su carácter específico en la dinámica del contrato, implica un reproche particu-

(51) Así lo ponen de relieve en relación a la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 1999 los comentarios de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, TASCÓN LÓPEZ y FERRANDO GARCÍA. Para los primeros junto a la indemnización por resolución y la reparación del perjuicio psíquico, también hubiera podido pedir la trabajadora discriminada el abono de las diferencias salariales correspondientes.

Resolución del contrato por incumplimiento del empresario

larmente intenso de la conducta de aquél, lo que no sólo excluye la fuerza mayor y el caso fortuito, sino que debe introducir también una graduación que pondere la presencia de causas objetivas que proporcionan alguna justificación a su conducta: no para liberarle de responsabilidad, sino para moderar el alcance de ésta. Pero precisamente por ello esta restricción tiene que completarse con una apertura a las resoluciones “menores” que tienen hoy una regulación tan insuficiente que acaban recargando la resolución “mayor” del art. 50 ET.

Por último, debería también quedar más claro que el reconocimiento del carácter tasado de la indemnización por la extinción del contrato –un mal difícilmente superable en las indemnizaciones laborales por cese⁵²– no debe exonerar al empresario de la reparación de los daños derivados del incumplimiento.

(52) La indemnización por cese no guarda relación con el daño, porque pondera un elemento –los años de servicio– que, salvo supuestos muy excepcionales de pérdida importante del capital humano específico, no tiene ninguna relación con el perjuicio causado por el cese y que incluso puede operar como causa de reducción del daño cuando se trata de trabajadores próximos a la jubilación y con un alta antigüedad en la empresa. Esto explica otro comportamiento estratégico frecuente: el incremento de las peticiones de resolución por trabajadores en esas condiciones. El problema de la determinación de la indemnización se plantea por razones objetivas: el daño depende de un dato que no se conoce en el momento de la fijación de la indemnización y que es el tiempo que va durar la pérdida del salario producida por el cese. Si el trabajador encuentra un nuevo empleo de forma inmediata con salario igual o superior, el daño es cero. Pero el daño puede ser superior a la indemnización, si el período de desempleo no protegido por la Seguridad Social produce una pérdida de salario no compensada. De esta forma, más que para reparar el perjuicio, la indemnización sirve para incitar al empresario a que no despidiera improcedentemente. Sobre el tema Vid. los trabajos de L. TOHARIA y M. MALO OCAÑA, “Las indemnizaciones por despido: su origen, sus determinantes y las enseñanzas de la reforma de 1994”, DL, núm. 51/1997, y A. DURÁN HERAS, “Costes del despido económico y bienestar colectivo”, DL, núm. 58/1999.

Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento (LOE 8/2000 y RD 864/2001)*

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia

Sumario:

I. Introducción. II. Título preliminar y título primero: el sentido genérico de la Ley y los derechos fundamentales de los extranjeros en España. 1. El tratamiento de los derechos fundamentales en la normativa actual de extranjería. 2. El retroceso del principio de igualdad. 3. La libertad de circulación. 4. Los derechos extralaborales. 5. El derecho al trabajo, a la seguridad social y al acceso a la Función Pública. 6. Los derechos de huelga y sindicación. 7. La reagrupación familiar. **III. El Título II: las situaciones de los extranjeros en España y específicamente sobre el permiso de trabajo.** 8. La entrada y la salida. 9. Las situaciones administrativas de los extranjeros. 10. Situaciones administrativas especiales. 11. El permiso de trabajo: conceptualización y correcciones técnicas. 12. Los aspectos esenciales de la regulación del permiso de trabajo, introducidos por la Ley 4/2000, que se mantienen. 13. Las novedades de la LOE 8/2000. 14. La situación nacional del empleo. 15. Los contingentes. **IV. El Título III: infracciones y sanciones.** 16. Las infracciones. 17. Las sanciones. 18. Sumario.

(*) Este trabajo se ha realizado en ejecución del proyecto de investigación y desarrollo financiado por la Generalitat Valenciana GV-01-88.

I. INTRODUCCIÓN

La LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE del 23), en adelante LOE, no constituye una nueva Ley Orgánica de extranjería, que se sumaría a las otras dos promulgadas durante la etapa democrática (LO 7/1985 y LO 4/2000)¹ sino, más propiamente, una reforma de la última de ellas. Con todo, no puede decirse que la entidad de la alteración normativa provocada en diciembre de 2000 haya sido meramente correctora o de signo menor: al contrario, incide en temas fundamentales de la temática de extranjería, no sólo relacionados con los derechos de la población inmigrante (aunque éste haya sido uno de los aspectos socialmente más criticados de la reforma) sino también con aspectos aplicativos tales como la situación de residencia, los permisos de trabajo, las condiciones de la reagrupación familiar, los condicionamientos de la sanción expulsiva, las nuevas obligaciones de los transportistas en materia de inmigración o la aplicación de tasas. En este sentido, la LO 8/2000 mantiene e incrementa el mismo sentido extensivo de la LO 7/1985, al incidir en aspectos coyunturales o estrictamente administrativos, excediendo así del significado esencial de las leyes orgánicas², e incluso incorporando materias que hasta la fecha habían sido objeto de tratamiento reglamentario³.

Sin duda esta doble impropiedad formal de la LOE (su carácter teóricamente reformador y prácticamente innovador; y su extensividad técnica) obedecen a los condicionantes sociológicos que han motivado tan vertiginosa sucesión normativa: la magnitud del fenómeno migratorio; la insuficiencia de la normativa de extranjería aprobada en 1985 que tuvo como corolario una voluntariosa Ley 4/2000, materialmente valorada pero formalmente defectuosa; la consolidación de la irregularidad como consecuencia de la insuficiencia de los mecanismos vigentes en España para la contratación de extranjeros; o la dificultad de los controles de entrada, desencadenaron una reforma normativa constituida por la LOE 8/2000 que no pretendía dar la imagen de una reforma integral (para esquivar probablemente la respuesta social que, pese a todo e inevitablemente, se produjo) y que magnificaba su ámbito para eliminar posibles intersticios del que pudieran pender comportamientos supuestamente fraudulentos. Con todo, estas cautelas han resultado particularmente paradójicas, de un lado, porque los defectos técnicos de la Ley 4/2000 se han eliminado, pero sin que el nuevo texto quede liberado de otros de la misma naturaleza⁴ e incluso de gravedad tal que podría afectar a la legalidad misma de

(1) La normativa anterior partía de un similar sentido restrictivo y limitativo del fenómeno migratorio, propio de países con escasez laboral y limitada entrada migratoria. Así se evidenciaba, por ejemplo, tanto en la regulación recogida en el Decreto de 29 de agosto de 1935, como en la Ley 29/1968, de 20 de junio, o en el Decreto 1870/1968. Los condicionantes han variado ostensiblemente con la generalización del fenómeno migratorio y con cierta demanda laboral en los puestos de menor cualificación, pero se ha mantenido (y aumentado) el mismo posicionamiento restrictivo normativo frente al fenómeno migratorio.

(2) Con relación a la LO 7/1985 así lo destacó, RODRÍGUEZ PIÑERO, "Legislación de extranjería y política de inmigración", RL, 20, 2000, pág. 6.

(3) El art. 40 LOE, corrigiendo lo hasta entonces recogido en el art. 77 del Reglamento aprobado por el RD 155/1996, es buena prueba de ello.

(4) Sirvan como ejemplo los siguientes: de un lado, la sustitución de los artículos nuevos es incorrecta, hasta el punto de que el propio lector de la ley debe presumir en buena lógica (conforme a los enunciados de cada artículo básicamente)

su proceso de aprobación⁵; y, de otro, porque las cautelas se han transformado en verdaderas desconfianzas y reticencias al extranjero, que se patentizan, por ejemplo, no sólo en la restricción de derechos fundamentales, sino también en la reducción de las competencias otorgadas a las asociaciones en defensa de los inmigrantes, o en el tratamiento normativo otorgado a la reagrupación familiar.

La nebulosa normativa provocada por la sucesión legislativa se agravó considerablemente por la inexistencia de texto reglamentario. Así pues, desde la entrada en vigor de la Ley 4/2000 y hasta la promulgación del RD 864/2001 el 20 de julio de 2001 (que comenzó a aplicarse el 1 de agosto del mismo año) el desarrollo reglamentario estuvo constituido por el RD 155/1996, texto referido a la Ley 7/1985 y, por tanto, considerablemente alejado de los presupuestos de las Leyes 4 y 8/2000. A partir de la promulgación del actual texto reglamentario puede decirse que el ordenamiento español dispone de un marco relativamente completo frente al fenómeno de la inmigración, pero que adolece de importantes defectos transitorios. Efectivamente, el nuevo marco reniega de los procesos de regularización y pretende el encauzamiento exclusivo de los movimientos migratorios por medio de mecanismos de acción colectiva (contingentes y permiso tipo T estacional). Sin embargo, olvida el establecimiento de mecanismos reales para reflotar adecuadamente el inmenso volumen de inmigración ilegal radicado en España a la altura de 2001 en nuestro país, sin duda como consecuencia del miedo al “efecto llamada” que informó la reforma de la Ley 4 y la posterior de la Ley 8 de 2000. Ello motivó, como se sabe, en el 2001 una serie de acontecimientos ciertamente desafortunados: de un lado la devolución subvencionada y temporal al país de origen para encauzar debidamente la entrada por medio del correspondiente visado de residencia, cuando existía la posibilidad de eximir al inmigrante de dicho visado; de otro lado, la regularización encubierta que supuso, a partir de la primavera de

**A PARTIR DE
LA PROMULGACIÓN DEL
ACTUAL TEXTO
REGLAMENTARIO PUEDE
DECIRSE QUE
EL ORDENAMIENTO
ESPAÑOL DISPONE DE UN
MARCO RELATIVAMENTE
COMPLETO FRENTE AL
FENÓMENO DE
LA INMIGRACIÓN, PERO
QUE ADOLECE DE
IMPORTANTES DEFECTOS
TRANSITORIOS**

a qué precepto sustituye el nuevo; de otro lado, es bastante frecuente encontrar reiteraciones innecesarias por literales que generalmente suelen coincidir con preceptos autojustificativos (por dos veces se establece la imposibilidad de expulsar a mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer riesgo para la gestación: art. 57.6 *in fine* y art. 58.3 *in fine*); asimismo, aparecen artículos supuestamente novedosos que son mera reproducción de lo establecido en la LO 4/2000 (el art. 60 LOE, sobre retorno de inmigrantes), por lo que difícilmente se explica su transcripción literal; finalmente, la acumulación de disposiciones adicionales (las correspondientes a la Ley 4/2000 y las propias de la Ley 8/2000) configura un texto ciertamente confuso.

(5) Resulta particularmente ejemplificativa la desaparición del apartado segundo del artículo primero, que nunca se propuso, sobre el que no recayeron los correspondientes informes obligatorios y que, en consecuencia, no fue objeto de eventuales enmiendas. El precepto incorrectamente desaparecido establecía: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”

2001, el establecimiento de unos criterios para la concesión del permiso de residencia por arraigo contenido en el art. 31.4 LOE que tan sólo requería la evidencia de residencia en España con anterioridad al 23 de enero de 2001⁶.

II. TÍTULO PRELIMINAR Y TÍTULO PRIMERO: EL SENTIDO GENÉRICO DE LA LEY Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. El tratamiento de los derechos fundamentales en la normativa actual de extranjería

A diferencia de los meramente seis artículos que la Ley Orgánica 7/1985 dedicaba a la genérica regulación de estos derechos, la LOE 4/2000 estructuró en cuatro capítulos (derechos y libertades de los extranjeros; reagrupación familiar; garantías jurídicas y medidas antidiscriminatorias) los veinte artículos (del 3 al 22) que, al menos en estructura formal han pasado a la LOE 8/2000 (aunque se prolongan hasta el art. 24), y actualmente aglutinan la regulación legal de los derechos de los extranjeros en España. El incremento del volumen normativo en relación con la descripción de los derechos de los que son titulares los extranjeros en nuestro país evidencia que tardíamente, a la altura del año 2000, la situación del extranjero había trascendido más que sobradamente la excepcionalidad de antaño en torno a la que se movió la LO 7/1985 (casi exclusivamente centrada en los permisos de residencia y trabajo).

2. El retroceso del principio de igualdad

El art. 3.1 de la LOE 8/2000 deja de contener el genérico principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros del texto original de la Ley 4/2000. De hecho en un nuevo último inciso se desplaza el principio de igualdad de trato al de mero criterio interpretativo de las normas al establecer que como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles. También con relación al principio de igualdad resulta de particular interés la incorporación de un rudimentario concepto de discriminación indirecta en el art. 23.2.e) LOE⁷ que si bien no queda formulado con los más precisos lindes descritos por el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia Comunitario⁸ o la propia

(6) Recuérdese que el texto del art. 31.4 LOE establece: “Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente”. Tales criterios emitidos por el Ministerio del Interior pretendían, teóricamente, cubrir el vacío existente antes de que el reglamento pendiente de aprobación regulara el supuesto de arraigo, lo que hizo en su art. 41.2.d) RD 864/2001. Entretanto, se señaló como criterio de arraigo la prueba de permanencia en España con anterioridad al 23 de enero de 2001. La inadecuación del procedimiento, que se realizó sin las debidas medidas de publicidad y con evidente discriminación respecto de los inmigrantes retenidos en centros específicos de internamiento, que fueron expulsados pese a acreditar residencias anteriores a aquella fecha, motivaron sucesivas preguntas de Izquierda Unida en el Congreso de los Diputados durante mayo y junio de 2001.

(7) Art. 23.2.e) LOE: “Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.”

(8) Ambos Tribunales se han pronunciado en reiteradas ocasiones acerca del concepto de discriminación indirecta, sobre todo en relación con la que traía su causa del sexo. Entre los muchos trabajos realizados sobre la materia, QUINTANILLA NAVARRO, *Discriminación retributiva*, Madrid, 1996, particularmente, págs. 105 y ss.

normativa comunitaria⁹, sí que resulta virtualmente operativo para situar en la ilegalidad aquellas conductas que impliquen una discriminación fáctica y estadística, no necesariamente de intencionalidad abierta, frente a los integrantes de determinado colectivo extranjero, no sólo frente a otros extranjeros, sino teóricamente incluso frente a nacionales, lo cual no deja de ser paradójico dada la restricción de derechos que se opera en la propia LOE para los trabajadores ilegales. De cualquier modo, de la redacción dada por la LOE, se deduce que la igualdad de trato en materia laboral respecto de los trabajadores españoles no comienza a actuar desde el momento de la contratación, sino desde el momento en que el trabajador extranjero se encuentra convenientemente autorizado como trabajador, lo que significa, entre otras cosas: (i) que la equiparación con los nacionales se produce tan sólo cuando existe autorización para trabajar, no cuando la autorización se limita a la residencia¹⁰; (ii) que el principio de igualdad se aplica también en momentos anteriores a la contratación lo cual significa que, si dispone del correspondiente permiso de trabajo, no podrá ser discriminado en la contratación por razón de su nacionalidad. Estas situaciones pueden concurrir, por ejemplo, cuando se trata de trabajadores perceptores de la prestación contributiva de desempleo o de alguno de los subsidios asistenciales a los que se refiere la propia ley.

3. La libertad de circulación

El art. 5.2 LOE no altera sustancialmente el alcance del derecho a la libertad de circulación que corresponde a los extranjeros en relación con el que se contemplaba en la Ley 4/2000. Es más, la redacción actualmente vigente establece una serie de garantías adicionales en los supuestos de restricción individualizada (no justificada por la declaración de los estados de excepción y sitio) al establecer la necesidad de motivación, proporcionalidad, sometimiento a garantías jurídicas procedimentales y limitación temporal que no se contenían expresamente en la regulación anterior. Esta ampliación garantista tiene, con todo, una implicación que no puede pasarse por alto: indica que los mecanismos limitativos de la libertad de circulación de los extranjeros dejarán de ser tan extraordinarios en la práctica como lo han sido hasta ahora. Asimismo, la LOE especifica expresamente los mecanismos limitativos de la libertad de circulación: presentación periódica y alejamiento de fronteras o núcleos de población, reproduciendo así parcialmente los mecanismos contenidos en la primera Ley orgánica de extranjería posconstitucional (LO 7/1985), excepción hecha de la imposición de residencia obligatoria en determinado lugar, que desaparece como posibilidad limitativa, consecuentemente con el pronuncia-

(9) En el art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78 se establece: “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras, salvo que...”

(10) De cualquier modo, en otras normas de extranjería podría entenderse que queda establecido cierto derecho al acceso al empleo en condiciones de igualdad a los españoles y comunitarios respecto de los ciudadanos extranjeros que tengan simplemente “residencial legal” en nuestro país. Así, por ejemplo, en la instrucción sexta.2 de Resolución de 1 de agosto de 1995 (sobre el establecimiento de contingentes para 1995) (BOE del 11) se dice: “La autoridad laboral competente valorará y, en su caso, atenderá las ofertas, considerando el principio de preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera residente legalmente en España”. Adviértase que en el último inciso se hace referencia a los extranjeros con residencia legal en España, y no a los que disponen del correspondiente permiso de trabajo.

miento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 94/1993, que reconoció el derecho a la libertad de circulación de los extranjeros con igual alcance que los nacionales¹¹.

4. Los derechos extralaborales

La nueva redacción de los artículos 6, 7, 8 y 9 de la LOE ha supuesto una importante reducción en el alcance de los derechos de participación pública (derecho de sufragio condicionado a la reciprocidad y remisión general a la legislación de bases de régimen local sin previsión de elección de sus propios representantes locales si no tienen derecho de voto); de reunión, manifestación y asociación (sólo ejercitables cuando se disponga de la correspondiente autorización de estancia o residencia) y educación (que se amplía a favor de los menores pero que retrocede en el caso de mayores de edad al condicionarse al requisito de estancia o residencia legal). De particular interés resulta el condicionamiento de la mayoría de estos derechos al carácter de residente legal en España, lo cual reconduce inevitablemente la cuestión al tema de su posible inconstitucionalidad. Y es que, si bien en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio, el Tribunal Constitucional entró a valorar los arts. 7 y 8 de la Ley de extranjería de 1985 considerando que no era válido ni el condicionamiento del ejercicio del derecho de reunión de extranjeros a una autorización administrativa ni la prohibición extrajudicial de la suspensión de actividades de las asociaciones de extranjeros, bien podría entenderse que el condicionamiento de la titularidad de tales derechos a un requisito administrativo como es el permiso de residencia se sitúa en marcos similares de inconstitucionalidad.

5. El derecho al trabajo, a la seguridad social y al acceso a la Función Pública

El derecho al trabajo y a la seguridad social del art. 10 de la LOE se mantiene con una redacción similar a la de la LO 4/2000. Tan sólo existen algunas precisiones puntuales que hacen referencia a que el derecho al trabajo y a la seguridad social de los extranjeros queda condicionado al cumplimiento de la legislación vigente y no meramente a la normativa de extranjería. Por lo demás no se ha alterado, pese a los problemas aplicativos que planteaban algunos puntos de la LO 4/2000, el contenido de los aspectos relacionados con el disfrute por parte de los inmigrantes de los derechos de seguridad social¹².

6. Los derechos de huelga y sindicación

El art. 11 de la LOE constituye uno de los aspectos más criticados de la nueva regulación, al limitar el acceso al derecho de sindicación y huelga tan sólo a los extranjeros legales (esto es, a los provistos de la correspondiente autorización de residencia o estancia; o de

(11) Me detuve en su análisis en BALLESTER PASTOR, *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Valencia, 1997, pág. 29.

(12) Ya tuve ocasión de detenerme en su análisis en BALLESTER PASTOR y BLASCO PELLICER, "Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de extranjería. Análisis de una regulación provisional", *Justicia Laboral*, 2, 2000, págs. 16 y ss.

trabajo en el caso de la huelga)¹³. Esta redacción inevitablemente suscita el tema de su posible inadecuación al texto constitucional. Como se sabe, el art. 13.1 de la Constitución establece que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. La referencia a las leyes y los tratados que hace el art. 13.1 de la Constitución no implica que los derechos constitucionales tan sólo resulten aplicables a los ciudadanos extranjeros cuando tales derechos se encuentren previamente legalizados o contenidos en tratados internacionales¹⁴. No puede, en consecuencia, mantenerse que el art. 13 suponga una desconstitucionalización de la situación jurídica de los extranjeros. Al contrario, el reconocimiento a los extranjeros de los derechos constitucionales se produce a un triple nivel: “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”¹⁵. Ello significa que, en principio, los derechos constitucionales del Título I pertenecen, indistintamente y sin diferencia de grado, tanto a españoles como a extranjeros. Los derechos relacionados con el sufragio activo, pasivo y acceso a la Función Pública (con matizaciones) quedan excluidos a los extranjeros porque así lo establece expresamente la Constitución (art. 13 en relación con el art. 23). Por lo demás, las leyes podrán limitar los otros derechos constitucionales, siempre y cuando no estén relacionados con la dignidad de las personas, en cuyo caso serán de aplicación y disfrute indistinto en nuestro país por nacionales y extranjeros.

La ley que “atempere”¹⁶ estos derechos constitucionales no queda al margen de cualquier control, sino que debe respetar

(13) Art. 11 LOE: “1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España; 2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.”

(14) Así se establecía en la STC 99/1985, de 30 de septiembre.

(15) Así se mantenía en la primera de las sentencias del Tribunal Constitucional que abordó el tema de la constitucionalidad de la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

(16) Siguiendo la terminología utilizada por el propio Tribunal Constitucional (STC 99/1985, de 30 de septiembre).

LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6, 7, 8, Y 9 DE LA LOE HA SUPUESTO UNA IMPORTANTE REDUCCIÓN EN EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA, REUNIÓN, MANIFESTACIÓN Y ASOCIACIÓN Y EDUCACIÓN

el contenido esencial de los derechos constitucionales. Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando entró a juzgar la LO 7/1985. Con referencia al derecho de reunión, cuyo ejercicio en la ley cuestionada quedaba condicionado a la existencia de una previa autorización el Tribunal señala "(...) al imponerle la necesidad de autorización administrativa se están desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución (...) Las eventuales restricciones al derecho de reunión que se mencionan en el último inciso del precepto pueden ser válidas por sí mismas desde la perspectiva de mera limitación de los derechos fundamentales, pero la tutela de otros bienes constitucionales no puede justificar la introducción, como paso previo al ejercicio del derecho de reunión, de una autorización preceptiva previa"¹⁷. En buena lógica, pues, si aquella autorización no era admisible porque alteraba el contenido esencial del derecho ello implicaba que el derecho de reunión resultaba de aplicación automática a todos los extranjeros, por lo que probablemente iría en contra del contenido esencial del derecho de reunión (y, por ende, del derecho de sindicación y huelga) el establecer condiciones a su titularidad y ejercicio derivadas de condicionantes meramente administrativos (y las autorizaciones de residencia y trabajo participan de esta naturaleza) que no pretenden por sí mismos asegurar otros bienes jurídicos de similar valor.

7. La reagrupación familiar

El art. 16 recoge el derecho a la intimidad familiar, y los arts. 17, 18 y 19 hacen referencia al ámbito subjetivo, el procedimiento y los efectos de la reagrupación familiar¹⁸. Lo primero que destaca en la nueva redacción es el hecho de que el derecho de los familiares que se mencionan no se refiere a la residencia legal en España, sino simplemente al reagrupamiento con el trabajador inicial, lo cual no significa que les quede vedado el acceso a la residencia legal, sino que el mismo se encuentra anexado totalmente a la autorización de la que dispusiera el titular reagrupante. Las consecuencias de esta regulación son las siguientes: a) la duración de la autorización de residencia del reagrupado coincide con la duración de la del reagrupante; b) se encuentran tasadas las causas que originarían permisos de residencia autónomos del reagrupante: el art. 19 LOE los refiere tan sólo a los supuestos en que obtengan autorización para trabajar (cónyuge e hijos), la obtención de la mayoría de edad (en el caso de los hijos) o acreditación de haber vivido con su cónyuge en España durante al menos dos años (en el caso de reagrupación del cónyuge; asimismo el período se puede reducir cuando concurren circunstancias familiares que lo justifiquen); c) los reagrupados previamente podrán ejercer el derecho a la reagrupación siempre que cuenten con permiso de residencia independiente del reagru-

(17) STC 115/1987, de 7 de julio.

(18) Desarrollados por el art. 41.4 y 3 RD 864/2001. En todo lo no expresamente derogado por la Ley 8/2000 se mantiene la aplicación de lo establecido en la Resolución de 15 de febrero de 1994, que configura instrucciones generales y de procedimiento sobre tramitación de visados para reagrupación de familiares de extranjeros no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea; la Resolución de 18 de febrero de 1994 sobre tramitación de visados para reagrupación de familiares de extranjeros no nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea; y la OM de 8 de enero de 1999 sobre normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar (tras el RD 155/1996).

Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero

pante inicial y siempre que acrediten por sí mismos la concurrencia de los requisitos para la reagrupación (art. 41.4 RD 864/2001); d) el art. 18.2 LOE establece genéricamente un tiempo mínimo de permanencia de un año para ejercitar el derecho a la reagrupación, así como un tiempo de autorización para residir de otro año, lo cual parece al menos reiterativo puesto que la autorización de residencia requiere obviamente también de la presencia física en nuestro país. Así las cosas, la principal característica de la reforma en materia de reagrupación familiar es la interposición de cautelas para evitar la reagrupación en cadena, así como la reagrupación mutua (primero un titular justifica la reagrupación de otro y más adelante éste, cuando aquél hubiera perdido su trabajo, permite la reagrupación del primero) o la reagrupación fraudulenta.

III. EL TÍTULO II: LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y ESPECÍFICAMENTE SOBRE EL PERMISO DE TRABAJO

8. La entrada y la salida

Las modificaciones normativas en este apartado podrían sintetizarse del siguiente modo: a) Respecto a la entrada, apenas se han incorporado alteraciones lógicas (como la habilitación para entrar cuando, aun sin tener medios económicos¹⁹, se está en condiciones de obtenerlos, lo que ocurre cuando se dispone de oferta de trabajo) o sistemáticas (puesto que la asistencia letrada no es automática²⁰, existe como una mera posibilidad para el emigrante si se cumplen los requisitos²¹); b) Lo mismo podría decirse de la salida, puesto que las innovaciones hacen referencia a la obligatoriedad de la misma (llámese expulsión) en los casos de falta de autorización para encontrarse en España²². Con todo, algunas matizaciones adicionales merece el nuevo tratamiento otorgado a los visados en el actual art. 27 de la LOE:

a) Se produce una reestructuración de lo establecido en la Ley 4/2000 al pasar las situaciones de exención de visado al actual art. 31.7²³, manteniéndose el mismo condicionamiento causal (razones humanitarias, de vinculación familiar o de colaboración con la

(19) Art. 24 RD 864/2001. Con anterioridad, la OM de 22 de febrero de 1989 regulaba las condiciones en que se entendía cumplido el requisito de disponer de medios suficientes de vida.

(20) De hecho, bajo la actual LOE 8/2000 no existe una asistencia jurídica gratuita aplicable a todos los extranjeros, sino que ésta tan sólo se aplica cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita (art. 22.1 LOE).

(21) El art. 26. 2 LOE tras el establecimiento de la denegación de entrada por medio de resolución motivada a quienes no cumplieran los requisitos establece actualmente que la asistencia letrada podrá ser de oficio.

(22) El art. 28.3.c) señala que la salida será obligatoria por la denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.

(23) Un reposicionamiento ciertamente curioso puesto que no se encuentra incorporado al artículo referente a la expedición del visado –art. 27– (como correspondería en buena lógica) sino al titulado Situación de residencia temporal – art. 31–, en cuyo apartado séptimo definitivamente se instala. Lo mismo ocurre en el reglamento, donde la exención de visado aparece en el art. 49 RD 864/2001.

justicia)²⁴ y administrativo (cumplir los requisitos para el permiso de residencia o para la reagrupación familiar), lo cual previsiblemente como viene ocurriendo hasta ahora, seguirá constituyendo un importante obstáculo para la regularización de la situación de los inmigrantes ya establecidos en nuestro país a menos que puedan incluirse en alguna de las causas de exención del control de la SNE (art. 71.1 RD 864/2001).

b) Se crea una figura nueva (al menos desde el punto de vista estrictamente legal) de concesión de visados en nuestro país, de carácter excepcional, aplicable en el momento y en el lugar de la entrada. Se trata de una referencia normativa que tiene como finalidad la adecuación al convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en cuyo art. 17.3.c), de modo paralelo al establecimiento de criterios comunes y unificados con relación a los visados requeridos a los nacionales de terceros países²⁵, se introducen mecanismos excepcionales en cuanto a los visados en entrada por razones de orden humanitario, interés nacional o por obligaciones internacionales. Las características particulares del visado en frontera ya se habían configurado en la Resolución de 4 de junio de 1998, por el que se encomendaba al Ministerio de Interior la gestión de los visados excepcionales en los puertos de entrada. La propia Resolución ejemplifica la excepcionalidad de sus presupuestos refiriéndolos a incidentes graves o imprevistos ocurridos a miembros de la familia, tratamiento médico urgente, cambio de rumbo de los aviones o motivos profesionales urgentes.

c) Pero el aspecto más problemático de la reforma es que tan sólo se establece la obligación de motivar la denegación de los mismos en los casos de solicitud de visado por reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, lo que permite que tal motivación no exista en el resto de situaciones en que se solicite visado²⁶. Conforme a la anterior normativa la falta de motivación tan sólo podía producirse, con carácter excepcional y temporal, previa autorización del Gobierno y únicamente para determinados países o zonas.

(24) Art. 49 RD 864/2001 y contenidas previamente en la Circular 7/1994, de 28 de julio, de la Secretaría de Estado de Interior sobre exención de visado para la obtención de permisos para permanecer en territorio español; y en la OM de 11 de abril de 1996.

(25) RODRÍGUEZ PIÑERO, "Legislación de extranjería...", *op.cit.* págs. 7 y ss., describe el grado en que la normativa comunitaria ha influido en el endurecimiento del requisito de visados aplicable por España a terceros países y en la propia redacción del RD 155/1996 sobre la materia. Destaca el autor cómo el fenómeno de implicación comunitaria en materia de control interna de la inmigración ha tenido una evolución progresiva que se advierte claramente en la redacción del Título IV del Tratado de Amsterdam.

(26) El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos inherentes a la persona, del que son titulares tanto los nacionales como los extranjeros (STC 99/1985, de 30 de septiembre). Y el derecho al procedimiento administrativo es parte del derecho a la tutela judicial efectiva (STS de 13 de junio de 1991). De ahí que, según la jurisprudencia española, deba motivarse todo acto administrativo denegatorio, aunque con una importante matización: el derecho a la motivación del acto surge desde el momento en que el extranjero traspasa las fronteras españolas. A partir de este momento se le aplica el art. 29.2 LOE, que remite al procedimiento administrativo ordinario y, en consecuencia, requiere motivación. Si el visado se encuentra todavía en manos de las Autoridades consulares correspondientes, dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores, resulta de aplicación el art. 12.3 LOE, y el acto denegatorio no requiere ser motivado (SSTS de 1 de octubre de 1992 y de 12 de noviembre de 1992).

9. Las situaciones administrativas de los extranjeros

El texto actual corrige a la baja los defectos técnicos que, con respecto a la situación administrativa de los extranjeros, contenía la anterior Ley 4/2000²⁷. Actualmente desaparece prácticamente la situación del empadronado que, aun careciendo de una residencia regularizada en nuestro país, sí que disponía de algunos derechos. La condición de empadronado sigue, con todo, resultando necesaria para el acceso a la asistencia sanitaria, excepción hecha de las mujeres embarazadas y los menores (art. 12 LOE según redacción dada por la LOE 4/2000, no alterada por la LOE 8/2000). Consiguientemente, las situaciones administrativas posibles se limitan a tres, perfectamente definidas en los arts. 29 a 32:

a) Estancia (o permanencia como turista y sin los derechos aparejados a la situación de residente legal –arts. 35 y ss. RD 864/2001–). El actual art. 29 LOE configura algunas cautelas específicas, consecuencia de su generalizada utilización como procedimiento de entrada de inmigrantes con voluntad de permanencia: de un lado, establece que las prórrogas de estancia requieren la autorización del Ministerio del Interior, y resultan aplicables sólo cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen (art. 30.4 LOE); de otro lado, especifica que la condición de residente, a la que vienen aparejados los correspondientes derechos contenidos en el propio texto de la LOE, se refiere tan sólo a los que disponen del correspondiente permiso de residencia temporal o permanente²⁸, evitando así la paradójica situación de pérdida repentina de derechos de quien habiendo entrado como turista se hubiera instalado inicialmente en nuestro país por medio de mera estancia, para situarse en la ilegalidad al término de ésta. Por lo demás, el actual art. 30 LOE confirió rango legislativo al antiguo art. 20 del RD 155/1996 en el que se establecía la duración máxima de la estancia (tres meses en un período de seis meses), si bien no hacía referencia alguna al visado de tránsito, que constituyó precisamente cuando se aprobó el RD 155/1996, uno de sus contenidos más detallados y novedosos. La restricción de las condiciones de estancia resultan, de otro lado, perfectamente consecuentes con lo establecido en otras partes de la LOE: particularmente con la generalización del requisito del visado (establecido básicamente como reque-

LA LEY CREA UNA FIGURA NUEVA DE CONCESIÓN DE VISADOS DE CARÁCTER EXCEPCIONAL APLICABLE EN NUESTRO PAÍS EN EL MOMENTO Y EN EL LUGAR DE LA ENTRADA POR MOTIVOS HUMANITARIOS, DE INTERÉS NACIONAL O POR OBLIGACIONES INTERNACIONALES

(27) Las diferentes situaciones administrativas dan lugar a diferentes “tarjetas de extranjero” cuya caracterización se encuentra regulada en la OM de 7 de febrero de 1997.

(28) Art. 29.3 LOE: “Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente”.

rimiento comunitario); con la incorporación de nuevas obligaciones de control a los transportistas; y con el endurecimiento de las sanciones aplicables a los que estuvieran implicados en el tráfico ilegal de trabajadores inmigrantes (objetivo este último introducido por medio de la Ley 4/2000 y mantenido en la Ley 8/2000).

b) Residencia temporal (art. 31 LOE y art. 41 RD 864/2001) aplicable a: 1) quien tiene medios de vida suficiente (art. 24 RD 864/2001); 2) haya obtenido la correspondiente autorización administrativa para trabajar –antes tan sólo se requería que se dispusiera de oferta de trabajo, puesto que la mera solicitud de permiso de trabajo se consideraba condición suficiente para la concesión del permiso de residencia–; 3) quien fuera beneficiario del derecho a la reagrupación familiar; 4) quien acredite una permanencia en territorio español de al menos cinco años y cuente con medios de subsistencia, con lo cual se reproduce el permiso de residencia por permanencia en España que, con la Ley 4/2000, requería tan sólo una permanencia de dos. Este acceso al permiso de residencia por medio de la permanencia fáctica en nuestro país constituye actualmente la única vía de regularización [junto al permiso de residencia por arraigo del art. 41.2.d) RD 864/2001]²⁹, habiendo desaparecido tanto el mecanismo de regularización anual como la desviada utilización de contingentes con esta finalidad; 5) también tienen derecho a residencia temporal los que hubieran tenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar habiendo permanecido de modo continuado durante los dos últimos años [art. 41.2.b) RD 864/2001] así como los desplazados, asilados, los que hubieran colaborado con las Autoridades Españolas o aquellos en los que concurran razones humanitarias (art. 41.3 RD 864/2001). En el caso de que el sujeto solicitante, incluido en alguno de los cinco supuestos reseñados, hubiera cumplido condena penal, hubiera sido indultado o se encontrara en situación de remisión condicional, estas circunstancias serán tenidas en cuenta para aceptar o no la solicitud de residencia. Llama la atención que en la Ley 4/2000 expresamente se señalara que no constituía obstáculo para la concesión del permiso de residencia el cumplimiento de una condena.

c) Residencia permanente (art. 32 LOE y art. 42 RD 864/2001) aplicable a quien hubiera tenido un permiso de residencia continuado temporal de cinco años. A diferencia de la anterior la LOE actual añade que debe haberse tratado de una residencia continuada, con las excepciones que el propio art. 32 LOE establece³⁰, con lo cual se introduce un elemento restrictivo adicional para el acceso a un permiso que, por su automática vinculación al permiso de trabajo, asegura condiciones de estabilidad y de derechos laborales similares a los de los españoles.

(29) Requiere este artículo un período de permanencia continuada de tres años y la acreditación de una situación de arraigo (contrato de trabajo o vínculo familiar).

(30) Se establece en el segundo inciso del art. 32.2 LOE que “Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente”. El art. 42.1 RD 864/2001 determina estas ausencias irrelevantes a efectos de la adquisición del permiso de residencia permanente.

10. Situaciones administrativas especiales

El actual art. 33 LOE (y los arts. 54 y 55 RD 864/2001) sitúa la regulación normativa de los estudiantes en el capítulo correspondiente a las situaciones administrativas de los extranjeros, rescatándolo así de la incorrecta adscripción que la Ley 4/2000 le atribuyó, dentro del capítulo correspondiente a los permisos de trabajo, si bien el art. 79 RD 864/2001 devuelve la temática laboral al apartado de los permisos de trabajo. Las correcciones introducidas son meramente puntuales respecto a la redacción de la LOE 4/2000: no es necesario que el fin único del extranjero sea el estudio sino que puede ser el fin principal (art. 33.1 LOE) lo que sucede cuando la retribución no tiene el carácter de recurso necesario para la subsistencia (art. 79.1 RD 864/2001); se considerará estudiante tan sólo cuando la realización de las actividades de investigación y/o formación no se encuentren remunerados laboralmente (art. 33.1), con lo cual parece excluir la aplicación de la condición de estudiante a quien realizara actividades docentes retribuidas, sin perjuicio de la posibilidad de ser contratados como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 33.4 *in fine* LOE), lo cual podría interpretarse de la siguiente manera: (a) carece de la condición de estudiante el que realiza actividades formativas con carácter secundario a la actividad retribuida que lleva a cabo (lo cual ocurre cuando se realizan actividades no relacionadas con los estudios); (b) no obstante, mantiene la condición de estudiante cuando trabaje a tiempo parcial o por tiempo determinado, siempre y cuando esta actividad no afecte la prosecución de los estudios. La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del contrato y no podrá ser superior a la duración de la tarjeta de estudiante (art. 33.4, según redacción dada y mantenida por la Ley 4/2000). En caso de tiempo completo se establece como límite la duración máxima de tres meses y su no coincidencia con los períodos lectivos (art. 79.1 RD 864/2001); (c) es posible el acceso de los estudiantes a las Administraciones Públicas, pero manteniendo su condición de estudiante, y siéndoles de aplicación lo establecido en el art. 33.4 LOE³¹; (d) el acceso al trabajo del estudiante requerirá de una autorización especial³² pero que no coincide con los permisos ordinarios de trabajo por lo que no será necesario el análisis de la situación nacional del empleo, sino tan sólo la compatibilidad entre estudios y trabajo; (e) el trabajo en la Administración Pública como personal laboral del estudiante no se limita tan sólo a la docencia o a la investigación (nada al respecto establece el último inciso del art. 33.4 LOE); (f) el estudiante extranjero podrá realizar actividades en la Administración Pública como personal laboral sin tener que superar la prueba de la situación nacional del empleo, sino tan sólo de la compatibilidad con los estudios, sin que las actividades tengan que estar relacionadas con la docencia y la investigación; (g) al contrario, no se podrán beneficiar de esta ventaja los estudiantes en centros privados de formación e investigación, en los que, incluso el acceso a las actividades docentes o de investigación requerirán que no se trate de trabajo a tiempo completo o que, aun siéndolo, sea por tiempo determinado y compatible expresamente con la actividad formativa.

(31) El art. 33.4 *in fine* comienza señalando que *no obstante lo dispuesto en el art. 10.2 de esta ley (que recoge el derecho de los extranjeros al acceso a la Función Pública como personal laboral) los extranjeros admitidos con fines de estudio podrán ser contratados como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en los términos y condiciones previstos en este artículo.*

(32) Establecido en el art. 79.1 RD 864/2001.

Las situaciones específicas de los refugiados, indocumentados y apátridas así como de los menores se encuentran notablemente desarrolladas, respecto de textos anteriores, en la LOE 8/2000 y en el RD 864/2001. La relativamente detallada referencia a la situación de los refugiados, apátridas e indocumentados se explica en parte porque el incremento del flujo migratorio con esta causa en el conjunto de países de la Unión Europea ha motivado el establecimiento de normas comunitarias específicas, cuya ejecución explica el sentido del actual art. 34 LOE: así, por ejemplo, la referencia a la Convención sobre el Estatuto de apátridas de 28 de septiembre de 1954, implica un evidente traslado de las competencias estatales en la conceptualización de situaciones a conceptos unificados en ámbitos internacionales (y asumidos por la norma comunitaria). La situación de los indocumentados es, con todo, la más problemática en nuestro país, si bien de lo establecido en el art. 34.4 no se aprecian diferencias sustanciales con respecto a la normativa procedente de momentos anteriores, a salvo las siguientes precisiones bastante evidentes: no se concederá a quien tiene prohibida la entrada; la concesión del documento correspondiente será, en su caso, posterior a la correspondiente investigación; y su concesión permitirá la salida al extranjero (previa adscripción de título de viaje).

El mismo alcance recordatorio de la previa investigación han tenido las reformas operadas en la situación de los menores (art. 35 LOE) respecto de los cuales se establece, en primer lugar, la determinación de la edad y, después, la posibilidad de retorno al lugar en donde se encuentren sus familiares. El permiso de residencia queda tan sólo para el caso de imposibilidad de retorno, a diferencia de la regulación anterior a partir de la que la concesión del mismo resultaba automática una vez se hubiera determinado la minoría de edad.

11. El permiso de trabajo: conceptualización y correcciones técnicas

Consecuentemente con la finalidad teóricamente depurativa, desde el punto de vista técnico, en materia de permisos de trabajo se ha producido una corrección terminológica de conceptos que, bajo la Ley 4/2000, ocasionaron no pocos problemas interpretativos³³: la autorización administrativa para trabajar no es un concepto diferente del permiso de trabajo (por cuenta propia o ajena). Actualmente esta autorización administrativa para trabajar comprende los permisos regulados en el Reglamento aprobado por RD 155/1996 y que previsiblemente en el futuro serán nueva y diferentemente tratados por el Reglamento en desarrollo de la Ley 8/2000, pero no autorizaciones administrativas

(33) Destacando las consecuencias de la redacción que aportaba la LOE 4/2000, en el sentido de que parecía incorporar una autorización empresarial para trabajar adicional al permiso de trabajo por cuenta ajena que se había exigido hasta la fecha, BALLESTER PASTOR y BLASCO PELLICER, "Aspectos sociolaborales de la nueva ley de extranjería...", *op cit.*, págs. 23 y ss. La confusión venía dada por el hecho de que el apartado tercero del, entonces, art. 33 comenzaba señalando que "los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" cuando en el apartado primero ya se había mencionado la obligación de los trabajadores extranjeros de disponer del correspondiente permiso de trabajo por cuenta propia o ajena. Bajo la actual regulación contenida en el art. 36 LOE el apartado 3 especifica que "Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo", con lo que definitivamente eliminan la figura de la autorización administrativa empresarial como un requisito adicional al correspondiente permiso.

empresariales adicionales a los permisos de trabajo por cuenta propia o ajena. Desde el punto de vista técnico, adicionalmente a la descrita clarificación terminológica³⁴ el actual art. 38.2 procede a la ordenación de las situaciones que dan lugar a la renovación del permiso de trabajo³⁵.

12. Los aspectos esenciales de la regulación del permiso de trabajo, introducidos por la Ley 4/2000, que se mantienen

a) A partir de la primera concesión, la renovación no podrá limitarse a un sector productivo o geográfico concreto [art. 38.3.d) LOE]. Se simplifica la estructura de los permisos de trabajo por cuenta ajena que queda, básicamente, como sigue (art. 69 RD 864/2001): el permiso tipo B inicial puede limitarse a un sector de actividad y ámbito geográfico concreto y su validez es de un año; a su término puede enlazar con el permiso tipo B renovado, cuya duración es de dos años, y no queda condicionado a ámbito alguno; tras el B renovado corresponde el permiso tipo C, tampoco condicionado a ámbito concreto y con duración de dos años. Tras cinco años de residencia continuada en nuestro país corresponde el permiso de residencia permanente, que no requiere permiso de trabajo (art. 41.3 LOE y art. 42 RD 864/2001). La negación de que el trabajador inmigrante inicialmente legal pudiera realizar, después de haberse desplazado a nuestro país, un trabajo en otro ámbito sectorial o geográfico, implica una traba administrativa de efectos multiplicadores de la marginación, que explican la relativa flexibilidad en el ámbito introducida por la Ley 4/2000 y mantenida en el texto actual, si bien con efectos aplicables a partir de la primera renovación. Para los trabajos de temporada el art. 78 RD 864/2001 prevé el permiso A (para montaje e instalación básicamente) y el permiso T, que autoriza las actividades de temporada o campaña como los agrícolas. Éste es el permiso más innovador por cuanto permite que el empresario solicite trabajadores extranjeros que, previos los informes pertinentes en relación a la SNE, obtendrán el visado y permiso adecuado. El empresario adquiere la obligación de costear viaje de llegada y alojamiento y el trabajador

PARA LOS PERMISOS DE TEMPORADA, EL PERMISO T ES EL MÁS INNOVADOR EN CUANTO PERMITE AL EMPRESARIO SOLICITAR TRABAJADORES EXTRANJEROS QUE PREVIOS LOS INFORMES PERTINENTES EN RELACIÓN A LA SNE, OBTENDRÁN EL VISADO Y PERMISO ADECUADO

(34) Que no se contiene tan sólo en la redacción del art. 36 LOE, sino también en el título de los arts. 37 y 38. Aquél deja de llamarse *Autorización administrativa para trabajar*, para llamarse, más propiamente, *Permiso de trabajo por cuenta propia*. Éste ya no se titula *El permiso de trabajo*, sino *El permiso de trabajo por cuenta ajena*.

(35) Son, en síntesis, las siguientes: persistencia o renovación del contrato de trabajo; percepción de prestación contributiva de desempleo; percepción de prestación asistencial para la reinserción; y concurrencia de las circunstancias que se establezcan reglamentariamente.

la de retornar tras el trabajo realizado. El permiso tipo T tiene una duración máxima de 9 meses en un período de 12 meses (lo que evita el enlace). Los trabajadores que hubieran disfrutado sin incidencias de este permiso quedarán exentos de la obligación de que se constate en campañas sucesivas la SNE. Se trata de un permiso interesante desde el punto de vista de la ejecución de trabajos de temporada, pero escasamente operativo dadas las características de la inmigración en España, que pretende mayoritariamente la permanencia y que proviene en muchas ocasiones de países americanos, desde los que el coste del traslado continuado es considerablemente alto.

b) Se mantiene en igualdad de términos, la validez del contrato de trabajo realizado con el inmigrante ilegal, actualmente configurado en el último inciso del art. 36.3: La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, bien entendido que la validez contractual se referirá tan sólo a la vertiente relacional entre el empresario y el trabajador, quedando la que tuviera que ver con el ámbito de la seguridad social en una situación considerablemente menos clara.

c) El permiso de trabajo constituye requisito esencial para el desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena de los extranjeros no comunitarios, del que sólo se excepcionan los supuestos expresamente excluidos en el art. 41 LOE y art. 68 RD 864/2001, entre los que se encuentran los que disponen de un permiso de residencia permanente –art. 41.3 LOE– y los estudiantes (que necesitan autorización especial). Requieren, por tanto, del permiso de trabajo los inmigrantes que tuvieran cierto derecho automático al mismo: de un lado, aquellos respecto de los cuales no fuera necesario comprobar la situación nacional del empleo – art. 40 LOE y art. 71 RD 864/2001–; de otro, los que hubieran entrado en nuestro país por vía de contingentes (ambos *infra*).

(d) Se añade la posibilidad de que se apliquen criterios de reciprocidad para la concesión de los permisos de trabajo (art. 36.4 LOE³⁶) lo cual no deja de ser paradójico si se constata la evolución de la normativa de extranjería que, poco a poco, ha ido desechando por su escasa operatividad práctica el criterio de la reciprocidad.

13. Las novedades de la LOE 8/2000

Algunas de las innovaciones introducidas por la LOE 8/2000 son las siguientes: (a) El trabajo por cuenta propia no puede realizarse en nuestro país después de simplemente haber solicitado el permiso correspondiente, sino que requiere su previa obtención (art. 37 *in fine* LOE). Paralelamente, la sanción por infracción grave contenida en el art. 53.b) LOE se configura para el supuesto de trabajo sin haber “obtenido” el permiso de traba-

(36) Art. 36. 4 LOE: “En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad”.

jo (no meramente solicitado); (b) Resalta de la actual regulación del art. 38 LOE la desaparición de la mención que contenía la anterior Ley 4/2000 de que transcurridos cinco años el permiso de trabajo será permanente si bien el permiso de residencia permanente (tras cinco años) exime del permiso de trabajo (art. 41.3 LOE); (c) Se producen algunas correcciones puntuales en materia de contingentes (art. 39 LOE); (d) Particular interés presentan las innovaciones introducidas en materia de tramitación de los permisos de trabajo. Y ello porque, aunque se mantiene el plazo de tres meses para la resolución de las solicitudes presentadas de solicitud o renovación de los permisos de residencia y de trabajo, se altera el mecanismo de silencio administrativo. Así, para los casos de solicitud inicial, el transcurso de aquel plazo sin resolución expresa implica la desestimación, mientras que cuando se trata de renovación la falta de resolución en plazo tiene efectos estimatorios. Con esta nueva regulación, contenida en la Disposición Adicional Primera (de la Ley 4/2000) se altera el mecanismo de silencio administrativo positivo que regía bajo la anterior regulación, incrementando la dificultad para recurrir por el mero desconocimiento de la motivación del acto; (e) En la Disposición Transitoria Cuarta se produce una habilitación para la regularización de ilegales considerablemente más restrictiva que las que con anterioridad sirvieron a este propósito: se establece la posibilidad de regularización pero tan sólo con respecto a los que durante el año 2000 la hubieran solicitado y se les hubiera denegado por no haber conseguido probar su vinculación territorial a España con anterioridad al 1 de junio de 1999, lo que se produjo por medio del RD 142/2001, de 16 de febrero. Resulta particularmente evidente que los Poderes Públicos dan por terminada la fase de las regularizaciones anuales y supuestamente extraordinarias para iniciar otra de carácter supuestamente más estable. Se mantiene tan sólo como mecanismo extraordinario de regularización el que origina el derecho al permiso de residencia temporal tras la permanencia en España de, al menos, cinco años, o el de arraigo tras tres años. Desde esta perspectiva, se entiende asimismo el endurecimiento de los mecanismos de control en la entrada trasladados a los transportistas.

14. La situación nacional del empleo

Dos son los aspectos ligados a la constatación de la situación nacional del empleo en el momento de la solicitud del correspondiente permiso de trabajo: de un lado, interesaría conocer el alcance real de tal requisito; de otro, cuáles son las situaciones en las que no resulta necesario el análisis de esta circunstancia:

a) El criterio de la situación nacional de empleo resulta ser un concepto jurídico indeterminado que ha sido interpretado por la jurisprudencia española de modo restrictivo³⁷: tan sólo puede justificar una denegación de permiso cuando existan demandantes de empleo españoles, comunitarios o residentes legales en España adecuados al concreto puesto de trabajo ofertado. El informe del INEM, o cualquier otro que dé cuenta de esta situación³⁸, aunque en el actual texto reglamentario (RD 155/1996) haya desaparecido

(37) Un comentario acerca del carácter y efectos de la potestad discrecional de la Administración en este aspecto, por MOYA ESCUDERO y otras, *Régimen jurídico del permiso de trabajo*, Granada, 1993, págs. 39 y ss.

(38) Por ejemplo, en el asunto que dio lugar a la Sentencia del TS de 18 de octubre de 1994 (AL, núm. 10, 1995, Ref. 349), el informe sobre la situación nacional de empleo provenía de la Delegación provincial de Barcelona.

su carácter obligatorio. Para la justificación de que la situación nacional del empleo no aconseja la concesión del permiso de trabajo no basta con la alegación de que existe desempleo en la actividad para la cual se solicita el permiso de trabajo, sino que resulta necesario que los trabajadores desempleados dispongan de la capacidad necesaria para desempeñar el concreto puesto de trabajo para el que el extranjero solicita el correspondiente permiso³⁹. Sin embargo, los Tribunales se han mostrado mucho menos restrictivos con la interpretación de estos informes del INEM cuando el trabajo a realizar por el extranjero queda enmarcado dentro del hogar familiar, porque en tales casos la simple referencia de que existen trabajadores demandantes de empleo en este sector, en la localidad de referencia justifica la denegación del permiso⁴⁰. Resulta más que evidente que el criterio de la situación nacional del empleo (junto con el del visado emitido por las entidades consulares españolas en el país de origen) han constituido los obstáculos más importantes para la regularización en el pasado reciente de los trabajadores extranjeros ya radicados en nuestro país, lo que les ha obligado a legalizar su situación por mecanismos masivamente extraordinarios. De cualquier modo, la situación nacional de empleo debe analizarse no sólo desde la perspectiva del trabajador nacional, sino también desde la del trabajador comunitario e incluso desde la del extranjero no comunitario residente legal en nuestro país, que se configuran como sujetos prioritarios para el acceso al trabajo ofertado.

b) Se clarifican los supuestos a partir de los que se concederá el permiso de trabajo sin atender a la situación nacional del empleo (art. 40 LOE y art. 71.1 RD 864/2001) así como aquellos que están exentos del permiso de trabajo (art. 41 LOE y art. 68 RD 864/2001). La actual redacción, con todo, no se ha limitado sólo a la ordenación sino que ha procedido a una reestructuración parcial de las situaciones que, en algún caso, parecen más favorables para el trabajador inmigrante: así, en el art. 41.1.j) LOE se establece que los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española pasan a encontrarse exentos de permiso de trabajo y no meramente de la comprobación de la situación nacional del empleo como sucedía con anterioridad. Asimismo sirve también para introducir supuestos eximidos del análisis de la situación nacional de empleo y que no se contemplaban en el RD 155/1996 por haber sido creados por la LOE 4/2000: es el caso del art. 40. K) LOE por el que se establece la automática concesión de un permii-

(39) En la Sentencia del TS de 25 de junio de 1990 (Ar. 4687) se reconoce el derecho al permiso de trabajo de un trabajador extranjero en la actividad de bollería congelada, una vez que queda probado que había desarrollado este tipo de actividades específicas en su lugar de origen, no resultando probado que exista personal español desempleado en una actividad tan específica. En la Sentencia del TS de 7 de julio de 1990 (Ar. 5815) se trataba de un puesto de trabajo de naturaleza administrativa, pero que requería un perfil muy especializado (conocimientos de informática, idioma inglés, bachiller superior, tarifas IATA, conocimientos de los mercados turísticos de Iberoamérica). El informe del INEM, únicamente referido a puestos de naturaleza administrativa genérica, no había atendido a las peculiaridades del perfil solicitado por el empresario. En la Sentencia del TS de 16 de mayo de 1995 (AL, núm. 42, 1995; Ref. 1722), se advierte que no es suficiente para la denegación del permiso una apreciación de la situación genérica de desempleo en nuestro país sino que es necesario que la situación nacional de empleo se analice en relación con una especialidad determinada (en este caso, jefe de producción carnicero-charcutero con conocimiento de idiomas, categoría que no estaba incluida en los documentos del INEM, y para cuya cobertura no se había presentado ningún trabajador español). En sentido similar, Sentencias del TS de 22 de noviembre de 1990, y de 7 de marzo de 1991.

(40) Sentencias del TS de 14 de marzo de 1994 (AL, núm. 33, 1994, Ref. 1149) y de 3 de mayo de 1995 (AL, núm. 40, 1995, Ref. 1640).

so de trabajo anual a quien hubiera obtenido el permiso de residencia por permanencia en nuestro país durante al menos cinco años (art. 31. 3 LOE).

c) Se establecen mecanismos correctores en el art. 70.1.1.b) RD y 70.1.3 RD 864/2001. A partir del primero, la Autoridad competente podrá sustituir la exigencia del certificado individual de inexistencia de mano de obra disponible en España por una certificación genérica del servicio público de empleo con validez bimensual en relación a determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores. En el art. 70.1.3 RD 864/2001 se contempla, por su parte, la posibilidad de que se concedan permisos de trabajo por cuenta ajena en los términos que resulten de las propuestas que a tal efecto formulen los servicios públicos de empleo correspondientes. Dichas propuestas especificarán el ámbito sectorial y territorial al que deban restringirse los permisos de trabajo que se otorguen a su amparo. Se trata de dos mecanismos que permiten prede-terminar los sectores de actividad deficitarios de mano de obra en nuestro país simplificando el control de la SNE y desbloqueando, en sectores manifiestamente necesitados de manos de obra extranjera, la concesión de permisos.

d) La gestión de la contratación de mano de obra extranjera deberá realizarse a través del servicio público de empleo [art. 70.1.1.b) RD 864/2001].

15. Los contingentes

La regulación de los contingentes se introdujo por primera vez en la normativa de extranjería en el art. 70 del RD 155/1996⁴¹. El sistema de contingentes pretende la canalización de los flujos migratorios hacia las actividades que no son absorbidas dentro del mercado español o comunitario, si bien la normalización del sistema que supuso su inclusión en el texto reglamentario de 1996 suscitó la reflexión acerca de una posible sustitución del inoperante sistema de permisos individuales por el de contingentes colectivos. La redacción aportada por la LOE 8/2000 ha clarificado algunas de las cuestiones

**LA LEY CLARIFICA,
DE FORMA FAVORABLE
PARA EL TRABAJADOR
INMIGRANTE,
LOS SUPUESTOS A PARTIR
DE LOS QUE SE CONCEDERÁ
EL PERMISO DE TRABAJO
SIN ATENDER A LA SITUACIÓN
NACIONAL DEL EMPLEO,
ASÍ COMO AQUELLOS QUE
ESTÉN EXENTOS DE DICHO
PERMISO**

(41) Si bien habían existido acuerdos de establecimiento de contingentes en 1993 (Resolución de 14 de junio de 1993, de la Subsecretaría, por la que se dictaban instrucciones generales sobre determinación de los contingentes de autorizaciones para trabajadores extranjeros para 1993, conjunta de los Directores generales de Asuntos consulares, de la Policía, de la Política Interior y de Migraciones), 1994 (Resolución de 23 de septiembre de 1994) y 1995 (Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 9 de junio de 1995 y Resolución del mismo ente de 1 de agosto de 1995).

relacionadas con la naturaleza jurídica y perspectivas de este mecanismo de encauzamiento de la inmigración, pero ya en la regulación procedente de años anteriores (sobre todo la que reguló los últimos contingentes) es posible detectar cierta línea de tendencia cuyo análisis, aunque somero, resulta imprescindible para la comprensión del fenómeno:

a) Los primeros acuerdos anuales para el establecimiento de contingentes configuraron un número máximo de autorizaciones para contratar en determinados sectores de actividad (servicio doméstico y trabajos agrícolas de temporada) respecto de los nacionales de determinados países (Perú, República Dominicana, Filipinas y otros países, para el servicio doméstico; Marruecos y otros países, para los trabajos agrícolas de temporada)⁴². A partir de este momento los empresarios podían presentar ofertas de empleo, genéricas o nominativas, que requerían de la previa autorización de las Direcciones Provinciales de Trabajo analizando el principio de preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera residente legalmente en España, previa solicitud de informes acerca de la situación de empleo; así como la solvencia del empleador para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones; y las causas que pudieran impedir la concesión del permiso de residencia o la expedición del correspondiente visado. Los contingentes de 1997 y 1998 siguieron parámetros muy similares. Previa realización de las averiguaciones pertinentes y concesión del visado correspondiente, el extranjero podía entrar en el territorio español y tramitar el correspondiente permiso, cuya concesión previsiblemente sería automática (pese a la necesidad de comprobar la situación nacional del empleo, así se deducía del término utilizado en las correspondientes Resoluciones: “tramitación” y no solicitud). En definitiva, el sistema de contingentes, reducido a sectores de actividad en los que existía menor demanda por parte de los trabajadores españoles y comunitarios, se regiría por criterios estrictamente cuantitativos (cupos) sin resultar necesaria una averiguación exhaustiva de la situación nacional del empleo. Completados los cupos, el trabajo en estos sectores de actividad no estaría justificado o, al menos, resultaría necesario probar que no afectaban a la situación nacional del empleo, utilizando para ello los trámites establecidos genéricamente para la concesión de los permisos de trabajo. Los contingentes establecidos para el año 1999⁴³ introdujeron algunas innovaciones respecto a los aplicados en años anteriores, solventando parte de los problemas que hasta la fecha se había producido: (i) al realizar su oferta de empleo, que puede ser genérica o nominativa, el empresario debía garantizar tanto un alojamiento adecuado como la repatriación en caso de despido nulo, improcedente o desistimiento cuando no pudiera tramitar otra oferta de trabajo. Resalta particularmente (además de lo incompleto de la relación de causas extintivas) que se contemple la situación de quien, aun habiéndose desplazado para un trabajo puntual, tiene ocasión de enlazar con otro contrato de trabajo y, consiguientemente, de mantener su permanencia en España, si bien se desplaza al empresa-

(42) El contingente para 1995 fue de 8.000 autorizaciones, distribuidas previamente entre los sectores y países mencionados.

(43) Por dos Resoluciones de 11 de enero de 1999.

rio el coste de la repatriación en caso contrario. Resulta evidente que, aun no siendo lo habitual, esta posibilidad que eleva sobremanera el coste de la contratación, puede provocar el efecto de que el empresario tenga menor interés en los contingentes que en la contratación ilegal de quien irregularmente se encuentra ya en nuestro país; (ii) desaparecen los sectores concretos de actividad y los países objetos de contingentes⁴⁴: en el contingente de 1999 se estableció sencillamente un número máximo por provincia; (iii) para la concesión del correspondiente permiso de trabajo se valora sólo excepcionalmente la situación nacional del empleo (expresamente se señala así lo que por la vía de hecho se había venido aplicando en los contingentes anteriores); (iv) el permiso aplicable es el que corresponde por razón del contrato, pero en el caso de trabajo en el sector agrícola puede tener ámbito interprovincial. El contingente flexibilizaba así los estrictos condicionantes geográficos de los permisos de trabajo contenidos en la anterior regulación, flexibilizados definitivamente para todos los sectores en la actual LOE (*supra*). Sin duda, el sector temporero agrícola era el más necesitado de una flexibilización de ámbito, tanto por las propias peculiaridades de la actividad como por la misma disponibilidad geográfica de los trabajadores inmigrantes; (v) en el contingente para 1999 se establece la posibilidad de eximir del visado a los que accedieran al mismo pero se encontraran ya en territorio español. Reflejaba esta posibilidad la verdadera virtualidad de los contingentes: lejos de encauzar mano de obra procedente de otros países estaba sirviendo como mecanismo adicional de regularización.

b) Las innovaciones introducidas por la LOE 8/2000 y por el RD 864/2001 podrían sintetizarse del siguiente modo⁴⁵: (i) Los actuales art. 39 LOE y art. 65 RD 864/2001, continuando con la línea de corrección técnica que ya se comentó más arriba, tratan el tema de los contingentes clarificando que no se trata de un mecanismo que sustituya al de la concesión puntual y concreta de permisos, puesto que también en estos casos tendrá que tenerse en cuenta la situación nacional del empleo, si bien su control se realizará por medio de la intervención del INEM en el proceso de fijación de los contingentes (art. 65.2 RD 864/2001). La aclaración resulta de interés teórico pero escasamente práctico porque, el requisito de comprobación de existencia de trabajadores españoles desempleados en el sector de actividad en que se solicite el permiso, seguirá resultando insalvable con carácter individual por lo que la vía colectiva de los contingentes será en la práctica la única que permitirá la entrada de inmigrantes. (ii) Se pretende asimismo que los contingentes encausen la inmigración externa y no sirvan meramente como mecanismo adicional de regularización de los extranjeros que se encuentran ya en nuestro país, lo cual es consecuente con el texto de una ley que pretende actuar ordenando la inmigración y

(44) Se mantienen, con todo, los acuerdos puntuales realizados con algunos países. Así, por ejemplo, el 30 de septiembre de 1999 se llevó a cabo un acuerdo administrativo entre España y Marruecos para trabajadores de temporada. El desplazamiento de los mismos corre a cargo del empleador y de las Autoridades españolas el alojamiento. En su art. 8 se contenía un curioso derecho a la permanencia. Se señalaba que las solicitudes de permiso de trabajo anual y renovable formuladas por marroquíes que hubieran trabajado en España como temporeros más de cuatro años consecutivos o no “serán examinados por parte española con particular benevolencia”.

(45) En la transcripción del texto del art. 39 LOE se han subrayado los aspectos introducidos por la LOE 8/2000: “El Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas y previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente, siempre que exista necesidad de mano de obra, un contingente para este fin en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales. A estos efectos, las propuestas de las Comunidades Autónomas incluirán el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores”.

estableciendo criterios permanentes, pero que inevitablemente, pese a la reticencia gubernamental, obligará al mantenimiento de políticas puntuales de regularización para reflotar el inmenso colectivo de trabajadores inmigrantes sumergidos; (iii) Finalmente, se recoge una antigua demanda de las Comunidades Autónomas, en el sentido de ser tenidas en cuenta en la fijación anual de los contingentes, lo cual tiene una evidente finalidad de adecuación real entre necesidades de mano de obra y trabajadores extranjeros. De cualquier modo, queda pendiente el tema de que el sistema de contingentes requiere una labor de anticipación de los empresarios difícilmente exigible en sectores como el agrícola o el servicio doméstico.

En la agricultura tal vez el sistema de contingentes pudiera ser adecuado si se articularan mecanismos más frecuentes o incluso extraordinarios, pero en todo caso ágiles para la entrada de mano de obra cuando se produce concretamente la necesidad. En tal sentido urge también un tratamiento más realista del sistema de permisos de temporada, más sensible a las necesidades de movilidad y coordinado, no enfrentado, a los sistemas de contingentes. Así, el permiso de temporada tipo T, configurado en los arts. 78 y 79 RD 864/2001, presenta numerosas deficiencias, al menos al aplicarse en el momento presente. Este permiso, como el anteriormente vigente tipo A, tiene una vigencia máxima de 9 meses en un período de referencia de doce. Se configura, por tanto, como un permiso que evita el enlace con otros trabajos y que, desde esta perspectiva, se contradice con las características fundamentales de la inmigración mayoritaria procedente de África y América, que no considera el trabajo en nuestro país como una posibilidad de ingreso temporal y complementario, sino como vía de subsistencia. Así las cosas, difícilmente será posible controlar el obligado regreso tras la campaña por lo que será previsible la permanencia posterior a la espera de nuevas regularizaciones extraordinarias o de la legalización por arraigo [tres años según el art. 41.2.d) RD 864/2001] o por el transcurso del tiempo (cinco años según el art. 31.3 LOE). De poco servirá, previsiblemente, el hecho de que no se analice la SNE en campañas posteriores para la contratación de los que en momentos anteriores hubieran regresado adecuadamente a su país (art. 89.12 RD 864/2001). Asimismo, el elevado coste de su aplicación (que obliga al empresario a abonar transporte de ida y alojamiento) cuando existe mano de obra extranjera ya radicada en nuestro país dispuesta a la movilidad entre campañas, evidencia las contradicciones actuales de este sistema, que parte de presupuestos que no concurren actualmente en nuestro país.

En el servicio doméstico la vía de los contingentes externos resulta ciertamente inoperante: es difícil pensar en alguien que contrate directamente a quien no conoce para que lleve a cabo actividades en las que tanto se valoran las condiciones personales concretas del trabajador. Resulta evidente, pues, que el trabajo doméstico seguirá articulándose por medio de entradas como turista que fructifican en contratos que nunca se pueden legalizar porque se carece de visado y de entrada legal en España, sin que sirvan los contingentes porque se limitan a las contrataciones externas. Particularmente paradójico resulta lo establecido al respecto en el art. 65.9 RD 864/2001: “El contingente que se fije para la actividad del servicio doméstico tendrá en cuenta las especiales condiciones de esta relación laboral”.

IV. EL TÍTULO III: INFRACCIONES Y SANCIONES

16. Las infracciones

Ciertos aspectos reformados, no estrictamente laborales, son ciertamente peculiares, como por ejemplo, la consideración de que existe infracción (leve o incluso grave en el caso de ocultación dolosa) cuando no se comunican los cambios en el estado civil del inmigrante [arts. 52.a) y 53.c) LOE], lo cual evidencia una desconfianza de la LOE frente al beneficio de la reagrupación familiar de alcance casi patológico. Otras modificaciones dan muestra de la preocupación de los Poderes Públicos frente a los problemas migratorios relacionados con la entrada en nuestro país. Así, por ejemplo, destaca como una de las principales innovaciones de la LOE 8/2000 las responsabilidades impuestas a los transportistas, que vienen obligados al control adecuado de los visados y a la devolución a su cargo de los que pretendieran entradas ilegales (art. 54.2 LOE), sin olvidar las correspondientes sanciones por infracción muy grave e incluso los eventuales decomisos del medio de transporte (art. 55.5 LOE). Desde la perspectiva estrictamente laboral las infracciones contempladas en la actual LOE, tras las reformas operadas por la LOE 8/2000 (y por el capítulo IV RD 864/2001 – especialmente arts. 133 y 134—) quedarían, en síntesis, del siguiente modo:

a) El trabajador inmigrante que presta servicios sin permiso de trabajo ni de residencia comete infracción grave, en tanto que el trabajador inmigrante que presta servicios sin permiso de trabajo pero con permiso de residencia comete infracción leve. Pese a que esta estructuración de las infracciones laborales del trabajador ya se contenía en la LOE 4/2000, curiosamente en el actual art. 52.c) de la LOE se establece que la infracción leve se produce cuando el que realiza trabajo carece de la autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, sin hacer referencia al permiso de trabajo por cuenta ajena. Ello obliga a las siguientes puntualizaciones: (i) si el inmigrante no ha solicitado permiso de trabajo por cuenta propia y ni por cuenta ajena, pero sí dispone de permiso de residencia, comete infracción leve; (ii) si el inmigrante ha solicitado⁴⁶ o dispone de permiso de trabajo por cuenta propia pero lleva a cabo actividades laborales por cuenta ajena, contando con el corres-

**UNO DE LOS ASPECTOS
MÁS POLÉMICOS DE LA
ACTUAL REGULACIÓN, EN
RELACIÓN CON LA QUE SE
ESTABLECÍA CON LA LOE
4/2000, HA SIDO
LA AMPLIACIÓN DE LOS
SUPUESTOS GENERADORES
DE EXPULSIÓN DEL
TERRITORIO ESPAÑOL**

(46) En la redacción del art. 52.c). LOE la comisión de la infracción gira en torno a la falta de solicitud, no a la falta de obtención del permiso. En este aspecto reproduce lo que se establecía en la LOE 4/2000.

pondiente permiso de residencia, no comete infracción alguna. Resulta ciertamente de interés por cuanto elimina como infracción una situación que, bajo la regulación anterior, supuestamente más permisiva, entraba en la tipificación de las infracciones leves; (iii) si el inmigrante que lleva a cabo actividades laborales en España carece de permiso de residencia y de trabajo⁴⁷, tanto por cuenta propia como ajena, incurre en infracción grave susceptible de multa entre 50.000 y 1.000.000 de pesetas o, alternativa y no acumuladamente, de sanción de expulsión.

b) El empresario que contrata a trabajadores extranjeros sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo incurre en una infracción muy grave por cada uno de los extranjeros ocupados irregularmente, lo cual implica una multa mínima por cada uno de ellos de un millón de pesetas [art. 134.4.c) RD 864/2001]. Resulta destacable que el art. 54.1.d) LOE, a diferencia de la Ley 4/2000, configura una infracción por cada extranjero ilegal, lo que ya se establecía a su vez en el art. 37.1 de la LISOS pero que sin duda, requería de referencia expresa en la normativa específica de extranjería. A resaltar igualmente que desaparece en el texto de este precepto la referencia a la concurrencia de infracción en supuestos de “utilización habitual” de extranjeros lo cual tiene una virtualidad en sí misma nada desdeñable: se hace exclusivamente referencia a la contratación sin permiso de trabajo, lo cual significa que, pese a la inexistencia de autorización administrativa, el vínculo contractual existe (lo que resulta particularmente importante a efectos, por ejemplo, del abono de indemnizaciones para el supuesto de extinciones sin causa o de las consecuencias relacionadas con la seguridad social), puesto que no existe ninguna figura extracontractual que pueda calificarse de “utilización habitual”. Esta solución es perfectamente consecuente con lo establecido en el art. 36.3 último inciso LOE (que ya se incorporó por medio de la Ley 4/2000) y que expresamente establece que la prestación de servicios sin permiso no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero.

17. Las sanciones

a) Pecuniarias: El art. 55 LOE y el art. 134.4 RD 864/2001 establecen para las infracciones leves la sanción de hasta 50.000 de pesetas; para las infracciones graves, la multa entre 50.001 y 1.000.000 de pesetas; y para las muy graves entre 1.000.001 y 10.000.000 de pesetas. Algunos de los aspectos más destacables de la nueva regulación son los siguientes: (i) en las tres infracciones descritas más arriba el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo, y se tramitará conforme al procedimiento sancionador por infracciones en el orden social (art. 55.2. *in fine*, por LOE 8/2000 y art. 134 RD 864/2001); (ii) es posible el establecimiento de una sanción adicional al empresario que lleve a cabo contrataciones ilegales constitutiva de infracción muy grave consistente en la clausura del establecimiento o local por un tiempo de entre seis meses y cinco años (art. 55.6 LOE, por LOE 8/2000).

(47) El art. 53.b) LOE establece la consideración de infracción grave para los supuestos de carencia de *permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar*, lo que permite incluir al permiso de trabajo por cuenta propia y ajena. Destaca, con todo, que se hayan mantenido las incorrecciones terminológicas en torno a los permisos y autorizaciones procedentes de la Ley 4/2000 que teóricamente habían quedado solventadas con la actual redacción del art. 36 LOE.

b) La expulsión: Algunos de los problemas que planteaba la sanción de expulsión del trabajador ilegal fueron solventados cuando la LOE 4/2000, inalterada en este aspecto por la LOE 8/2000, estableció el derecho a la renovación del permiso de trabajo de quien se encontrara percibiendo prestación contributiva de desempleo o asistencial de reinserción. Lamentablemente, el principal problema es el del trabajo prestado ilegalmente, porque en tales casos no está prevista expresamente la equiparación con respecto a los nacionales en materia de seguridad social, sino tan sólo en materia estrictamente contractual. Así las cosas, el trabajador inmigrante ilegal tendrá derecho a que se le abone el tiempo trabajado e incluso a que se le pague la correspondiente indemnización por despido sin causa pero, salvo que el empresario opte, una vez declarada la improcedencia, por la readmisión contando con los correspondientes permisos que habiliten al trabajador para regularizar su situación laboral (lo cual es definitivamente improbable), la aplicación de la sanción de expulsión vendrá desprovista de los derechos en materia de seguridad social a los que tendría derecho un trabajador nacional sumergido. Como más arriba se señalaba, pues, la falta de equiparación expresa en materia de seguridad social plantea problemas de difícil solución.

De otro lado, probablemente uno de los aspectos más polémicos de la actual regulación, en relación con la que se establecía en la LOE 4/2000, haya sido la ampliación de los supuestos generadores de expulsión del territorio español. Así, por ejemplo, se contempla la posibilidad de expulsión de quien hubiera cometido en España o fuera de España conducta dolosa que constituya delito en nuestro país sancionado con pena privativa de libertad de duración superior a un año, salvo en el caso de que los antecedentes penales se hubieran cancelado (art. 57.2 LOE). El principal problema es que la cancelación de los antecedentes no es un mecanismo de garantía suficiente para quien cumplió sus obligaciones pendientes con la justicia en otro país porque se trata de un requisito administrativo que depende de condicionamientos internos que pueden perfectamente no comprender la posibilidad de cancelación o aplicarla restrictiva e incluso arbitrariamente. En el ámbito estrictamente laboral destaca el hecho de que, a diferencia de lo establecido en la Ley 4/2000, la expulsión resulta aplicable en el supuesto de trabajo por cuenta ajena sin permiso de trabajo ni de residencia y, genéricamente, de situación irregular en España, tal y como expresamente establece el art. 57.1 de la LOE. Asimismo, y como se ha descrito más arriba con referencia a otros preceptos, la LOE incorpora aspectos puntuales de tramitación que con anterioridad se encontraban exclusivamente en los desarrollos reglamentarios. Es el caso del prolijo art. 64, en el que detalladamente se describe el procedimiento para la aplicación de la sanción expulsiva.

Por lo demás, la LOE añade algunas clarificaciones técnicas a su articulado en materia de expulsión. Concretamente en el apartado tercero del art. 57 puede leerse que no podrán aplicarse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa (art. 134.10 RD 864/2001), lo cual no deja de ser paradójico puesto que la expulsión puede producirse después de la reiteración de infracciones graves, en cuyo caso el sujeto ya habrá sido objeto de sanciones pecuniarias previas que, posteriormente, conducen a la expulsión, con lo que una misma actividad tiene aparejada primero multa y luego sanción. Mayor obviedad presenta la alteración normativa incorporada al actual art. 57.4 LOE, en el que se especifica que

la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España.

El mismo art. 57, en sus apartados quinto y sexto, establece que no se aplicará la sanción de expulsión en una serie de casos: nacidos en España con residencia legal en los últimos cinco años; los que tuvieran reconocida la residencia permanente; los que hubieran sido españoles de origen y perdieron la nacionalidad española; los perceptores de prestación por incapacidad permanente como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como los perceptores de prestación contributiva de desempleo o prestación asistencial de finalidad reinsertiva; el cónyuge, ascendientes e hijos a cargo del extranjero que se encontrara en alguna de las situaciones anteriores siempre y cuando hubieran residido legalmente en España durante más de dos años; y las mujeres embarazadas, cuando la expulsión pudiera suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Resulta de particular interés que, en el listado de estas situaciones que impiden la expulsión, se haya producido una ampliación: así, en el caso de los que tuvieran reconocida la residencia permanente, en la ley anterior se consideraba que no se encontraban en esta situación los que hubieran cometido determinadas infracciones graves o muy graves (entre ellas no se encontraban ninguna de las laborales); bajo la actual regulación, si se tiene el permiso de residencia permanente no se aplica la expulsión (con la única excepción de la participación en actividades contrarias al orden público o la seguridad exterior).

Estas circunstancias protegen de la expulsión salvo en el supuesto de que el origen de la infracción hubiera sido alguno de los dos siguientes: participación en actividades contrarias a la seguridad exterior o implicación en actividades contrarias al orden público; y reincidencia en la misma infracción conducente a la expulsión en el término de un año. Así las cosas, y desde la perspectiva laboral, cuando se trabaja sin permiso de trabajo ni de residencia, resultará aplicable la sanción de expulsión incluso cuando el sujeto se encuentre en alguno de los supuestos que la impiden, si se produce la reincidencia a que hace referencia el art. 57.

De este nuevo panorama con relación a la sanción de expulsión destaca una garantía que aparece en dos ocasiones en el texto de la LOE (art. 57.6 *in fine*; y art. 58.3 *in fine*): la imposibilidad de aplicar la expulsión en el supuesto de mujeres embarazadas cuando la medida pudiera suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Destaca de esta regulación la excepcionalidad de su presupuesto, de modo que tan sólo en estos casos y no en otros en los que humanitariamente sería aconsejable la permanencia por la reducida edad del recién nacido se aplicaría la excepción a la expulsión, lo cual es particularmente penoso cuando en condiciones de maternidad reciente, el acceso a un trabajo que permitiera legalizar la situación de madre e hijo resulta especialmente dificultosa.

La LOE 8/2000 reestructura el marco de relaciones entre la sanción expulsiva y la sanción penal asegurando la aplicación de la sanción penal correspondiente, y no de la

Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero

expulsión alternativa, en los casos en que los delitos cometidos fueran algunos de los tipificados en el Código Penal como 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518, en cuyo caso la expulsión se producirá una vez cumplida la condena. Adviértase que de este modo la LOE 8/2000 asegura el endurecimiento de las penas aplicables a los sujetos implicados en tráfico delictivo de mano de obra que ya había instaurado la Ley 4/2000, al tiempo que en su Disposición Adicional Primera anticipa otra reforma del Código Penal en sentido similar.

En el art. 56.6 LOE se configura, asimismo, la posibilidad de que la Autoridad Gubernativa pueda clausurar el establecimiento o local durante un tiempo comprendido entre seis meses y cinco años cuando se trate de empresarios que hubieran contratado ilegalmente a trabajadores extranjeros, lo que constituye una sanción complementaria a la pecuniaria. Con todo, el principal problema que un panorama sancionador excesivo plantea (sanción pecuniaria mínima de un millón de pesetas por trabajador ilegal acompañada de la sanción complementaria de clausura de local de negocios) es la difícil aplicación por parte de la Autoridad Laboral; y más aun cuando el empresario hubiera hecho todo lo posible por localizar mano de obra legal y hubiera cumplido con los requisitos mínimos de naturaleza laboral.

Finalmente, y con relación no sólo a la sanción consistente en la expulsión sino en cualquier otro caso en que el inmigrante hubiera sido objeto de sanción administrativa, es posible el establecimiento de medidas cautelares, que en la actual LOE resultan considerablemente aumentadas en relación a las que se contemplaban en la Ley 4/2000: si antes tan sólo existían la presentación periódica y la eventual retirada del pasaporte, en la actualidad es posible aplicar también la residencia obligatoria en determinado lugar, la detención cautelar e incluso el internamiento preventivo.

18. Sumario

En este acelerado repaso a las innovaciones introducidas por la LOE 8/2000 y el RD 864/2001, así como a la situación en la queda el trabajo de los trabajadores inmigrantes no queda ya sino la recapitulación final de sus aspectos más relevantes: a) La restricción de los derechos colectivos a los residentes legales podría presentar defectos de inconstitucionalidad; b) Se eliminan los mecanismos de regularización colectiva extraordinaria (contingentes aplicables a los ya residentes y regularizaciones anuales) si bien se mantienen los mecanismos de regularización por transcurso del tiempo; c) Paralelamente, se refuerzan los controles de entrada y los referidos a los transportistas (para los que se establecen mecanismos adicionales de control y sanción); d) Se endurecen las situaciones susceptibles de expulsión, que pueden afectar incluso a los que trabajaran en España sin permiso de trabajo ni de residencia o a los que se encuentren irregularmente en nuestro país; e) Se clarifica la existencia de permisos de trabajo por cuenta propia y ajena, eliminando las dudas que suscitó en su momento la existencia de una eventual autorización administrativa, que ahora desaparece, al menos con entidad propia y adicional a los anteriores; f) Se endurecen los requisitos para la reagrupación familiar, frente a la que se ins-

talán numerosas cautelas; g) Se clarifica técnicamente la sistemática del permiso de estudiantes; i) Se reestructuran los permisos de trabajo y se configura el permiso T (de temporada), en difícil convivencia con los contingentes; j) Se elimina la situación del empadronado, que sin tener regularizada su situación en nuestro país era, con la Ley 4/2000, sujeto pasivo de algunos derechos manteniéndose tan sólo a efectos del acceso a la asistencia sanitaria; k) Se detalla la regulación del sistema de tasas para la solicitud y renovación de permisos; m) Se aumentan las competencias de las comunidades autónomas, lo cual resulta particularmente relevante en materia de contingentes y en los permisos de temporada; n) Se anticipa una modificación del Código Penal y se evita la sustitución de la sanción penal por la simple expulsión en el caso de inmigrantes que hubieran cometido alguna de las infracciones relacionadas con el tráfico ilegal de mano de obra. Definitivamente, pues, la LOE y el RD 864/2001 anticipan una nueva etapa en la regulación y tratamiento del fenómeno migratorio mucho más estable (desde el punto de vista de la pretendida desaparición de los mecanismos anuales de regularización extraordinaria), más férreo (desde la perspectiva policial y sancionatoria) y, tan inexplicable como injustificadamente, menos garantista.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Delimitación de las fuentes. 2. Convenio colectivo y autonomía de la voluntad. A) Límites a la autonomía de la voluntad. Mínimos de derecho necesario. B) Autonomía de la voluntad y elección del convenio colectivo aplicable. **3. Concurrencia de convenios colectivos. 4. Garantía *ad personam*. 5. Condición más beneficiosa. 6. Comunidades Autónomas. Supletoriedad del Derecho estatal.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 863).

1. DELIMITACIÓN DE LAS FUENTES

La STS 30 de abril de 2001, I.L. J 822, desestimó un recurso de casación ordinaria o común, interpuesto por Fes-UGT, contra una sentencia dictada por la Audiencia Nacional. Entre los motivos del recurso se denunciaba infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 205.3 de la LPL). En concreto los arts. 42, 43, 45 y 46 del Convenio Colectivo. Sin embargo, la sentencia comentada considera que se produce un cierto desenfoque del alegato, porque si bien es cierto que esas cláusulas paccionadas tienen claramente la “fuerza vinculante” de que habla el art. 37.1 de la CE, y efectivamente “obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación” (art. 82.3 ET), también lo es que “no forman parte, sin embargo del ordenamiento jurídico”; así se desprende con claridad, según la sentencia, del art. 1º.1 del Código Civil, cuando enumera las “fuentes del ordenamiento jurídico español”.

Esta observación del TS, al menos en una primera impresión, parece contradecir el criterio unánime de dar al convenio colectivo la condición de norma y de admitir la infracción de convenios colectivos estatutarios como fundamento válido del recurso de casación con base en el art. 3.1.d) ET. Además esta observación resulta tanto más chocante cuanto que es introducida por el TS para luego dejarla de lado al considerar que, en definitiva, los preceptos de la autonomía negocial, cuya infracción se denuncia, desde luego

no dan lugar a un entendimiento del convenio que conduzca a una conclusión coincidente con la pretensión ejercitada.

El motivo tercero del recurso denuncia la infracción de jurisprudencia, en concreto, de sentencias dictadas por los Juzgados de lo social o por Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia. Este motivo es igualmente desestimado pues estas resoluciones no constituyen jurisprudencia. En este punto la sentencia se limita a apoyarse en el art. 1.6 del CC según el cual jurisprudencia es “la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Una polémica similar se plantea en la STS de 19 de febrero de 2001, I.L. J 237, aunque referida a convenios colectivos extraestatutarios. En esta sentencia se niega que un pacto que no tenga naturaleza jurídica de convenio colectivo, por no haberse tramitado por los cauces y con los requisitos establecidos en el Título III del ET, ni haberse publicado en el Boletín correspondiente, pueda servir para fundamentar un recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. La razón está en que el ordenamiento jurídico está integrado únicamente por las normas que tienen eficacia general. Para el TS es claro que un pacto de este tipo no tiene carácter normativo y por lo tanto no se integra en el sistema de fuentes del derecho recogido en el art. 3.1 ET.

De esta forma la sentencia acoge la doctrina reiterada de la Sala Cuarta del TS en las Sentencias de 7 de mayo y 4 de junio de 1992, 17 de octubre de 1994 y 14 de diciembre de 1996.

2. CONVENIO COLECTIVO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

A) Límites a la autonomía de la voluntad. Mínimos de derecho necesario

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2001, I.L. J 92, la cuestión litigiosa consiste en determinar la fuente de regulación adecuada para establecer una jornada de trabajo en un centro particular de una empresa. La solución al problema exigía interpretar el alcance del art. 14.4 Convenio Colectivo aplicable (XVI Convenio Colectivo para cooperativas de crédito, publicado por Resolución de 14 de febrero de 2000), según el cual en los centros de trabajo en que acuerde el personal solicitarlo a través de los representantes del personal, con la conformidad de la empresa o también por iniciativa de ésta, podrá establecerse de mutuo acuerdo otra jornada de trabajo de igual duración y promedio anual a la que resulta de aplicar el horario contenido en el convenio.

A partir de este precepto la empresa sostiene que la variación de la jornada puede llevarse a cabo en virtud de acuerdo con los trabajadores individualmente afectados, sin intervención de los representantes de los trabajadores. Los sindicatos, que promueven el conflicto, consideran que el acuerdo al que se refiere el convenio debe pactarse entre la representación legal de los trabajadores y la empresa. Y esta última es la tesis acogida por

I. Fuentes del Derecho

la sentencia, al considerar que es la más conforme con la literalidad del precepto en cuestión y con la propia naturaleza jurídica de la materia afectada. Según la sentencia “lo lógico será concluir que toda variación de la jornada laboral pactada colectivamente, debe acordarse también colectivamente, con la intervención de los representantes de los trabajadores, lo que se acomoda además a la previsión del art. 34.2 ET”.

En la **STS 28 de febrero de 2001**, I.L. J 258, la cuestión litigiosa versa sobre el alcance de las facultades de modificación unilateral de condiciones de trabajo de las Fuerzas Armadas de los EEUU, respecto del personal laboral de las bases de utilización conjunta. Se trata de saber si esas Fuerzas están habilitadas para cambiar de “nivel” o grado, dentro de la categoría profesional, a determinados trabajadores (personal que desempeña puestos en áreas de venta, comercio y similares) de las bases de utilización conjunta de Rota y Morón de la Frontera.

Una de las representaciones sindicales de los trabajadores afectados considera que tal decisión modificativa es contraria a derecho, aduciendo en la instancia vulneración del convenio colectivo del personal laboral que presta servicios a las Fuerzas Armadas de los EEUU, pactado dentro del marco de un Convenio de cooperación para la defensa, de 1988, entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, publicado en el BOE de 6 de mayo de 1989.

Sin embargo, la sentencia comentada mantiene la licitud de la decisión modificativa de niveles profesionales que está en el origen del litigio, ya que la misma se encuentra expresa y reiteradamente reconocida en el convenio aplicable que considera discrecional para las Fuerzas Armadas la asignación de niveles dentro de cada categoría. Es cierto que, según el art. 14.3 del convenio colectivo “el nivel inicialmente asignado podrá ser modificado por el desempeño de nuevas funciones laborales”. Pero ésa no es la única causa por la que puede ser modificado, pues el propio Tratado internacional prevé expresamente otras causas por las que se puede llevar a cabo una modificación de ese tipo. Evidentemente —concluye el TS— *el cambio de nivel debe respetar los mínimos de derecho necesario*, lo que en este caso no ha sido objeto de discusión.

B) Autonomía de la voluntad y elección del convenio colectivo aplicable

La elección del convenio aplicable es la cuestión que se aborda en la **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001**, I.L. J 124. Las dudas se plantean a propósito de una trabajadora que presta sus servicios, en virtud de un contrato eventual, para una empresa inscrita en el registro especial de Centros Especiales de Empleo del Instituto Nacional de Empleo de Catalunya. Los convenios en juego son, de un lado, el Convenio de Centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y sensoriales de Catalunya y, de otro, el Convenio colectivo de lavandería que se establecía como aplicable en el contrato de trabajo.

La sentencia comienza rechazando la validez de la cláusula que decide la aplicación de un convenio determinado. Dice concretamente que “*la autonomía de la voluntad no llega en derecho laboral hasta la posibilidad de elegir el convenio a aplicar, ni tampoco permite sustraerse a la aplicación de*

un determinado convenio, toda vez que son las partes colectivamente consideradas, con la legitimación suficiente y en el ejercicio de su autonomía las que únicamente pueden fijar el ámbito de aplicación de la norma colectiva a negociar". Por ello, concluye defendiendo la aplicación del convenio para el sector de centros especiales al considerarlo de carácter específico frente al más genérico de Lavanderías Industriales.

En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2001, I.L. J 569, mantiene que aunque en el contrato de trabajo se hubiera pactado la sumisión a un determinado convenio, se aplicará la norma convencional que proceda según lo legalmente establecido, pues así resulta de lo dispuesto en el art. 3.1.c) ET. Ésta es, desde luego, la tesis correcta, pues la sujeción al convenio colectivo estatutario no depende de una opción del trabajador o del empresario, sino de la delimitación de su ámbito de aplicación.

3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

En la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2001, I.L. J 569, antes comentada, se reclamaban unas diferencias salariales basándose en que debió aplicarse el convenio colectivo provincial de Vizcaya, de oficinas y despachos, en vez del convenio colectivo nacional de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable. La trabajadora que interpuso el recurso de suplicación se apoyaba en la preferencia del convenio de ámbito inferior de acuerdo con las previsiones del art. 84 ET.

La sentencia de instancia había concedido preferencia aplicativa al convenio de ámbito estatal basándose, de una parte, en el carácter especial del convenio nacional de empresas consultoras frente al carácter general del convenio provincial, y, de otra, en las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Primera del convenio estatal de referencia, según la cual "no podrá ser afectado en tanto esté en vigor por lo dispuesto en Convenios de ámbitos distintos, salvo pacto expreso en él contenido". La sentencia comentada estima íntegramente el recurso, y considera que el primero de los criterios del magistrado no puede prevalecer frente a las reglas de derecho positivo que se contienen en el art. 84.2 ET, tal y como ya se ha puesto de manifiesto por el TS en Sentencia de 22 de septiembre de 1998, cuyos criterios se han ratificado en la sentencia de casación para unificación de doctrina de 3 de noviembre de 2000.

Según esta doctrina, "el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero del este art. 84", de manera que "el mandato establecido en la norma comentada no es disponible (...) siendo ineficaces los pactos en contrario, sean cuales fueran sus ámbitos territorial y funcional".

Añade la sentencia que la redacción y las expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases "en todo caso" y "a pesar de lo establecido en el artículo anterior", dejan patente que esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83 ET y que se

I. Fuentes del Derecho

trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales. “En suma, queda claro que la regulación de un convenio colectivo no puede enervar la aplicación de las normas legales sobre la materia de concurrencia de convenios que contiene el art. 84 ET”.

La determinación del convenio aplicable es la cuestión debatida también en el recurso de suplicación que estima la **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001**, I.L. J 164. En ella se decide, en concreto, si era aplicable el convenio colectivo propio de la Empresa de Trabajo Temporal demandante, al que se habían sometido las partes mediante pacto, o el II Convenio Estatal de Empresas de Trabajo Temporal. Si se aplicara este segundo convenio tendría que confirmarse la sentencia recurrida, que reconocía unas diferencias salariales al actor con base precisamente en ese Convenio de Empresas de Trabajo Temporal.

Las reclamaciones salariales están referidas a un período temporal en que aún no había entrado en vigor la Ley 29/1999, de 16 de julio, que modificó el art. 11 n.º 1 de la Ley 14/1994, reguladora de las empresas de trabajo temporal, por lo que según la redacción aplicable en el momento en que se plantea el litigio, los trabajadores tendrían derecho a ser remunerados, según el puesto a desarrollar, “de conformidad con lo que se establezca en el convenio colectivo aplicable a las empresas de trabajo temporal o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria”.

A la vista de todo ello y teniendo en cuenta la existencia de pacto en el contrato en virtud del cual el convenio aplicable era el de la empresa recurrente, concluye la sentencia que debe estarse a lo expresamente pactado, si bien conjuntamente a este argumento emplea otro de más peso que se apoya en el art. 84 ET, cual es que el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de Trabajo Temporal no podía sustituir al Convenio propio de la empresa recurrente, porque este último, según se deduce del relato de hechos de la sentencia, era anterior.

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2001**, I.L. J 356, estimó una demanda de conflicto colectivo planteada por un sindicato en la que se discutía sobre el convenio colectivo aplicable a una empresa cuyo objeto social consiste en la comercialización y venta de carburantes, combustibles y cualquier otro tipo de productos a través de las Estaciones de Servicio, aparatos y surtidores y tiendas de conveniencia asociadas a las anteriores instalaciones. El debate se planteaba respecto a dos convenios: el de Estaciones de Servicio, suscrito el 27 de mayo de 1997, y el de Comercio Vario, en la Comunidad de Madrid, suscrito el 22 de abril de 1997. A juicio de la sentencia comentada, el primero de estos convenios era el aplicable, dado que la actividad inherente de la empresa demandada era la de suministro de combustibles. Por ello la actividad que se efectúa por la Tiendas de Conveniencia, sin nombre comercial, aprovechando la presencia de usuarios automovilísticos, no debía llevar a aplicar el de Comercio Vario, sea cual sea el nivel de negocio de esas Tiendas. Tampoco resultaba de aplicación el Convenio Estatal de Tiendas de conveniencia, que no existía en el momento de presentarse la demanda. Para tomar esa decisión la Audiencia Nacional se apoya directamente en los criterios interpretativos que recogen los arts. 3.1.c) y 1281 y siguientes del Código Civil,

dada la naturaleza de ley y contrato que en los convenios colectivos concurren, y en el 2 del Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio, en relación con el art. 82.3) ET, que otorga fuerza de Ley a la norma paccionada para todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

4. GARANTÍA “AD PERSONAM”

En la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 de enero de 2001, I.L. J 556, se plantea una supuesta discriminación en “AENA” entre el personal laboral “puro” respecto del personal funcionario “laboralizado”. Conviene recordar que en este organismo público conviven trabajadores que ostentaron, en su día, la condición de funcionarios, y que luego fueron laboralizados, con otro colectivo que siempre han sido trabajadores laborales. Esta diferencia de origen y régimen jurídico llevó a las partes (empresa y representación de los trabajadores) a regular en dos pactos, luego plasmados en el convenio colectivo, el régimen jurídico de cada uno de ellos. De tales acuerdos resulta una equiparación de trato si bien se mantienen, con matices, algunos conceptos específicos de los funcionarios (por ejemplo, se les mantiene, congelada, una indemnización por residencia).

El problema se plantea cuando los trabajadores estrictamente laborales desde su origen pretenden elevar sus salarios incluyendo esos mismos conceptos que se reconocían a los funcionarios laboralizados, invocando el principio de no discriminación. Para la sentencia comentada es evidente que no existe discriminación alguna, pues lo único que se hace es mantener como garantía *ad personam* la indemnización por residencia y el complemento personal compensable, “que impide, a su vez, a los funcionarios laboralizados percibir el complemento compensable del convenio”.

5. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de enero de 2001, I.L. J 78, rechaza la calificación como condiciones más beneficiosas de lo que se consideran como meras concesiones por parte de la empresa que nunca estuvieron fijadas en convenio colectivo. La pretensión de la parte recurrente consistía precisamente en el reconocimiento de un derecho a unos viajes por la Península por entender que se trataba de condiciones que ya tenían reconocidas con la empresa de la cual provenían, y que debían mantenerse al pasar por subrogación a otra empresa, factor que determinaba, además la inaplicación del convenio. No entra la sentencia en más consideraciones sobre la cuestión, al entender que no procede la revisión, pues ésta se apoyaba por la parte recurrente en unos hechos de los que nunca se habló en la instancia.

Sin embargo sí se ha apreciado la existencia de una condición más beneficiosa en la STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2001, I.L. J 291, que confirmó una sentencia recurrida en suplicación. El origen del litigio ha estado en la modificación unilateral por el empre-

I. Fuentes del Derecho

sario del sistema de abono del plus de nocturnidad, que se venía aplicando desde al menos 17 años. En concreto la empresa venía abonando el plus con independencia de la realización de jornada nocturna pero consideraba que se trataba de una concesión graciosa o mera liberalidad de la empresa. Basaba su argumentación en que seis años atrás se congeló la cuantía de dicho complemento sin que desde entonces se procediese a su incremento. Sin embargo, la sentencia comentada mantiene, al igual que había hecho la de instancia, que el dato de que la empresa viniese abonando ese complemento desde hacía tiempo, con independencia de la realización de jornada nocturna implica la existencia de una voluntad empresarial de establecer una mejora salarial que con su reiteración ha producido la adquisición por los trabajadores de un derecho que no puede ser modificado por la sola voluntad empresarial. “Como toda condición más beneficiosa deriva de una conducta unilateral a título de liberalidad”, no constando que la decisión inicial se hubiese supeitado a ninguna limitación temporal.

La modificación de una condición más beneficiosa no puede apoyarse en las atribuciones que al empresario confiere el art. 20 ET, concluye la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2001**, I.L. J 379. En este caso la controversia deriva de la discusión sobre la existencia de una condición más beneficiosa consistente en que la totalidad de la plantilla de trabajadores tenía concedidas unas tarjetas o pases para que los familiares de los trabajadores de la empresa pudieran efectuar de forma ilimitada desplazamientos en la totalidad de las líneas de la empresa, con excepción de las líneas internacionales. La pretensión de la empresa era regular de otro modo ese beneficio, para establecer un máximo de viajes. Pero, a juicio de la sentencia comentada, nos encontramos ante una condición laboral que, utilizando palabras de la STS de 14 de mayo de 1993, “tiene su fuente en la voluntad unilateral del empresario, manifestada tácita o expresamente, dirigida a otorgar a los trabajadores un tratamiento más favorable que el reconocido legal o convencionalmente”. Reconocida la existencia de dicha condición, no es admisible legalmente su eliminación unilateral más allá de lo que pueda derivar, en su caso, de su compensación y absorción por mejoras posteriores introducidas por la vía de la negociación colectiva. Niega también la sentencia que en este caso pueda alegar la empresa la concurrencia de los motivos a que alude el art. 41 ET, lo que por otro lado ni siquiera se había planteado.

Precisamente el procedimiento establecido en el art. 41.4 del ET, para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, es el recomendado por la **STS de 19 de marzo de 2001**, I.L. J 490, para afrontar la necesidad de cambiar una condición más beneficiosa que resultaba muy onerosa a la empresa. En concreto, durante cerca de veinte años la empresa había mantenido una protección adicional que dispensaba a los trabajadores afectos de invalidez permanente total derivada de enfermedad profesional, a través de una póliza con una compañía aseguradora. La empresa decidió suprimir unilateralmente este beneficio lo que, a juicio de la sentencia comentada, no es lícito dado que esa protección es incardinable en las mejoras voluntarias a que se refiere el art. 39 de la LGSS, y estas mejoras, aun siendo voluntarias en su origen, una vez concedidas, devienen obligatorias en los términos de la concesión. Se apoya el TS en que la empresa no puede suprimir unilateralmente un beneficio voluntariamente otorgado e igualmente mantenido durante largo tiempo, “sin acudir al procedimiento legalmente previsto” en el art. 41.4 ET para la modificación sustancial de las condiciones del contrato.

En la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2001, I.L. J 564, la condición más beneficiosa que se discute es el cómputo como jornada de trabajo del tiempo de bocadillo. El Juzgado de lo social admitió que desde 1986, y de manera expresa en 1992, el Ayuntamiento venía reconociendo este tiempo de prestación de servicios, por lo que no podía, por aplicación del art. 34 ET, suprimir unilateralmente este beneficio. Se entendió que se trataba de un supuesto en que no existía ningún pacto en el Convenio, por lo que era preciso acudir al art. 34 ET, donde se remite la consideración del tiempo denominado de bocadillo a lo que se pacte convencionalmente o conste en el contrato de trabajo.

Frente a la sentencia de instancia se presentó recurso de suplicación, que fue rechazado por la sentencia comentada, que remite desde el comienzo a la “impecable argumentación de la sentencia recurrida”. Considera la sentencia que en este caso, al no existir una previsión convencional respecto al tiempo de bocadillo, habrá que estar a lo pactado entre las partes “y esto no es sino el que ya de manera expresa en el año 1992, el Ayuntamiento tiene por tiempo efectivo de trabajo este descanso y lo regula específicamente”; “que se haya llegado a él a través de una concesión, por una práctica, o por una bilateralidad consensuada, lo cierto es que la empresa asume esta obligación, y a través de sus propios actos la incorpora de forma manifiesta, reflejando ese Acuerdo contra-prestacional que existe entre empleador o trabajador”.

Continúa diciendo la sentencia que:

“esto es lo que es una condición más beneficiosa, o si no se quiere llegar a tal definición, (...) una de las obligaciones prestacionales (...) a las que se refiere el mismo art. 3º del Estatuto de los Trabajadores cuando habla de la fuente del contrato, y una de ellas es la condición adquirida, los beneficios otorgados, o las mismas cláusulas del contrato”.

El último de los argumentos utilizado por la parte recurrente hacía referencia a la posible compensación de esta condición más beneficiosa como consecuencia del posterior Acuerdo sobre jornada anual. Pero este acuerdo sólo pretendía reducir la jornada anual en consonancia con las nuevas inclinaciones que existen dentro del derecho, y que se vienen aplicando en la Administración, pero no contiene un pacto expreso aplicable a la situación concreta. En definitiva, “no puede compensarse aquello que no se ha neutralizado, pues no sólo por la falta de homogeneización, sino por la misma significación del acuerdo” es deducible que no ha existido voluntad de las partes.

En todo caso:

“la condición más beneficiosa requiere que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de concesión y que esa condición sea unilateral y voluntaria con regularidad y persistencia de su disfrute en el tiempo”.

I. Fuentes del Derecho

Ésta es la doctrina jurisprudencial contenida en las últimas Sentencias de la Sala Cuarta del TS, de 11 de marzo y 27 de marzo de 1998, que es utilizada por la STSJ del País Vasco 6 de marzo de 2001, I.L. J 717, para rechazar que el disfrute de más días de vacaciones, que los 30 reglamentados, en los años 1998 y 1999, sea una condición más beneficiosa, como pretendían los trabajadores que interpusieron el recurso de suplicación. No se ha producido, según la sentencia comentada, esa voluntariedad con carácter permanente en el tiempo, que se precisa, puesto que si bien es cierto que los actores disfrutaron durante esos años de tres días más de vacaciones, ello no fue ni de forma voluntaria ni permanente pues la empresa advirtió el error para las vacaciones del año 2000. No se ha producido, por tanto, una incorporación de la ampliación de las vacaciones al nexo contractual.

También alegaban las partes que el Convenio de la empresa establece que a partir de los 15 años de antigüedad cada nuevo quinquenio dará derecho a un día más de vacaciones. Pero la sentencia aclara que en este caso no se ha probado que el disfrute de esos días adicionales de vacaciones se debiera a tener dicha antigüedad, ni al cumplimiento de los quinquenios. La clave, por tanto, para el reconocimiento de una condición más beneficiosa está en la prueba de si hubo o no una voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores una ventaja o beneficio social con anterioridad (como ya apuntaron las SSTS de 25 de enero y 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996).

En estos términos concluye la STS de 5 de abril de 2001, I.L. J 746, al rechazar el recurso de casación presentado por CCOO en el que se insistía sobre la nulidad, por ilegalidad, del art. 24.A.C del Convenio de Hostelería de las Islas Baleares, al establecer que, a partir de su entrada en vigor, para una categoría determinada de trabajadores (camareras de piso a tiempo completo), quedarían sin efecto todas aquellas condiciones sobre jornada que fueran inferiores a las fijadas para el conjunto del sector. Para el Sindicato recurrente, con esta cláusula se estaba privando de una condición más beneficiosa al colectivo que con anterioridad había logrado una regulación más favorable, mediante pacto de empresa o convenio precedente. Se argumenta que si bien el art. 82.4 ET, permite mediante convenio colectivo la derogación en bloque de las ventajas concedidas por otro anterior, no es posible eliminar condiciones más favorables ya obtenidas.

El TS, sin embargo, desestima el motivo del recurso, al entender que lo dispuesto en el convenio no afecta a los derechos consolidados que se mantienen respecto a las situaciones individuales que por jornadas más cortas puedan existir y que supongan derechos adquiridos (art. 86.4 ET), los cuales en cada caso deberían ser objeto de reclamaciones individualizadas, en las que debatir si existía o no aquella condición más beneficiosa.

6. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL

La STS de 9 de abril de 2001, I.L. J 758, desestima un recurso de casación para unificación de doctrina en el que la cuestión objeto de debate se centra en determinar la aplicación al personal estatutario al servicio de la Generalitat Valenciana de una norma estatal, en concreto, el RD 1181/1989, sobre régimen retributivo del personal estatutario. La resolución ahora impugnada en casación para unificación de doctrina entendió que

resultaba aplicable la normativa estatal porque la Comunidad Autónoma carecía de normativa propia sobre la materia. El recurrente invocaba como contradictoria una sentencia anterior de la propia Sala de suplicación, en la se afirmaba que no cabía sostener la aplicación al personal del Servicio Valenciano de Salud del RD 1181/1989, ya que dicha norma se aplica por disposición expresa al personal del INSALUD, no siendo de aplicación al personal transferido a las Comunidades Autónomas, razón por la que, concluía, a este personal se le debe retribuir con arreglo al sistema genérico que se desprende de la regulación ordinaria de trienios.

La sentencia comentada desestima el recurso de casación y declara aplicable para resolver la cuestión de fondo suscitada el discutido Real Decreto 1181/1989. La cuestión objeto de debate ya había sido resuelta en unificación de doctrina por la STS de 21 de marzo de 1996, a cuya solución se acude por razones de seguridad jurídica: “Al no existir por no haberse dictado una posible regulación expresa en esta materia, se aplica como supletoria la normativa estatal, y ello de conformidad con el art. 149.3 in fine de la Constitución (...) y con los artículos 26 y 27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”.

M^a ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores en la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de Grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta Dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. i) Otros.

3. Supuestos excluidos. A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 863).

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

Tres de los presupuestos sustantivos son objeto de consideración en este apartado. En primer lugar, la retribución sirve al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para calificar un trabajo habitual realizado por el cónyuge, considerado como laboral por dicho Tribunal. En segundo lugar, el trabajo de una esteticista, de una profesora y la prestación de servicios de limpieza permiten en tres sentencias distintas valorar el elemento de la dependencia para concluir sobre la existencia de relación laboral en todos ellos. Por último, la ajenidad se analiza con motivo de un conflicto planteado por el director de un restaurante, relación sobre la que asimismo recae la calificación como laboral de la misma.

b) Actividad retribuida

– STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2001, I.L. J 381.

1. El esposo de la actora solicitó la baja en el RETA en 1997, si bien afirmó ante la Inspección de Trabajo que durante unos cuatro meses al año se dedicaba con su esposa a la elaboración de objetos de regalo para colegios, comunidades y su venta a domicilio. La actora realizó actividad lucrativa en el mes de diciembre de 1998. En resolución de la TGSS de 13 de noviembre de 1998 se dispuso el alta de oficio de la actora en el RETA con efectos de 1 de diciembre de 1998.

2. Se estima que es improcedente el alta en el RETA, porque no es razonable que se estime como material idóneo el dato de que el esposo de la actora, en tiempo anterior al que se toma en consideración para el alta de oficio, solicitó la baja en dicho régimen y, con ese motivo, hizo la manifestación de trabajar cuatro meses en trabajos autónomos, pero, sobre todo, porque ni el trabajo durante el mes de diciembre, ni el trabajo durante cuatro meses al año, constituyen expresión de cumplimiento de la exigencia de que se ejerza una actividad económica a título lucrativo, en forma habitual, permanente y directa, que es lo que se requiere en el art. 2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Al respecto se acoge la doctrina del TS en su Sentencia de 29 de octubre de 1997, en la que se dice que para conseguir interpretar el requisito de la habitualidad a que se refiere el referido artículo, se ha de estar al monto del salario mínimo interprofesional dentro del año, de

II. Trabajador

manera que si se supera se considera demostrada la habitualidad de la correspondiente actividad. Lo esporádico de la actividad de la demandante lleva a que se considere que, ni por ese trabajo durante un mes, ni durante cuatro, se tiene acreditado que haya obtenido la suma de 952.560 pesetas, que es el importe que por tal SMI se señala en el RD 2015/1997, de 26 de diciembre. A ello se añade que al tratarse de una actividad que realizan los dos esposos partícipes en la referida actividad, habría de dividirse por dos el importe de las retribuciones percibidas por dicha actividad. En consecuencia se estima un recurso de la demandante, que carecía de los imprescindibles elementos de identificación, con base en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

3. Es sugestivo que un recurso que “carece de los requisitos indispensables para ser admitido como tal acto de parte” venga a ser aceptado, e incluso a ser estimado, pese a que el principio *pro actione* sólo es aplicable en toda su intensidad, respecto del acceso a la jurisdicción, pero no en cuanto al acceso a los recursos frente a las sentencias, según el Tribunal Constitucional, como se puede ver entre sus sentencias más recientes, en las núms. 9/2000 de 17 de enero, 161/2000 de 12 de junio, 251/2000 de 30 de octubre, 258/2000 de 30 de octubre, y 57/2001 de 26 de febrero. Es asimismo importante que se trate de objetivizar el requisito de la habitualidad. Se sigue así la jurisprudencia contencioso-administrativa (STS 21 de diciembre de 1987 y 2 de diciembre de 1988) que ha entendido que tal requisito hace referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero -como dice la STS de 20 de octubre de 1997- las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución. Este recurso al criterio de la cuantía de la remuneración, que por razones obvias resulta de más fácil cómputo y verificación que el del tiempo de dedicación, es utilizable además, teniendo en cuenta el dato de experiencia de que en las actividades de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido. Así ocurre en concreto, respecto de los subagentes de seguros, cuya retribución depende estrechamente del tiempo de trabajo dedicado a la formación, gestión y mantenimiento de la cartera de clientes. A ello añade la sentencia que se cita de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la variabilidad del monto económico y su adaptación a las circunstancias. Una única observación para cerrar y es que en el contrato de trabajo se pide a veces la habitualidad para ciertas bonificaciones y para algún caso supuesto o modalidad, pero se ha de afirmar que no es requisito ni nota caracterizante del trabajo por cuenta ajena, aunque su concurrencia sea, si se permite, lo habitual.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Cantabria de 29 de enero de 2001, I.L. J 86 (recurso 701/1999).

1. La demandante ha prestado sus servicios como esteticista con un contrato que aparece titulado como contrato mercantil y en cuyas estipulaciones se conviene que la actora

deberá cotizar al RETA. Con posterioridad, la empresa celebra un contrato laboral para mayores de 45 años y procede a dar de alta en el RGSS a la actora.

2. En la sentencia de instancia se apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción, desestimando la demanda de la actora pero el TSJ admite el recurso presentado y establece que la “línea diferenciadora entre la relación laboral y otras de distinta naturaleza jurídica se encuentra fundamentalmente en la nota de dependencia”. Esta dependencia “entendida como situación del trabajador sometido a la esfera organicista y rectora de la empresa” se revela como sustancial para la existencia de una relación laboral frente a la que no lo es. Con la cita de numerosas sentencias del TS en este sentido, el TSJ de Cantabria considera que la “nota diferencia, en todo caso, hay que buscarla, no en la prestación de un servicio por cuenta de otro, ni en la percepción de una remuneración a cambio, sino en la existencia de dependencia”. En tal sentido, aprecia el mencionado Tribunal –siguiendo siempre y citando en todo momento al Tribunal Supremo– que la presunción del art. 8.1 LET obliga, cuando no puede apreciarse con exactitud si los servicios prestados constituyen un arrendamiento de servicios o de obra u otros de similar naturaleza o un contrato laboral, a inclinarse por la aplicación de este último. La dependencia ha de ser entendida dentro de una amplia fórmula y no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono, sin que para ello el trabajador haya de estar sometida a una jornada predeterminada o a un horario fijo ni a la exclusividad en la tarea. Y en el trabajo que se analiza no se exige un control constante del empresario una vez dadas las órdenes y siempre que la contraprestación fuera satisfactoria. Por lo demás, la trabajadora no asumía riesgo alguno por lo que concurría asimismo la nota de la ajenidad.

3. El principio pro-laboralización prima en este caso en el que faltan elementos fácticos para precisar una solución distinta a la apreciada por el TSJ de Cantabria. Pero la decisión es importante porque afianza una tendencia de aplicación amplia y no restrictiva de las dos notas sustantivas más determinantes –y, por qué no, más polémicas– en la determinación sobre la naturaleza laboral o no de una determinada prestación de servicios. Basta con que exista, siguiendo lo establecido en la fundamentación jurídica de la decisión que se comenta, una sujeción al ámbito rector y organizativo del empresario, por mínimo que sea y aunque se aprecie una cierta personalidad e individualidad en la adopción de decisiones por parte de la trabajadora, para que la prestación sea considerada como laboral y no como una relación mercantil.

– STSJ de Murcia de 12 de febrero de 2001, I.L. J 447 (recurso 952/1999).

1. En esta ocasión se resuelve el recurso presentado frente a la sentencia que en primera instancia desestimó la impugnación realizada por la actora contra la TGSS, quien realizó de oficio su baja en el RETA. Los hechos de los que hay que partir son fundamentalmente que, en primer lugar, la actora procedió a solicitar su alta en el RETA, y a pagar su correspondiente IAE, igualmente, concertó una serie de contratos mercantiles, y finalmente facturó a mes vencido la cantidad pactada en dichos contratos, efectuando la declaración

II. Trabajador

trimestral del IVA. También consta como probado, que para la prestación de los servicios de limpieza contratados, la interesada aportaba todos los materiales necesarios. Teniendo en cuenta todo ello, el ponente confirma la sentencia recurrida entendiendo que no hay aplicación indebida del art. 1.1 ET.

2. Para llegar a tal resolución el ponente entiende que la calificación de la relación por los contratantes resulta irrelevante frente a la patente existencia de los presupuestos de la relación laboral: ajenidad, dependencia, voluntariedad y retribución. Tales presupuestos concurren en el presente caso, al ajustarse la recurrente a horario fijo, al someterse a las órdenes y directrices de su empresario, al recibir un salario fijo mensual y no asumir los riesgos inherentes a la prestación llevada a cabo ni tener trabajadores a su cargo. Todos estos indicios, unidos a la limitada trascendencia que tiene el hecho de que la recurrente aportara los productos de limpieza necesarios para su trabajo, conducen al ponente a la desestimación del recurso.

3. Resulta curioso a la vista del panorama jurisprudencial, que el supuesto del que se parte en la sentencia objeto de estudio sea el de una persona que no pretende que se declare la laboralidad de su relación, sino que, al contrario, se mantenga la no laboralidad de la misma. Es relevante como manifestación de una nueva forma de articulación de la prestación de servicios a través de contratos mercantiles con personas que cumplen todos los requisitos formales del trabajador por cuenta propia y sin embargo, siguen manteniendo la sustantividad propia de la relación del trabajador por cuenta ajena. Una vez más rige el principio *antinominalista* del Derecho del Trabajo, cuyo respeto ha de ser defendido, como en este caso, por los jueces de lo social.

– STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2001, I.L. J 663 (recurso núm. 301/2001).

1. La actora es profesora adjunta en un centro de estudios que se dedica a impartir clases para la formación de personas desempleadas. La actora impartía esas clases desde 1 de marzo de 1996 hasta 1999, realizaba entrevistas de colocación y tramitaba los correspondientes expedientes, sin constar que tuviera título universitario. Tenía remuneración de 142.338 pesetas mensuales. No estaba sujeta a horario fijado por la empresa, ni constaba inscrita en el libro de matrícula del personal.

2. Se afirma la naturaleza laboral del contrato y la competencia del orden social de la jurisdicción, con base en que concurre la dependencia y la ajenidad. Aquélla entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista de la empresa. Se estima que existe relación laboral en supuestos de amplia libertad de horario, y que no se desvirtúa la dependencia porque no sea absoluta, sino que se concreta en la inclusión en el ámbito organicista y rector del empresario. La ajenidad se afirma respecto al régimen de retribución. Se estima que la calificación de laboral deriva de la aplicación del art. 8.1 ET porque concurren prestación de servicios, por cuenta de la demandada, y la percepción de la consiguiente retribución. La prestación de servicios se llevó a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, pese a no haberse perfeccionado el contrato por escrito, ni constar inscrita la actora en el libro de matrícula, y no haber estado sometida desde 1999 a horario determinado, pues consta

que realizaba sistemáticamente entrevistas de colocación para la empresa y que tramitaba los correspondientes expedientes para ella. De ello se infiere que su situación era la de prestar servicios dentro del ámbito organicista y rector de la empresa, pues tal como se deduce de las circunstancias concurrentes, no realizaba esas entrevistas y expedientes, actuando con un criterio independiente, sino siguiendo, en todo caso, las correspondientes directrices uniformadoras, transmitidas por la empresa, realizando los concretos trabajos que ésta le encomendaba y sometiendo éstos a su ulterior control.

3. En la presente sentencia se parte de una petición de principio, que consiste en afirmar que la laboralidad del contrato existente se deduce del art. 8.1 ET, para concluir que existe trabajo prestado dentro del ámbito de organización y dirección del demandado. La presunción del art. 8.1 ET necesita de la previa prueba de la dependencia, de modo que no vale para concluir que concurre, si antes no se ha demostrado su existencia. Es lógico que si la trabajadora daba clases para formación de personas, y hacía entrevistas de colocación, las debería impartir y hacer en horario en que la empleadora dijera o concertara con los alumnos, pero sin que pudiera tener libertad la actora, en la medida en que tenía que contar, al mismo tiempo, con varias personas clientes de la demandada. La tramitación de los expedientes se puede hacer en cualquier horario, pero aquí la presunción camina en dirección a concretar que la identificación de los mismos y la precisión de los criterios de su tramitación, deberían ser los dados por la empresaria. Es indiferente que exista o no documento escrito y que la actora venga o no inscrita en el libro de matrícula del personal, pues de esto se lo que se podrá derivar, en su caso, es una sanción (art. 6.6 LISOS de 4 de agosto de 2000). Se viene a considerar muy significativa la inexistencia de horario fijado por la empresa. En rigor de ello se puede hacer derivar que el horario podía ser flexible y hasta fijado por la actora, aunque luego se acomodase al establecido por ella misma. En cualquier caso no es indicio de no laboralidad. Tan sólo no resultará acreditada la concurrencia de dependencia a través del horario libre. Pero ésta deriva forzosamente de la realización de las entrevistas y de la impartición de las clases a los alumnos que ordenase el centro, sin necesidad de que tenga que decirse que los alumnos los imponía el empresario, porque viene implícito. Es plenamente correcto, por ello, deducir que la realización de esas entrevistas y la tramitación de los expedientes, acreditan la inclusión de la actora en el ámbito organicista y rector de la empresa. Pero no que esa consecuencia derive del art. 8.1 ET. No parece oportuno expresar ahora qué es la ajenidad, pero puede afirmarse que son notas distintas del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, la ajenidad y la remuneración. Ésta es consecuencia de la productividad del trabajo que se presta. Aquélla expresa a dónde van los frutos del trabajo y quién asume los riesgos de la explotación empresarial.

d) Actividad por cuenta ajena

– STSJ de Madrid de 9 de enero de 2001, I.L. J 160 (recurso 2998/2000).

1. El actor prestaba sus servicios para la demandada, una empresa dedicada a la actividad de restaurante, con la categoría de director. Percibía por ello una retribución mensual de

II. Trabajador

175.000 pesetas, con prorrateo de pagas extraordinarias, más una remuneración en especie consistente en la ocupación de vivienda y valorada en 50.000 pesetas también mensuales. Obran igualmente en autos tres letras de cambio en las que aparece como librador la empresa demandada y como librado el actor. Éste interpuso una demanda por reclamación de cantidad en relación con los conceptos y cuantías anteriores, cuestión sobre la que no llega a pronunciarse la sentencia del Juzgado de lo Social al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción por inexistencia de un vínculo laboral. Señálese, finalmente, que en un procedimiento anterior había recaído sentencia que estimaba la demanda de despido interpuesta por el mismo actor contra idéntica empresa.

2. Rechazada la pretensión de modificar los hechos probados, el juzgador repara en dos aspectos que han de determinar el fallo: primero, que el actor ha prestado servicios para la empresa demandada; y, segundo, que esta misma convino en conciliación con el demandante reconocer la improcedencia del despido y abonarle, en consecuencia, las correspondientes cantidades que saldasen la deuda contraída. En opinión del Tribunal, es incuestionable que existió entre actor y demandada una relación laboral en la que concurren como notas configuradoras la “(...) ajeneidad, dependencia y retribución (...)”. Así pues, habiéndose infringido lo dispuesto por el artículo 1 ET, debe revocarse la sentencia, declarando la competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer del pleito, y conminando al juez *a quo* a pronunciarse sobre la existencia o no de la deuda reclamada.

3. Ante todo, debe llamarse la atención sobre la redacción de los hechos probados que en este caso resulta caótica, pues datos absolutamente relevantes para la determinación del supuesto de hecho no aparecen en los antecedentes sino en la fundamentación jurídica. Dicho lo cual, la argumentación, si bien poco brillante, nada tiene que objetar, a no ser la omisión a la voluntariedad como rasgo configurador de la relación laboral: es evidente que la prestación de servicios por parte del demandante satisfacía todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 1.1 ET, como ya había sido reconocido en un procedimiento anterior. Por lo demás, el hecho de que la empresa hubiera reconocido en el trámite de conciliación la improcedencia del despido da pie a la posibilidad de apelar al principio general que prohíbe ir en contra de los actos propios.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

La relación que vincula a un entrenador del equipo infantil que ha realizado funciones de jefe de cantera en la sección de baloncesto así como otro tipo de funciones en el Real Madrid Club de Fútbol es considerada como relación laboral de carácter especial de deportista profesional y no como relación laboral común, pretensión defendida por el actor en este supuesto.

d) Deportistas profesionales

– STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001, I.L. J 684 (recurso 284/2001).

1. El demandante había prestado sus servicios para la empresa Real Madrid Club de Fútbol desde 1991 en virtud de diversos contratos de carácter temporal. Al finalizar el último de ellos, la entidad deportiva le comunica que, con apoyo en la normativa reguladora de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, su contrato queda extinguido a todos los efectos. Durante la vigencia de su relación laboral, el demandante había desempeñado inicialmente tareas de entrenador de un equipo infantil para pasar posteriormente a realizar funciones de jefe de cantera de la sección de baloncesto encargándose también del seguimiento y vigilancia de jugadores y entrenadores de categorías inferiores. El trabajador interpone demanda de despido argumentando que la relación que le vinculaba con el Club era una relación laboral ordinaria y no especial de modo que la comunicación de extinción que le había sido remitida constituía un despido. Su pretensión fue desestimada en la instancia y, por ello, el interesado recurre en suplicación.

2. En su recurso, el actor insiste en el carácter ordinario de su relación laboral con la entidad deportiva. Reconoce que los entrenadores pueden quedar incluidos en la relación especial pero entiende que esa inclusión sólo afecta a los entrenadores de alta competición. El TSJ no comparte la argumentación del recurrente y por ello desestima el recurso. Para ello, la sentencia recuerda que el art. 1.2 del RD 1006/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, delimita su ámbito subjetivo de aplicación señalando que son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. Pues bien, las funciones efectivamente desarrolladas por el trabajador fueron, en una primera etapa, funciones propias de un entrenador y, con posterioridad, funciones típicas de un técnico deportivo. Todas ellas quedan comprendidas en la práctica deportiva que se presta dentro del ámbito y organización de un club sin que sea correcto limitar la inclusión en la relación laboral especial a los técnicos y entrenadores de deportistas de alta competición. La sentencia añade que, además, la forma de contratación, la vinculación temporal y no indefinida así como la retribución pactada ponen de manifiesto el carácter especial de la relación laboral.

3. En algunos pronunciamientos, el TS atribuyó a la relación laboral de los entrenadores de equipos deportivos el carácter especial de alta dirección (SSTS de 16 de mayo de 1975, de 20 de junio de 1977 y SSTCT de 7 de noviembre de 1977 y de 9 de abril de 1985). Sin embargo, esta línea jurisprudencial se quiebra con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1985, en la que se califica la relación de un preparador físico con la entidad deportiva para la que prestaba sus servicios como relación laboral especial de deportistas profesionales. A partir de ese pronunciamiento, la jurisprudencia y la doctrina de suplicación vienen calificando a los entrenadores y técnicos deportivos de los

II. Trabajador

clubes o equipos deportivos como deportistas profesionales incluidos en la correspondiente relación laboral especial. El pronunciamiento de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que ahora se comenta se ajusta a esta línea jurisprudencial en la medida en que se constata que las tareas desempeñadas por el recurrente se correspondían claramente con las de un entrenador o técnico deportivo. En el mismo sentido y en supuestos similares, aunque referidas a otros deportes, se han pronunciado las sentencias del TSJ de Cataluña de 14 de junio de 1999 (referida a un entrenador de categorías inferiores y técnico de la sección de waterpolo), del TSJ de Cantabria de 2 de julio de 1997 (relativa a un ojeador que efectúa el seguimiento de otros equipos para posibles fichajes) o del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 1996 (entrenador de saltadores profesionales y de niños).

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

Se excluyen del ámbito laboral un supuesto ya analizado con anterioridad en pronunciamientos también comentados en esta misma sección en números anteriores. Se trata de la prestación que los desempleados realizan para la Confederación Hidrográfica del Guadiana que, a juicio del Tribunal Supremo, ha de ser considerado como trabajo de colaboración social y, por ende, fuera del ámbito laboral.

G) Trabajos de colaboración social

– STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 803 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2155/2000).

1. Los actores, inscritos como desempleados en el INEM, fueron seleccionados por el Instituto para prestar servicios en la DP de la Confederación Hidrográfica del Guadiana al amparo del RD 1445/1982, de 25 de junio como trabajos temporales de colaboración social, habiendo percibido las retribuciones que se especifican, coincidentes con las bases mensuales reguladoras de las prestaciones de desempleo. Se les cursó el cese de modo verbal e interpusieron demanda por despido, apreciando todos los tribunales que se trataba de un despido improcedente.

2. Con abundante cita de sentencias anteriores, el TS no duda en destacar que “los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que esté percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando”. Por lo demás, “la propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él”, lo que supone que “la transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas”.

3. Ciertamente se trata de prestaciones que aparentemente reúnen todos los requisitos para ser calificadas como laborales, incluida la retribución. No obstante, la exclusión expresa efectuada por la norma que regula estos trabajos de colaboración social impide que así sea. Situaciones como éstas, o como la de los becarios que realizan “prácticas” en empresas o en la Administración no dejan de ser supuestos fronterizos que a buen seguro requerirían una reconsideración legal sobre los mismos. No obstante, la sentencia centra más su atención en el planteamiento efectuado por las partes, la temporalidad o la indefinición de dichas relaciones, con la opción ineludible por la primera de ellas.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado al servicio de las Administraciones Públicas

Se trata de un ámbito en el que la conflictividad crece a la vista de la reiteración de pronunciamientos judiciales sobre esta materia. En este caso, se analizan dos supuestos relacionados con la profesión médica —en concreto, la situación de interinidad de ambos—, uno referido a una profesora de religión y, por último, la prestación de servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores con destino en embajadas y consulados de España en Europa. Con soluciones de muy distinta índole, prima el rechazo a la aplicación no tanto de las normas laborales como de los principios que caracterizan a la relación laboral, salvo en el supuesto de la profesora de religión, cuya laboralidad ha sido reiterada por pronunciamientos ya comentados en números anteriores de esta misma sección.

– STS de 20 de febrero de 2001, I.L. J 244 (recurso de casación para la unificación de doctrina 913/2000).

1. El recuso de casación que resuelve la presente sentencia se interpuso por el demandante en la instancia que formuló demanda por despido frente al Servicio Andaluz de Salud (SAS). El demandante es médico y ha prestado sus servicios como interino contratado desde 1990 para cubrir una plaza vacante y hasta que ésta fuera reglamentariamente cubierta o amortizada. Al incluir esta misma plaza en un expediente de amortización del Hospital que fue autorizado por resolución de la Dirección General de Personal y Servicios del SAS, le fue comunicado su cese al demandante. Tanto en la instancia como en suplicación se desestimó la pretensión del demandante sin entrar en el examen de la cuestión prejudicial que había sido alegada consistente en entender que el procedimiento de amortización de las plazas no se había ajustado a las exigencias del derecho administrativo. Se argumentaba que el conocimiento de la pretensión relativa a la conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico de los actos de amortización de plazas no era competencia del orden jurisdiccional social sino del contencioso-administrativo.

2. El Tribunal estudia en la presente sentencia si en los casos en que el cese de un trabajador estatutario interino se ha fundado en la amortización de la plaza que ocupaba, es

II. Trabajador

competente la jurisdicción del orden social para conocer de la legalidad de aquella amortización al igual que lo es sin ninguna duda para conocer de la demanda formulada contra dicho cese. A este respecto, la Sala recuerda la doctrina contenida en su Sentencia de 10 de julio de 2000, dictada en Sala General. La comprobación de la existencia legal de dicha amortización es una cuestión que puede y debe ser conocida prejudicialmente por el orden social. Para poder decidir si el cese laboral controvertido es o no conforme a derecho es necesario resolver en primer lugar si la amortización del puesto de trabajo ha tenido lugar y la comprobación de la amortización constituye una cuestión prejudicial de índole contencioso-administrativa para la que los órganos judiciales laborales disponen de plena competencia. En consecuencia, el Tribunal procede a anular las resoluciones de la instancia y suplicación, para que el Juzgado en primer lugar y la Sala si hay recurso se pronuncien sobre la indicada cuestión prejudicial, valorando si la amortización que fue la causante del cese del actor fue adoptada por el órgano competente y con los requisitos formales necesarios.

3. El propio Tribunal ha señalado que la cuestión planteada en la sentencia es una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa para la que son competentes los órganos jurisdiccionales del orden social (arts. 10 LOPJ y 4º LPL). Se trata de una excepción a la regla general concebida para dar tutela efectiva a todas las pretensiones que tiene conexiones con cuestiones propias de otras ramas del derecho necesarias para la solución de la cuestión de fondo planteada. Puesto que se trata de una norma excepcional sólo opera cuando no se ha pronunciado sobre la misma cuestión el orden jurisdiccional competente. El pronunciamiento del orden jurisdiccional social lo es con carácter instrumental a los solos efectos prejudiciales.

– STS de 20 de marzo de 2001, I.L. J 497 (recurso en unificación de doctrina 900/2000).

1. El actor ha venido prestando servicios para el Servicio Canario de Salud, como Médico Ayudante del Equipo de Cirugía General y Aparato Digestivo desde 1 de abril de 1986. El 9 de septiembre de 1998 recibió de la Dirección General del Complejo hospitalario Materno Insular carta de cese de fecha 24 de agosto de 1998 en la que se hacía constar que en esta fecha el Director del Servicio Canario de la Salud emite la Resolución en virtud de la cual se modifica la plantilla orgánica de la Dirección General del Complejo Hospitalario Nuestra Señora del Pino/ El Sabinal aprobada por resoluciones núm. 806 del 20 de diciembre de 1997 y núm. 343 de 5 de mayo de 1998. En el Anexo de dicha resolución núm. 634 se relacionan los puestos suprimidos entre los que se encuentra el que Ud. desempeña. La efectividad de la amortización se producirá a partir del 5 de octubre de 1998. El 20 de diciembre de 1995 la Dirección General de Atención Especializada Las Palmas- Norte, había solicitado de la Dirección General de Recursos Humanos la amortización de un conjunto de plazas, entre ellas la del actor, para adaptar la plantilla orgánica a las necesidades de los distintos servicios y continuar con el proceso de jerarquización. El 9 de enero de 1996 el actor recibió comunicación de aquella Dirección General para que hiciera alegaciones en relación con la amortización de su plaza. El 17 de enero de 1996 el actor formuló alegaciones oponiéndose a la amortización, después de personarse en el expediente previamente. El 24 de agosto de 1998 el Director del Servicio canario

de Salud dictó resolución acordando la modificación de la plantilla en el sentido solicitado y acordando la amortización, entre otras, de la plaza del actor. La plaza del actor se identificaba con la numeración o claves 400002, 400006 y 70000. El actor alegó que concurrían diversas infracciones cometidas por los Servicios de Salud en la amortización de la plaza que da lugar al cese.

2. Se estima que de conformidad con el art. 4.1 LPL, en proceso de impugnación de un cese de trabajador con contrato de trabajo interino, debido a amortización de la plaza por decisión administrativa, se pueden revisar las posibles infracciones administrativas que se hubieran producido en ese procedimiento de amortización de la plaza, y cualesquiera otras cuestiones pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales, excepto en materia penal, si están directamente relacionadas con las propias del orden social. La materia del despido del actor es competencia del orden social, pero para decidir si el cese se ha realizado con arreglo a Derecho, se ha de examinar si la amortización de la plaza es válida jurídicamente, sin que baste la apariencia de legalidad. La validez de la amortización es cuestión directamente relacionada con la procedencia o improcedencia del cese que ha de decidir el orden social, por lo que se trata de una cuestión prejudicial a decidir con carácter prejudicial. Se cita la Sentencia de 10 de julio de 2000 en la que se argumenta que para valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a Derecho, o si constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar en la medida necesaria si se está o no en presencia de una auténtica amortización. Y en esta sentencia se matiza que la decisión es a los “solos efectos del proceso”.

3. En el presente caso se podía estimar que todo lo relativo a la impugnación del acto administrativo estaba blindado para la actividad de los jueces de lo social, con base en el art. 8.4 LOPJ, al consistir la amortización en un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo, de modo que las irregularidades sólo podían declararse en el proceso contencioso-administrativo. La apariencia de legalidad obligaría al juez de lo social a estar a lo resuelto, sin perjuicio de que el trabajador impugnase luego el acto administrativo. ¿Qué significado podría tener impugnar ese acto administrativo, si el cese se hubiera declarado conforme a Derecho? Es posible, pero muy arriesgado, intentar un recurso de revisión, ex art. 234 LPL y 509 a 516 LEC. La solución adoptada es la más rigurosa con el respeto a la búsqueda de la verdad material y al principio relativo al obligado rechazo por el juzgador de las peticiones, incidentes y excepciones formulados con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de Derecho (art. 75.1 LPL). Si la Administración tiene razones para defender la legalidad de su acto, puede hacerlo en el momento en que más importa al que lo impugna, porque le significa la pérdida del puesto de trabajo. No tiene sentido ir a otro proceso. Aquí debe traerse el principio defendido por el Tribunal Constitucional relativo a la tesis integrativa que viene enderezada a “no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral” (Sentencia 10/2001, de 29 de enero). Si el derecho a la tutela judicial se puede obtener en un solo orden y proceso, se debe hacer y en este caso se podía hacer. Un problema queda y es el relativo a la eficacia de la resolución de la cuestión prejudicial. Se limita al proceso en que se decide, de modo que no impide que se puedan sacar otras conse-

II. Trabajador

cuencias de carácter administrativo de la validez del referido acto. Si se impugna en el orden contencioso-administrativo, va a resultar difícil que se acepte una solución distinta, aunque es posible. No puede admitirse que algo es y no es, al mismo tiempo, como dice el Tribunal Constitucional, entre otras, en su reciente Sentencia 151/2001, de 2 de julio, pero añade “cuando la contradicción no derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas”.

– STS de 11 de abril de 2001, I.L. J 779 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4181/2000).

1. La actora, profesora de religión en centros públicos de enseñanza primaria, demandó a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y subsidiariamente, al Ministerio de Educación y Ciencia en reclamación del reconocimiento de la relación laboral y diferencias salariales. Su pretensión fue acogida por el Juzgado de lo Social que condenó a la Consejería de Educación y Ciencia. Contra dicha sentencia se interpusieron, tanto por parte de la Junta como por parte de la actora, sendos recursos de suplicación que fueron desestimados.

2. El Tribunal no entra en el análisis del vínculo que liga a los profesores de religión con sus empleadores puesto que no se discute que se trata de una relación laboral. Sí se reconoce sin embargo, que es una relación laboral con abundantes singularidades. Así, se menciona en la sentencia los diversos organismos intervinientes en esta relación como son, la Administración del Estado, la Autonómica y la Conferencia Episcopal. A esta última, la normativa vigente le atribuye la función de proponer a la autoridad académica las personas idóneas que cada año han de ejercer dicha enseñanza. En el presente caso, ha quedado excluido por la sentencia de instancia que sea titular de la relación el Arzobispado. El problema a dilucidar es quién de los otros organismos demandados es el empleador y para ello, el Tribunal se centra en determinar si el profesorado de religión católica ha sido transferido a la Comunidad Autónoma, lo que determinaría que la dependencia de la Administración del Estado ha pasado a la Comunidad con la consiguiente imputación de responsabilidades. A este respecto, el Tribunal considera evidente que no se ha producido dicha transferencia pues en los Decretos reguladores no consta referencia alguna a este personal. Así pues, se estima el recurso de suplicación interpuesto por la Consejería de Educación, revocando la sentencia de instancia y absolviendo a dicha demandada del abono de las diferencias salariales reclamadas, condenando al Ministerio de Educación y Ciencia a su abono.

3. Tratándose el presente caso de un supuesto litigioso relacionado con los profesores de religión católica en centros públicos, lo cierto es que el concreto problema a dilucidar se centra más en una cuestión competencial entre administraciones que en el contenido de la regulación que rige la relación de este profesorado con sus empleadores. No obstante, no podemos dejar de observar la abundante conflictividad que este personal genera, como ya se ha puesto de manifiesto en números anteriores de esta revista. Ello es debido, sin duda, a la normativa vigente en la materia, fruto del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español y el Convenio Económico-Laboral firmado el 26 de enero de 1999. Dicha normativa configura un régimen para los profesores encargados de la enseñanza de la reli-

gión católica, de contratación laboral con una duración determinada coincidente con el curso escolar y en el que la condición de empleador a todos los efectos corresponde a la administración educativa. Pero, la jerarquía eclesiástica se reserva la facultad de presentar a los candidatos que considere más idóneos para impartir dicha enseñanza, aunque quien realmente crea el vínculo es la Administración como destinataria de los servicios, que planifica y organiza y que está obligada a remunerar: para ello debe poner los fondos a disposición de la autoridad eclesiástica para que ésta actúe como simple pagador por cuenta de otro. Es clara la abundancia de zonas oscuras que arroja la presente regulación, como las referidas a la naturaleza temporal de la relación, o los posibles límites a la declaración de idoneidad de la autoridad eclesiástica como requisito para la designación y el nombramiento de cada trabajador. Como ya hemos señalado, éste es un colectivo que se encuentra en una situación permanente de provisionalidad que no dejará de plantear demandas en los Tribunales.

– STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2001, I.L. J 559 (recurso 3101/2000).

1. El actor ha prestado servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores desde el año 1977, con destino en embajadas y consulados de España en Europa, sin solución de continuidad y siempre como contratado laboral. En agosto de 1999, el Ministerio extinguió su contrato de trabajo por falta de adaptación al nuevo puesto de trabajo. El demandante solicitó la prestación de desempleo contributiva que le fue denegada con fundamento en el RD 2234/1981, de 20 de agosto, que excluye de la acción protectora de las prestaciones de desempleo al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero. Una vez desestimada la reclamación previa, el actor se interpuso demanda igualmente desestimada en la instancia.

2. El Tribunal analiza la normativa en vigor contenida en el RD 2234/1981 cuyo artículo 2 incluye en el régimen general al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero exceptuando de la acción protectora correspondiente al Régimen General la prestación por desempleo. Dicha previsión se reitera en la OM de 8 de junio de 1982 dictada en desarrollo del citado RD. En el análisis de las citadas disposiciones el Tribunal sigue la jurisprudencia establecida por el TS en sus Sentencias de 12 de diciembre de 1996 y de 7 de febrero de 1997. El Tribunal acepta la validez de la diferente regulación que en materia de acción protectora contiene el citado RD con respecto a los demás trabajadores incluidos en el sistema, al entender que por razones económicas de éste y por la protección prestada a través de normas ajenas al propio ordenamiento interno español, así se justifica. No obstante, si cupiera efectuar una interpretación correctora en atención a la particular situación de protección que puede darse en caso de que el trabajador carezca de protección por desempleo en los países donde ha prestado servicios, le sería exigible la acreditación a través del Instituto Español de Emigración de que no tiene derecho a prestaciones por desempleo en el país donde ha cesado de trabajar. Puesto que el recurrente no ha acreditado este presupuesto el Tribunal no considera la posibilidad de apartarse del criterio sostenido por el TS en la citada jurisprudencia.

II. Trabajador

3. La cuestión planteada versa sobre los derechos de Seguridad Social de los trabajadores españoles que presten sus servicios laborales en misiones diplomáticas. A estos trabajadores les es de aplicación el RD 2234/1981 por el que se regula la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración Pública en el extranjero. Ciertamente, en esta norma se produce la inclusión de dicho personal en el Régimen General de la Seguridad Social. Y a este respecto, se ha admitido la validez de la diferente regulación que en materia de acción protectora se les dispensa. Debe tenerse en cuenta que el trabajo en el extranjero puede significar la inclusión en el régimen público de Seguridad Social del país de residencia. Éste es un factor importante a considerar a la hora de enjuiciar la igualdad o desigualdad de trato de los asegurados desde el punto de vista del derecho a la no discriminación reconocido en el art. 14 de la Constitución.

D) Profesiones liberales

El contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre la empresa Renfe y el actor, médico de profesión, tiene naturaleza civil y no laboral, tal y como expone el Tribunal Supremo en este pronunciamiento.

– STS de 22 de enero de 2001, I.L. J 30 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1860/2000).

1. La sentencia tiene como probado que en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito por el actor, en 1994, las partes acordarían el tiempo y lugar en que el médico atendería a los ferroviarios que RENFE designara, si bien determinan que la hora de la atención médica debería comenzar a las 12 horas de cada día laborable, excepto sábados, y a partir de las 14 horas, hasta la total atención de los pacientes presentados a consulta. En una de las cláusulas del contrato figura que los servicios serán prestados con total independencia y espontaneidad, siguiendo los dictados de la buena fe y con sujeción a las normas deontológicas de la profesión.

2. La Sala califica de civil y no laboral la relación concertada, por tres razones básicas: 1ª) porque “(...) la empresa no puede establecer libremente un horario de prestación de servicios, sino que para fijarlo se requiere el acuerdo de las partes (...) [porque la estipulación pactada] no es de fijación de horario sino de exclusión del mismo (...) en beneficio del actor (...) como médico especialista para el ISM en horario de consulta de 9 a 13 horas, de lunes a viernes (...)”; 2ª) porque la prestación de servicios “(...) no era de naturaleza personalísima, pues el actor en caso de fuerza mayor, asistencia a congresos, vacaciones, enfermedad y otras situaciones similares, podía enviar un sustituto, aunque debía ser aceptado por la empresa (...) [el cual] (...) era retribuido por el actor, lo que es nota inequívoca indicadora de la prestación de los servicios profesionales en régimen de autonomía; 3ª) en cuanto a la retribución porque “(...) si bien era una cantidad fija mensual, lo era en concepto de ‘renta-canon o iguala’, no percibiendo por tanto ninguna clase de pagas extraordinarias, ni retribución en el período que tomase vacaciones, pues durante éste tenía que designar y pagar a un sustituto para que realizase sus servicios”. A título de síntesis, añade la Sala que “(...) quiebra la nota de dependencia o subordinación, ya que los servicios no

se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona sino que se llevan a cabo con autonomía e independencia del criterio de la empresa, ya que [por] ésta no se pueden dictar órdenes o instrucciones sobre la forma de ejecutarlo”.

3. El supuesto de hecho demuestra una vez más que la frontera entre la relaciones civiles y laborales es de papel y depende de las circunstancias que concurren, caso a caso, en la prestación de los servicios. A partir de ahí, los razonamientos no son plenamente convincentes, pues ni de ellos, ni de los hechos probados, se desprende que el facultativo contara con total autonomía para la prestación de la asistencia médica a su cargo, sin que exista ninguna razón para diferenciar en sus consecuencias últimas los compromisos *ex ante* y *ex post* con el empresario. Por lo demás, llama negativamente la atención el hecho de que no se valore en absoluto en la fundamentación de la sentencia el presupuesto de la ajenidad, mientras que se erige en presupuesto sustantivo específico el del carácter personalísimo de los servicios, pese a no ser más que uno de los aspectos intrínsecos del presupuesto de la dependencia.

E) Socios empleados

El Tribunal Supremo llega a una conclusión sin duda interesante en el primer supuesto, admitiendo la compatibilidad de la pertenencia al consejo de administración en su consideración de “consejero no ejecutivo” y el desempeño no sólo de una relación laboral común sino de una relación de carácter especial de alto directivo. En el segundo supuesto que se comenta, por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, manteniendo la tesis ya consolidada por el Tribunal Supremo, rechaza la calificación como laboral de la prestación de servicios del administrador social que realiza funciones de dirección y gerencia.

– STS de 24 de octubre de 2000, I.L. J 2601 (recurso de unificación de doctrina 292/1999).

1. La sentencia trata de un supuesto de un trabajador, contratado formalmente primero como alto directivo y después como trabajador ordinario, pasando a desarrollar su trabajo por subrogación en una nueva sociedad, de la que era titular del 20 por ciento del capital social y en la que realizaba funciones directivas. El actor vendió sus acciones y dos años después la sociedad extinguió la relación. El actor fue hasta la finalización de dicha relación, miembro del consejo de administración de la sociedad, sin que conste que participara “decisivamente” en ningún acto de dicho consejo. El Juzgado de lo Social calificó los hechos de despido improcedente de alto directivo y el TSJ se declaró incompetente, revocando el TS esta decisión.

2. La interesante decisión judicial viene a clarificar la compatibilidad de la pertenencia al consejo de administración en cualidad de “consejero no ejecutivo” y el desempeño no sólo de una relación laboral común, sino también de una relación laboral de alta direc-

II. Trabajador

ción, aunque sin pronunciarse abiertamente sobre si la específica situación del trabajador se encuadraba en uno u otro estatuto laboral. La sentencia, con apoyo entre otras, en la STS de 14 de octubre de 1998, recurso ud. 4564/1997, considera que el cargo de consejero de la sociedad no impide un simultáneo trabajo por cuenta ajena, especialmente cuando la pertenencia a dicho consejo es más “formal” que “real”.

3. El TS aclara uno de los puntos más confusos de su doctrina en materia de administradores sociales, en concreto, una de las excepciones de la teoría del vínculo que, como es sabido, mantiene el principio general de incompatibilidad entre el desempeño simultáneo de las funciones de administrador social y el trabajo por cuenta ajena. Hasta ahora, el TS había reconocido abiertamente la compatibilidad de una relación de trabajo por cuenta ajena ordinaria y el desempeño de la función de administrador social, en tanto que ambas resultaban plenamente identificables y una no absorbía a la otra. No obstante, en el presente fallo el TS da un paso más y afirma la compatibilidad del desempeño del cargo de administrador y el desarrollo de una prestación laboral de alta dirección, siempre que, como administrador, no se intervenga decisivamente en la marcha de la sociedad. Aunque los términos utilizados por la sentencia aún podrían matizarse más, lo cierto es que en la misma hay que ver un reconocimiento de la compatibilidad del puesto de “consejero pasivo” con una alta dirección. Por otra parte, se observa en la sentencia una criticable tendencia a tratar de forma conjunta la condición de administrador y la de socio.

– STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000, I.L. J 3205 (recurso 435/2000).

1. La sentencia declara la condición de trabajador por cuenta propia de un administrador que es titular del 33 por ciento de las participaciones sociales de una SL. La sentencia de instancia no había tomado en consideración la condición de administrador del demandante y se había declarado competente tomando como base la participación minoritaria en el capital social del actor, entendiéndose que, dado que ésta no alcanzaba el 50 por ciento de la totalidad de dicho capital, tenía la condición de trabajador por cuenta ajena a los efectos de reclamar una parte de los salarios debidos. La situación es posterior a las reformas legislativas de diciembre de 1997 y 1998 en materia de Seguridad Social del personal directivo.

2. La sentencia, con una amplia y criticable argumentación, llega a una conclusión coherente con la posición actual de la jurisprudencia del TS, contraria al reconocimiento de la laboralidad del administrador social que realiza funciones de dirección y gerencia. El TSJ, en lugar de basarse, como hubiera sido esperable, en la condición de administrador social del actor y en su actuación como tal, se centra en la titularidad del 33 por ciento de las acciones como criterio para mantener el “carácter por cuenta propia” de la actividad desarrollada.

3. El TSJ considera que es trabajador por cuenta propia quien es administrador, pese a ser titular de tan sólo el 33 por ciento del capital social. En mi opinión, la sentencia, en lugar de apoyarse en la teoría del vínculo, argumentado la imposibilidad de desarrollar una actividad directiva según una doble naturaleza, de administración social (mercantil) y laboral, se centra en el carácter por cuenta propia de la prestación de quien es titular de un

tercio del capital social, sosteniendo que actuaba como “auténtico propietario de la empresa”. Esta posición resulta especialmente criticable cuando, desde la óptica de la nueva DA Vigésima séptima LGSS, la titularidad del 33 por ciento del capital social implica la presunción de control efectivo de la sociedad y el encuadramiento del socio en el RETA. Hay que recordar que esta tendencia legislativa no tiene por qué trasladarse al ámbito laboral, donde la jurisprudencia ha mantenido –al menos hasta antes de las reformas de 1997 y 1998– la compatibilidad de la condición de socio minoritario con la de trabajador por cuenta ajena, al menos, común (STS de 14 de octubre de 1998, rec. u.d. 4564/1997; sobre alta dirección, véase la reciente STS de 24 de octubre de 2000, rec. u.d. 292/1999, I.L. J 2601). No así algunos TTSSJ, en una tendencia que esta decisión fomenta y que ha de calificarse de poco afortunada.

1) Otros

Dos situaciones distintas, aunque próximas, en este apartado que permite recoger aquellos pronunciamientos que no tienen fácil engarce en los anteriores. En primer lugar, en relación a una prestación de servicios desarrollada durante un breve plazo de tiempo (seis días) y sobre la que el Tribunal Superior de Justicia de Valencia entiende que no ha de aplicarse la presunción *iuris tantum* de laboralidad. En el segundo supuesto, ante la posible existencia de un precontrato –arrendamiento de industria que es cedido a condición de que el arrendador realice un contrato de trabajo con el arrendatario– el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no duda en admitir la naturaleza laboral de la relación por los condicionantes en que se desarrolla el supuesto, sin perjuicio de la relación primigenia entre las partes fuera de naturaleza mercantil.

– STSJ de Valencia de 25 de enero de 2001, I.L. J 328 (recurso 3636/2000).

1. Son hechos probados que el demandante se inscribió en una oferta de empleo realizada por una empresa a través de internet, razón por la cual se personó en los locales de aquella donde se le proporcionó documentación relacionada con programas informáticos y de contabilidad con los que debía familiarizarse como condición previa a su contratación. Seis días más tarde, le fue comunicado verbalmente por la misma empresa que no daba el perfil para el puesto de trabajo. Considerando el actor que había sido objeto de un despido, y tras no lograrse la aveniencia en el trámite de conciliación previo, interpuso demanda por tal causa que fue desestimada por el juez, al entender que no llegó a existir relación laboral entre los implicados. Tal decisión da lugar al presente recurso de suplicación.

2. El Tribunal considera que no llegó a establecerse ningún tipo de relación por faltar el consentimiento, elemento esencial de cualquier contrato en virtud de los artículos 1254 y 1262 CC. Se rechaza también la aplicación de la presunción *iuris tantum* de existencia de relación laboral, recogida en el artículo 8.1 ET, según la cual existe un contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta de otro y dentro de su ámbito de organización y dirección y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél. Semejante

II. Trabajador

apreciación se apoya en dos motivos: de una parte, que no conste que las partes consintieran en obligarse a formalizar un contrato de trabajo; y, de otra, que en ningún momento se haya acreditado que el demandante hubiera prestado efectivamente sus servicios para la empresa demandada.

3. El fallo de la sentencia es correcto, si bien la fundamentación no resulta del todo clara en algún punto. No plantea mayor problema la imposibilidad de aplicar la presunción del artículo 8 ET, puesto que la realización de una pruebas de selección no constituye en sí misma una prestación de servicios contractual. Más oscura es, sin embargo, la cuestión relativa a los términos en los que tiene lugar la oferta de empleo; concretamente, podría plantearse si no estamos ante un supuesto de precontratación o, al menos, ante una situación en la que se han producido un conjunto de tratos preliminares o actos preparatorios del contrato que sin llegar a constituir una voluntad inequívoca de obligarse ni contener todos los elementos esenciales de la vinculación contractual laboral pudieran haber hecho surgir determinadas expectativas en el demandante. En mi opinión, estamos ante este segundo caso, lo cual significa que la frustración que sufre el demandante al no ser contratado podría dar lugar a una indemnización que reparara, en su caso, los daños generados. Sin embargo, no es ésa la petición, por lo que nada puede objetarse al fallo que se limita a constar que, en efecto, no existía relación laboral en el momento en el que el demandante es rechazado para el puesto de trabajo.

– STSJ del País Vasco de 13 de marzo de 2001, I.L. J 720 (recurso 3087/2000).

1. El demandante había celebrado un contrato de arrendamiento de industria con el demandado por el que arrendó la empresa de éste para su explotación. Transcurridos algunos años, ambas partes decidieron de común acuerdo extinguir dicho contrato. Asimismo acordaron que, con carácter inmediato, el arrendador procedería a contratar como trabajador al demandante. Además incorporaron a dichos acuerdos una cláusula conforme a la cual el despido del trabajador durante los primeros tres años de su relación laboral determinaría en favor de éste una indemnización en la cuantía pactada. En cumplimiento de estos acuerdos se celebró el previsto contrato laboral. Sin embargo, antes de que concluyera el período de tres años desde la celebración del contrato de trabajo, la empresa procedió al despido del trabajador. Éste interpuso demanda de despido que fue estimada, calificándose el despido como improcedente y optando la empresa por el abono de la indemnización legalmente prevista. En proceso distinto al del despido, el trabajador reclamó, también ante la jurisdicción social, el abono de la indemnización prevista en el pacto anteriormente mencionado. El Juzgado de lo Social estimó la demanda del trabajador y condenó a la empresa al abono de la indemnización en la cuantía correspondiente conforme al pacto celebrado entre las partes. El empresario, no conforme con la decisión judicial, interpuso recurso de suplicación.

2. El empresario recurrente articula dos motivos de oposición a la demanda. Por una parte, se alega la excepción de incompetencia de jurisdicción –por entender que dicha reclamación no debe ser conocida por los órganos del orden social de la jurisdicción– y, por otra, la de cosa juzgada –pues se estima que el origen de la reclamación del trabajador se apoya en el despido y éste ya fue objeto de resolución judicial en proceso distin-

to—. Ambas excepciones son rechazadas. Por lo que se refiere al orden jurisdiccional competente, la empresa recurrente entiende que, puesto que el contrato del que deriva el pacto es de carácter mercantil, la competencia corresponde al orden civil de la jurisdicción. El TSJ no acepta este razonamiento. Y ello porque el pacto del que deriva la posible obligación indemnizatoria del empresario reúne las condiciones de un precontrato laboral en la medida en que se pactan condiciones para el caso de rescisión de la relación de trabajo. El precontrato participa de la naturaleza del contrato laboral por lo que el conocimiento de las controversias en torno al mismo corresponde al orden social de la jurisdicción. La excepción de cosa juzgada es también desestimada porque, como señala la sentencia, “la modalidad de despido es autónoma y no puede ser añadida a otra” de modo que la demanda indemnizatoria no puede acumularse a la de despido. En consecuencia, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

3. La competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de las controversias derivadas de precontratos laborales ha sido reconocida en diversos pronunciamientos del TS (así, en las Sentencias de 14 de junio de 1983, de 23 de mayo y 30 de octubre de 1988 y 15 de marzo de 1991) y en la doctrina de suplicación (pueden citarse, como ejemplo, las Sentencias del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de diciembre de 1991, de 3 de mayo de 1994 y de 18 de marzo de 1997 o del TSJ de Baleares, de 10 de julio de 1997). La solución alcanzada por la sentencia que ahora se comenta se ajusta correctamente a esta interpretación dado que el pacto entre las partes pone de manifiesto su voluntad de incorporar dicho acuerdo al contenido del contrato de forma que, al incorporarse a éste, su conocimiento corresponde al orden social de la jurisdicción. Por lo que se refiere a la desestimación de la excepción de cosa juzgada, es preciso distinguir dos cuestiones: Por una parte, se advierte que, aunque los litigantes sean los mismos, la pretensión en el proceso de despido difiere de la que ahora se articula por el trabajador. De esta forma, la ausencia de identidad en la causa de pedir impide apreciar cosa juzgada. Por otra parte, la sentencia advierte correctamente de la imposibilidad de acumular a la demanda de despido otro tipo de pretensiones. Este principio cuenta sólo con alguna excepción reconocida por la doctrina unificada. Así se acepta la incorporación al proceso de despido de la controversia sobre el salario que debía percibir el trabajador en el momento del cese, en cuanto módulo de cálculo de la indemnización y de los salarios de tramitación, sin que ello implique acumulación indebida de acciones (SSTS de 23 de febrero de 1993, de 12 de abril de 1993, de 8 de junio de 1998, y de 21 de septiembre de 1998). Asimismo, se admite la posibilidad de reclamar la indemnización por la lesión de un derecho fundamental en el mismo proceso de despido (STS de 12 de junio de 2001). En el supuesto resuelto en la STSJ del País Vasco, de 13 de marzo de 2001, no estamos ante ninguno de estos supuestos excepcionales, de forma que el trabajador no pudo acumular en el proceso de despido la reclamación de la indemnización pactada. Por ello, es correcto articular esa reclamación en proceso diferente cuyo conocimiento, como ya se ha señalado, compete al orden social de la jurisdicción.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

a) Familiares

La situación de una trabajadora por cuenta ajena que presta sus servicios para una empresa de la que responde como titular su madre, la prestación de servicios con carácter temporal del cónyuge para una empresa de la que es socio mayoritario su marido y de un hijo cuyo padre es propietario del 49,9 por ciento de las acciones, son los tres supuestos analizados por los pronunciamientos objeto de comentario en este apartado. El rechazo de la naturaleza laboral de la prestación en los dos primeros supuestos y la apreciación de dicha naturaleza en el último, añaden mayor interés a la comparación entre estos tres pronunciamientos que a continuación son analizados.

– STS de 13 de marzo de 2001, I.L. J 482 (recurso de casación para unificación de doctrina 1971/2000).

1. La demandante ha figurado afiliada como trabajadora por cuenta ajena en una empresa cuya titular es su madre. La demandante convivió durante todo el tiempo en que figuró dicha afiliación con sus padres en el domicilio que hizo constar en todos sus documentos, incluida la solicitud de prestación por desempleo como consecuencia del cese en otra empresa distinta para la que también prestaba sus servicios. La denegación de la prestación por desempleo por el INEM presumiendo la inexistencia de la relación laboral provoca el conflicto objeto de comentario.

2. La presunción de no laboralidad contenida en la LGSS (art. 7 de la misma) para los familiares se basa en la existencia de dos requisitos: convivencia con el titular o dueño del centro de trabajo y el hecho de hallarse a su cargo. En el supuesto que se analiza ambos datos constituyen hechos probados pues la actora convive y depende económicamente de sus padres. En tales situaciones, la ajenidad sólo se aprecia si los frutos o resultados de la prestación no se destinan al fondo familiar común. A tal fin el Tribunal Supremo reconoce que su reiterada doctrina se refiere a “supuestos de prestaciones de desempleo en relación a trabajadores familiares de socios de personas jurídicas y se parte de que no concurre la circunstancia de “estar a cargo” por cuanto la retribución se percibe no a costa de un patrimonio familiar común” sino por otro motivo, con lo que “no queda desvirtuada la nota de ajenidad”.

3. El recelo del sistema de Seguridad Social sobre una posible utilización fraudulenta del mismo lleva en casos como el presente a alterar la presunción tradicional de laboralidad en presunción de no laboralidad. Como toda inaplicación de un principio básico requiere que su interpretación sea extraordinariamente restrictiva, de manera tal que los dos requisitos exigidos para rechazar la presunción de laboralidad –convivencia y dependencia económica– sean apreciados de dicha forma. El Tribunal Supremo, en aras de preservar la viabilidad económica del sistema, y probada la convivencia familiar, no incide excesivamente en la dependencia económica y basta con que aparentemente los frutos del trabajo de la deman-

dante vayan destinados al fondo común familiar para que se excluya la consideración como laboral de la prestación y, por ende, se rechace la prestación por desempleo solicitada.

– STSJ de Aragón de 21 de marzo de 2001, I.L. J 580 (recurso 177/2001).

1. Se resuelve el recurso planteado frente a la resolución dictada en primera instancia, desestimando la demanda de la actora contra el INEM por la denegación de la prestación por desempleo. En este asunto, la demandante entiende que ha cotizado en el Régimen General de la Seguridad Social durante los períodos en que ha estado contratada temporalmente por la empresa de la que es socio mayoritario su marido, y que tiene derecho a su correspondiente prestación por desempleo. Sin embargo, consta como hechos probados que la ahora recurrente, estuvo previamente dada de alta en el Régimen Especial de Autónomos, realizando exactamente la misma actividad para el mismo empleador. Además, pese a recibir retribución mensual, sus nóminas eran ingresadas a una cuenta de la que eran titulares indistintamente ella y su marido. Todos estos datos conducen al ponente a dictar sentencia desestimando la pretensión de la recurrente.

2. El ponente procede a desestimar el recurso sobre la base de la propia conducta de la interesada, entendiéndolo que no se produce ninguna variación en las labores que ha venido realizando como trabajadora autónoma colaborando en la actividad empresarial familiar, y que continuó posteriormente, una vez dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Apoya su decisión afirmando que lo determinante aquí no es el Régimen de la Seguridad Social en que se encuentre dada de alta, sino la verdadera naturaleza de su actividad. De esta actividad no es predicable ni ajenidad, ni dependencia, por lo que no es calificable como relación laboral en el sentido del artículo 1.1 ET.

3. Se trata aquí de corregir el uso fraudulento de la contratación laboral aplicando el antinominalismo propio del Derecho del Trabajo. Lo verdaderamente relevante frente a la calificación otorgada por las partes a una relación es la concurrencia o no de los presupuestos básicos que la definen como laboral. El indicio de la presencia de ajenidad representado por el cobro de nóminas, es desvirtuado en el momento en que el patrimonio de la recurrente y el de su esposo, socio mayoritario de la sociedad empleadora, se confunden. No obstante, sería necesario observar la necesidad recurrente de los trabajadores autónomos de acudir al fraude en busca de un respaldo económico para sus períodos de inactividad como es la prestación por desempleo.

– STSJ de Cantabria de 23 de enero de 2001, I.L. J 83 (recurso 714/1999).

1. La cuestión debatida en la presente sentencia se centra en determinar la existencia de relación laboral en el supuesto de una persona que presta sus servicios para una sociedad de la que su padre es socio con un 49,9 por ciento de las acciones. El origen del problema se encuentra en la demanda presentada por el INEM, intentando la declaración de nulidad de una resolución administrativa propia por la que concedía la prestación de desempleo a Dña. María M.P. e instando su devolución.

II. Trabajador

2. Ante el recurso planteado por el INEM, el ponente confirma la sentencia de instancia y desestima la petición del organismo público. Se parte del estudio de los arts. 7.2 del TRLGSS y 1.3.c) ET, que establecen la presunción *iuris tantum* de que el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, no pueden ser considerados trabajadores por cuenta ajena. Esta presunción no es válida cuando el empleador es persona jurídica (STS de 29 de mayo de 2000), por lo que habrá que analizar las relaciones económicas efectivas subyacentes utilizando para ello la doctrina del *levantamiento del velo*. La sentencia de instancia hace uso de tal doctrina y considera que el alta de la demandada en el RGSS, la percepción de su correspondiente prestación de desempleo y previamente la de los salarios que le correspondían, y la inexistencia de dato que muestre la dependencia de su progenitor, constituyen prueba suficiente para desvirtuar la presunción contenida en los mencionados artículos.

2. Se destacan tres temas importantes: en primer lugar, la fuerte vinculación entre normativa laboral y de Seguridad Social a la hora de delimitar el concepto de trabajador por cuenta ajena; en segundo lugar, la presunción *iuris tantum* contenida en los arts. 7.2 TRLGSS y 1.3.c) ET, que puede ser destruida por prueba en contrario a través del tercer tema sujeto a consideración, la doctrina del *levantamiento del velo*. Resulta fundamental su uso en un sistema de producción basado en la pequeña y mediana empresa de estructura, muchas veces, familiar, sin que ello deba suponer la confusión de los patrimonios de aquellos que la integran y la inexistencia del presupuesto de ajenidad.

B) Inclusiones por asimilación

La sentencia que se recoge en este apartado mantiene la tesis ya conocida del Tribunal Supremo de que no existe incompatibilidad alguna entre el cargo societario y la relación laboral común, admitiendo la prestación de desempleo demandada por el actora.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Canarias (Las Palmas), de 25 de octubre de 2000, I.L. J 3143 (recurso 213/1999).

1. La sentencia resuelve un supuesto anterior a las reformas legislativas de diciembre de 1997 y 1998 de reconocimiento de la prestación por desempleo a quien tenía un contrato de trabajo con una SA y fue despedida improcedentemente. Dicha persona carecía de participación social y tenía la condición de “administrador solidario”, junto con otras dos personas. El TSJ revoca la sentencia de instancia que había denegado la prestación por entender que su condición de administradora solidaria no es incompatible con la prestación de trabajo por cuenta ajena como directora de una boutique cuya dirección coincidía con el domicilio social de la SA.

2. La decisión judicial parte del estudio del art. 205 LGSS para determinar si la administradora tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena del Régimen General y, en con-

secuencia, tenía derecho a la prestación por desempleo. La sentencia, con apoyo entre otras, en la STS de 20 de octubre de 98, rec. u.d. 4062/1997 considera que, para la obtención de la prestación por desempleo, no resulta incompatible simultanear la cualidad de administrador solidario con la de trabajador ordinario.

3. El TSJ pretende aplicar a este supuesto, entre otras sentencias, la jurisprudencia del TS que considera compatible el cargo societario con una relación laboral común por tratarse de un supuesto en el que todos o la mayoría de los socios, miembros del consejo de administración, prestaban trabajo ordinario diferenciable al desarrollado por su pertenencia al órgano societario. El TSJ en una interpretación muy discutible de una jurisprudencia también discutible, pero referida sobre todo a sociedades próximas a cooperativas o sociedades anónimas laborales, “entiende que en la actora concurre la doble condición de administradora y de encargada o directora de la tienda”, considerando que su trabajo como directora del negocio entraña una relación laboral común, sin entrar a analizar con detalle si el trabajo desarrollado era directivo o no. Aún más criticable resulta la diferencia de tratamiento que la sentencia parece otorgar al cargo de administrador solidario frente al de administrador único. Estando en juego la prestación por desempleo, hubiera sido más coherente acudir a la, por otra parte, también criticable, línea del TS que negó dicha prestación a los administradores que desarrollaban su actividad por cuenta ajena pero independientemente (SSTS de 14 de mayo de 1997, rec. u.d. 1143/1996 y 26 de mayo de 1997, rec. u.d. 1434/1996).

C) Exclusiones del régimen general

Diferentes y numerosas razones conducen al Tribunal Superior de Justicia de Extremadura a considerar que la actividad de subagente de seguros en las ramas de producción y cartera ha de ser incluida en el RETA y no en ningún otro régimen del sistema de Seguridad Social.

b) Servicios que den lugar a la inclusión en un régimen especial

– STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2001, I.L. J 350 (recurso 79/2001).

1. La actora, dedicada a la actividad de subagente de seguros en las ramas de producción y cartera, fue dada de alta de oficio en el régimen especial de seguridad social de trabajadores autónomos en el año 2000. En 1997 había obtenido unos ingresos de 1.946.107 pesetas, que aumentaron en 1998 a 2.073.143 pesetas. A lo largo de esos dos años, la actora realizó estudios de diplomatura de asistencia social.

2. La sentencia de la Sala desestima el recurso de suplicación de la actora, que acusaba a la de instancia de haber incurrido en aplicación indebida del art. 1.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970. Porque del incombustible relato fáctico se desprende la dedicación a la actividad de subagente de seguros con ingresos regulares, cumpliendo de ese modo (...) el requisito de habitualidad al que se refiere la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997. Razona la sentencia *ad quem* que:

II. Trabajador

“(…) el criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de la habitualidad como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1987 y 2 de diciembre de 1988) (...) [puesto que] (...) tal requisito hace referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio acudir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de la habitualidad el montante de la retribución. Este recurso al criterio de la cuantía de la remuneración, por razones obvias resulta de más fácil cómputo y verificación que el del tiempo de dedicación (...) [aparte de que] (...) el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido (...) A la afirmación anterior debe añadirse que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de la habitualidad (...) [puesto que] (...) aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, la legislación recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de seguridad social, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de medir rentas o actividades. La superación de esa cifra, que está fijada precisamente para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo, puede revelar también en su aplicación al trabajo por cuenta propia (...) la existencia de una actividad realizada con cierta permanencia y continuidad, teniendo además la ventaja, como indicador de la habitualidad del trabajo por cuenta propia, de su carácter revisable (...)”

3. Considera la Sala que el requisito decisivo para determinar la obligación de inclusión de las actividades autónomas en la seguridad social es la habitualidad, medida esta en módulos retributivos por ser más fácilmente comprobables que los módulos temporales. A su vez, la relevancia de la retribución a estos efectos –sobre todo cuando se discute la habitualidad, por alegar el interesado, disconforme con su afiliación obligatoria, su carácter de estudiante, como en el caso de autos– se vincula al *quantum* del SMI. De ese modo, la doctrina de la sentencia tiene tres aplicaciones, a saber: la delimitación del concepto de trabajador autónomo, la determinación de la obligación de afiliación y, sobre todo, la polivalencia del salario mínimo interprofesional, cada vez menos relevante en su dimensión de “salario sustantivo” y más relevante en su dimensión de “salario aritmético”.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
LOURDES LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE
ANA DE LA PUEBLA PINILLA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR
BORJA SUÁREZ CORUJO
LUIS E. DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Empresario.** A) No tiene tal condición el mero apoderado que paga los salarios. **3. Grupo de empresas.** A) Requisitos exigibles para que proceda la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo: la intencionalidad defraudatoria. **4. Contratas.** A) Responsabilidad. a) Salarios de tramitación. b) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Convenio colectivo aplicable. **6. Sucesión de empresas.** A) Requisitos del supuesto de hecho: exigencia del elemento patrimonial. B) Inexistencia: a) Sociedad anónima laboral constituida por los trabajadores de empresa declarada insolvente. b) Venta de participaciones de una sociedad limitada. C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo de notaría. D) Alcance de la responsabilidad solidaria en supuestos de despido anterior a la subrogación empresarial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 863) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en los que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) No tiene tal condición el mero apoderado que paga los salarios

La STS de 15 de enero de 2001, u.d., I.L. J 12, aborda el problema de determinar la concurrencia de los elementos delimitadores de la noción de empresario, en la figura del apoderado de una sociedad constituida y domiciliada en un Estado miembro, cuyo objeto es la actividad pesquera, teniendo en cuenta que es éste quien realiza las funciones de pagador de los salarios de los trabajadores en nuestro país con cargo a cuentas de la empresa. Entre los fundamentos jurídicos aplicables, el Tribunal hace referencia al artículo 13.2 del Reglamento CEE 1408/1971, en el que para el supuesto especial de los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques, se establece la extensión del principio de territorialidad, que en tales supuestos alcanza a tan particulares centros de trabajo. Conforme al mismo, se establece el principio general que permite someter al trabajador a la legislación del Estado miembro cuya bandera arbole el buque en el que éste realice su prestación laboral.

Sin embargo, el propio Reglamento establece algunas excepciones, en particular y específicamente referidas a los trabajadores del mar; el artículo 14.2.c) considera que el “... trabajador que ejerza una actividad a bordo de un buque que arbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerado por esa actividad por una empresa o por una persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro, estará sometido a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio”, considerándose como empresario la persona o la empresa que pague la retribución, a los efectos de aplicación de la legislación laboral. Estas consideraciones sirven al Instituto Social de la Marina para considerar empresario a la persona que materialmente abona los salarios en nuestro país a los trabajadores residentes en España que prestan sus servicios en un barco con pabellón de otro Estado miembro, procediendo a dar de alta de oficio al apoderado de la compañía propietaria del barco.

El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del artículo 14.2.c) del Reglamento 1408/1971 por entender que el supuesto de hecho previsto en la norma comunitaria no se identifica con el caso objeto de litigio, ya que ésta se sustenta en la premisa de que el trabajador preste servicios para una empresa cuya sede esté situada en el mismo país en la que el operario resida, lo que en el caso no se verifica, ya que la empresa se encuentra situada en otro Estado miembro.

A pesar de lo dicho, el Tribunal deja abierta una posibilidad frente a posteriores pronunciamientos, sobre la base de la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, en los que podría invertirse el razonamiento anterior. En aquellos supuestos en que pueda acreditarse que la actuación de la empresa se produce en fraude de ley, con el objetivo de eludir la aplicación de las normas de Seguridad Social españolas, así se reconoce en la propia Sentencia donde por razones procesales se desiste de entrar a enjuiciar el problema desde tal perspectiva:

III. Empresario

“Podría haber sido otro el resultado si al amparo de lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil, se hubiese acreditado que la actuación de la empresa se produjo en fraude de ley, al tratar de evitar que se aplicase la legislación española en materia de Seguridad Social utilizando para ello una mera apariencia de domicilio en Inglaterra, o como por cierto afirma la sentencia del Juzgado de Instancia, amparándose la empresa en una mera posición formal que no debe evitar la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir.”

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos exigibles para que proceda la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo: la intencionalidad defraudatoria

Conocida es la doctrina jurisprudencial que sistematiza los elementos cuya presencia permiten deducir la responsabilidad solidaria entre las distintas sociedades que conforman el grupo de empresas. Doctrina que ha sido comentada en estas mismas páginas con anterioridad –número 3, crónica III.3.D y número 5, crónica III.3.C–. El Tribunal Supremo viene negando la posibilidad de aplicar de manera automática los efectos de solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones a los supuestos de grupos de empresas. Para la jurisprudencia, la mera constatación de la existencia de una relación grupal entre varias empresas no debe dar lugar a la consiguiente extensión, a todas y cada una de las empresas que forman parte del grupo, de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por una de aquellas empresas. En principio, cada una de las empresas del grupo limita su responsabilidad a las obligaciones contraídas con sus propios trabajadores, como personas jurídicas autónomas que son. La aplicación de la responsabilidad solidaria requiere la presencia de algún otro elemento adicional que ponga de manifiesto una intencionalidad abusiva o fraudulenta, de quienes haciendo uso de la lícita figura societaria, puedan estar perjudicando a terceros, circunstancia que habilitaría a los Tribunales para poner en marcha la técnica del levantamiento del velo de la personalidad jurídica que consiste en considerar como una única empresa, lo que formalmente en el tráfico jurídico se presenta como un grupo de empresas, rompiendo con ello los límites del ámbito de la personalidad jurídica de las empresas del grupo.

La STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2001, I.L. 405, reitera los mencionados requisitos, para negar la existencia de responsabilidad en un supuesto en el que, probada la dirección unitaria de las diversas entidades que forman parte del grupo de empresas, no ha sido posible constatar algún otro elemento adicional. La argumentación de la sentencia se sustenta en el siguiente razonamiento:

“(…) que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para entender a todas ellas la responsabilidad, pues este dato será determinante de la existencia de un grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas; que para lograr este efecto hace falta un plus un elemento adicional, que se resida en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

- 1) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (...)
- 2) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (...)
- 3) creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (...)
- 4) confusión de plantillas, confusión de patrimonios apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (...)

Detallada enumeración de elementos que pretendiendo esclarecer la tortuosa línea jurisprudencial contribuye a difuminar los contornos de la misma. Pues si, como la sentencia se detiene en aclarar, no es necesario la presencia de todos estos elementos, y debe producir efectos con la constatación de la existencia de cualquiera de ellos, no quedan suficientemente claros los motivos que llevan a desestimar el recurso. La sentencia en el punto 4, cita expresamente como elemento adicional habilitante “la unidad de dirección”, y en el punto 1) se habla de “funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo”; el razonamiento subsiguiente debiera haber conducido a la estimación del recurso, pues la propia Sentencia también reconoce la existencia de al menos el primero de estos elementos. Queda abierta por tanto la cuestión relativa a la eficacia del elemento contenido en el punto 4), y la discusión al respecto de las diferencias entre dirección unitaria y funcionamiento unitario. En similares términos se pronuncia la **STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 416.

Por lo demás debe advertirse que, en la Sentencia antes citada de 2 de febrero de 2001, el trabajador, como parte recurrente, pretende deducir la responsabilidad solidaria en estos supuestos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el precepto relativo a la transmisión de empresa. Lo sorprendente además es que el Tribunal, en su resolución, parta acríticamente de la posible aplicación de este precepto, eso sí condicionado a que concurran los elementos antes referidos expresivos de la existencia de una empresa única bajo la apariencia de multitud de personas jurídicas. A nuestro juicio es erróneo el enfoque de sustento legal, y ello en base a dos razones diferentes. De una parte, el caso en cuestión refiere a un supuesto de despido del trabajador en una empresa concreta, sin que de los hechos referidos quepa deducirse que el trabajador hubiera estado destinado o vinculado, sucesiva o simultáneamente a varias empresas del grupo; si el punto de partida es que el trabajador siempre ha estado contratado y prestado sus servicios para una misma empresa del grupo, es imposible concebir que se pueda producir un fenómeno de transmisión de empresa —exista o no grupo ficticio—, pues el supuesto de hecho condicionante de la aplicación del art. 44 ET requiere que se produzca un cambio en la titularidad de la empresa, que en ningún caso se verifica aquí. De otro lado, en la hipótesis de que concurriera el supuesto de hecho previsto en el art. 44 ET, el mismo no se vincula en ningún caso a situaciones simulatorias de personalidad jurídica, por lo que resulta indiferente que el grupo de empresa sea real o ficticio; por el contrario, caso de que

exista un grupo de empresa, con autonomía organizativa a todos los efectos de cada una de las empresas que lo integran, y se produjera un cambio de titularidad entre ellas, sería de plena aplicación del art. 44 ET y con ella la responsabilidad solidaria prevista en el mismo, en idénticos términos a los que se verifica cuando la transmisión se produce entre dos empresas que no pertenecen al mismo grupo empresarial.

4. CONTRATAS

A) Responsabilidad

Como pudimos poner de manifiesto en números anteriores de esta misma Revista, en particular número 6, crónica III.4.D), la delimitación del alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET continúa siendo objeto de litigio. En esta ocasión, tenemos la oportunidad de comentar algunas cuestiones relacionadas con la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación y el alcance de la responsabilidad solidaria derivada de falta de medidas de seguridad.

a) Salarios de tramitación

Nuevamente se plantea el problema de la naturaleza salarial o indemnizatoria de las cantidades adeudadas al trabajador en concepto de salarios de tramitación por despido improcedente; y, consecuentemente, si tales deudas pueden ser incluidas entre las obligaciones de naturaleza salarial a la que hace referencia el artículo 42.2 del ET, por tanto, objeto de reclamación al empresario principal en cumplimiento de lo previsto en el precitado precepto. La **STS de 23 de enero de 2001**, u.d., I.L. J 37, vuelve a pronunciarse sobre el alcance de la responsabilidad de la empresa principal, en los supuestos de despido de trabajadores de las empresas subcontratistas, declarados improcedentes por los órganos jurisdiccionales del orden social. Siguiendo el criterio jurisprudencial la Sala rechaza esta posibilidad pues:

“(…) la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores por el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a las obligaciones de naturaleza salarial, y como se ha hecho ver en el fundamento precedente, los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria, como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas, y por ello, tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal”.

Con independencia de la corrección o no de la argumentación formulada por la sentencia en cuestión, se advierte en la misma un exceso de pragmatismo y una ausencia de pronunciamiento respecto de una cuestión que está obligado a resolver nuestro Tribunal Supremo. Resulta poco rigurosa la expresión en la que elude su pronunciamiento acerca

de la naturaleza jurídica de la figura de los salarios de tramitación. No se trata de hacer soportar sobre la labor jurisprudencial una labor de construcción dogmática que no le corresponde de forma estricta, pero sí de que se vea forzado a efectuar un análisis de caracterización jurídica de las instituciones de nuestra legislación laboral, en la medida en que ello sea requisito necesario para una interpretación coherente y sistemática de los preceptos involucrados en un concreto litigio. Lo que no parece razonable es que según las materias y sin justificar jurídicamente el cambio de criterio en un caso diga que los débitos de tramitación tienen carácter salarial –a efectos de cotizaciones a la Seguridad Social– y en otros casos carecen de tal naturaleza –a efectos de responsabilidad para las contratas–. Si alguna utilidad tiene afrontar la naturaleza jurídica de las instituciones, lo es a efectos de poder efectuar una interpretación de conjunto, unitaria y no contradictoria, de la aplicación del Derecho, particularmente a efectos de no dar una imagen de aplicación caprichosa frente al justiciable.

b) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

También de forma reiterada, algunas sentencias se ocupan de determinar la concurrencia de las circunstancias que aconsejan extender al empresario principal, la responsabilidad del pago del porcentaje de recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social, que el trabajador accidentado deberá percibir, en los supuestos en que el accidente causante de tales prestaciones, se hubiese producido por falta de las medidas de seguridad.

La STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2001, I.L. J 103, con apoyo en los artículos 42 del ET, 40 LISOS y 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, plantea la vinculación de esta responsabilidad a la presencia de ciertos requisitos, que permitan verificar en la actuación del empresario principal la falta de observancia del deber de vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad en su centro de trabajo. El razonamiento jurisprudencial parte de la constatación de que, en estos supuestos, el mecanismo de extensión de la responsabilidad no pretende una ampliación de las garantías del trabajador accidentado; por el contrario, se trata de sancionar una actuación negligente del empresario principal, bajo cuyo control, o en cuyas instalaciones, se desarrolla en numerosas ocasiones la prestación de trabajo. En tales supuestos, puede afirmarse que el accidente de trabajo se produce bajo la esfera de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales del empresario principal, lo que en caso de incumplimiento determina la imputación de la responsabilidad en el resarcimiento del daño causado por su falta de diligencia. Con ello, serán considerados responsables del pago del recargo de las prestaciones por accidente de trabajo, empresario principal y subcontratista, si se advierte que ambos fueron sujetos incumplidores, pues fueron quienes en su momento debieron haber resuelto la falta de medidas de seguridad, que finalmente pudieron causar el mencionado suceso de consecuencias lesivas para el trabajador.

La sentencia recuerda como “(...) es procedente, en ciertos casos la exigencia de responsabilidad en el pago del recargo no sólo a la empresa subcontratada en donde se produce el siniestro, sino también a la principal, ello está ligado de forma inexcusable a que se

III. Empresario

den ciertos requisitos que, en esencia, signifiquen que ante un deber de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad tal obligación ha sido omitida, de ahí que tal medida esté presidida por dos elementos: a) que se trate de la misma actividad, y b) que el evento producido en la actividad que realiza el subcontratista se ocasione en centro de trabajo de la empresa principal (...)"

Sobre el particular debe advertirse que esta sentencia es mucho más exigente que la jurisprudencia prevalente hasta ahora. En efecto, debe tenerse en cuenta que el elemento decisivo en estos casos es el cumplimiento o no de concretos deberes de seguridad en el trabajo por parte de la empresa principal, con independencia de que ésta actúe o no en el marco de una contrata de la propia actividad. Particularmente cuando se trata del recargo de prestaciones el precepto de referencia es el art. 123.2 LGSS, imputando éste la responsabilidad al "empresario infractor" y destacando la jurisprudencia que en estos casos ello no se hace depender de que se trate o no de una contrata de la propia actividad.

En parecidos términos a la sentencia anterior se pronuncia la **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2001**, I.L. J 679, aunque en este supuesto la falta de diligencia del empresario se concreta en la inexistencia de formación en materia preventiva, obligación que le impone el artículo 14 de la Ley de Riesgos Laborales:

"(...) no exonerándole de haberse acreditado la transgresión por el trabajador de su respectivo deber al efecto por cuanto la conducta de éste en ningún caso habría roto el nexo causal entre el incumplimiento patronal y el accidente".

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Convenio colectivo aplicable

La **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001**, I.L. J 164, resuelve un típico un conflicto de concurrencia entre diversas normas convencionales. En ella se aborda el problema de determinar si es aplicable el Convenio Colectivo de la empresa usuaria, o el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, para regular una relación laboral. En efecto, el supuesto de hecho parte de la situación de un trabajador contratado por una Empresa de Trabajo Temporal, puesto a disposición de una Empresa Usuaria, con la particularidad de que esa ETT tiene concertado su propio convenio colectivo de empresa y en el contrato de trabajo se fija como cuantía retributiva la cantidad pactada en dicho convenio de empresa. Frente a ello, el trabajador reclama un salario superior, pues pretende que se le aplique el recogido en el convenio sectorial estatal de empresas de trabajo temporal.

En estas circunstancias es claro que se trata de una concurrencia de convenios colectivos, a resolver conforme al art. 84 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual "un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto"; ergo, en este caso el convenio de empresa durante su vigencia no podrá ser afectado por el convenio sectorial, debiendo aplicarse el salario

previsto en el convenio sectorial. La sentencia en cuestión, aunque aplica tal precepto, lo hace de forma confusa, mezclándolo con el pacto en contrato que remite al convenio de empresa:

“ (...) si en este caso se pactó que el convenio aplicable, era el que tenía la empresa de trabajo temporal recurrente (...) debe estarse a lo expresamente pactado y como quiera que al actor se le pagó su salario con arreglo a ese Convenio de la empresa recurrente debe estimarse el recurso, (...) pues se le retribuyó, según lo libremente pactado, no pudiendo ser sustituido el convenio de la empresa recurrente, por el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de trabajo temporal de acuerdo con ese art. 84 el Estatuto de los Trabajadores (...)”

A lo que a nuestro juicio yerra el argumento de la sentencia es en enfocar el asunto desde la perspectiva de lo pactado en el contrato de trabajo, pues las partes individualmente no son libres de determinar cuál es el convenio colectivo a ellas aplicables, ni las mismas pueden a nivel individual resolver los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos. Las reglas de concurrencia son las que son y tienen carácter de derecho imperativo para las partes individualmente consideradas. Lo que sucede en este caso es que la cláusula contractual es coincidente con la solución aportada por el art. 84 ET y, por ello, la solución final del fallo es correcta conforme a la previsión estatutaria. Si alguna excepción podría establecerse a la tajante afirmación anterior, excluyente del pacto individual, es la relativa a la viabilidad de la mejora vía pacto individual, en el sentido de que lo que no le quedaría vedado al pacto individual es fijar salarios superiores al convenio aplicable, fijando tal incremento por vía indirecta de remisión a otro convenio con condiciones salariales más elevadas.

Por lo demás la sentencia en cuestión precisa que no tiene que entrar en el análisis de las consecuencias derivadas de la reforma legal de 1999. En efecto, precisa la sentencia que los hechos objeto de litigio preceden en el tiempo a la entrada en vigor de la Ley 29/1999, de 16 de julio, que como es conocido, modificó el artículo 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal, en esta materia; y lo modificó en el sentido de garantizar la percepción como mínimo del salario previsto en el convenio aplicable a la empresa usuaria. En efecto, el supuesto de hecho se encuentra en el límite temporal de vigencia de la regulación precedente, pues la puesta a disposición se desarrolló hasta el 5 de agosto de 1999, cuando la Ley 29/1999 se publicó en el BOE el 17 de julio de 1999 y entró en vigor 20 días hábiles más tarde, por tanto pasado ya el día 5 de agosto.

“(…) Siendo así que el contrato se firmó el 21 de mayo de 1998, y la reclamación se ciñe al período comprendido entre dicha fecha y el 5 de agosto de 1999, y por tanto antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1999, de 16 de julio (...)”

En todo caso como exponente, puede que no meramente anecdótico, del impacto de tal reforma legal, no deja de resultar llamativo que un contrato de puesta a disposición que

III. Empresario

venía rigiendo de forma ininterrumpida desde hacía más de 14 meses concluyera justo a la fecha de inmediata entrada en vigor de la equiparación salarial de los trabajadores en misión.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Requisitos del supuesto de hecho: exigencia del elemento patrimonial

Como en números anteriores, proliferan los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales que se ocupan de delimitar los fenómenos de sucesión de empresas, en torno a las estrategias de descentralización productiva y a los procesos de sucesión de contratas, y la consiguiente posibilidad de aplicación del régimen jurídico previsto en los artículos 44 ET y 127 LGSS. Como hemos comentado con anterioridad, la doctrina jurisprudencial mantiene la imposibilidad de aplicación de las normas precitadas cuando no se produzca transmisión de los elementos patrimoniales de la empresa. En esta ocasión, la **STS de 20 de febrero de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 274, parece endurecer los requisitos exigidos por anteriores pronunciamientos de la Sala Cuarta, afirmando que en el supuesto estudiado no puede apreciarse sucesión de empresa, pues no se ha acreditado suficientemente:

“(…) que la actividad empresarial de la recurrente haya tenido el mismo soporte económico, material y organizativo que la sociedad cuya sucesión pretende la Administración demandada, y que ello haya sido consecuencia de un negocio jurídico transmisivo directamente concertado entre una y otra”.

Como puede observarse los requisitos de unidad económica, material y organizativa entre las empresas cedente y cesionaria y la, no menos complicada de probar, existencia de una relación comercial directa entre ambas empresas, podrían dejar al margen de la aplicación del régimen de obligaciones previsto en el artículo 44 ET, un buen número de situaciones que hasta la fecha venían siendo cubiertas por las garantías establecidas en el mismo.

B) Inexistencia

a) Sociedad anónima laboral constituida por los trabajadores de empresa declarada insolvente

Las posibilidades de aplicación del artículo 44 ET, a los efectos de la subrogación prevista en el mismo, quedan supeditadas a la apreciación de la existencia de sucesión de empresa. En el supuesto que estudiamos, se cuestiona si en cumplimiento del precitado artículo, una sociedad anónima laboral constituida por los antiguos trabajadores de una empresa declarada insolvente, ha de considerarse frente al FOGASA, empresa sucesora o cesionaria a los efectos de responsabilidad por las deudas laborales no pagadas por la empresa declarada insolvente, y que habían sido abonadas por el propio FOGASA. Dicho

de otra manera, si los trabajadores que recibieron las indemnizaciones del FOGASA, ahora, como socios de la SAL, deben hacer frente a las reclamaciones de éste. El Tribunal Supremo rechaza esta posibilidad, señalando que la finalidad de la subrogación debe ser la defensa y garantía del empleo y bajo esta perspectiva debe aplicarse, de manera que:

“(...) cuando el cambio de titularidad de una sociedad anónima a una sociedad anónima laboral es transparente y no contiene elementos de fraude de ley, tal actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral (...)”
STS de 11 de abril de 2001, u.d., I.L. J 809.

Sobre los razonamientos realizados por el órgano jurisdiccional no deja de estar presente el hecho de que, en el supuesto objeto de litigio, quien solicita la aplicación de las garantías normativas, lejos de ser los trabajadores, originarios destinatarios de aquélla, es una entidad pública, quien acciona contra éstos en reclamación de las indemnizaciones abonadas en concepto de despido.

Por lo demás, debe advertirse que este caso ha venido a ser resuelto definitivamente, por medio del Real Decreto 372/2001, de 6 de abril (BOE del 7 de abril), que reforma el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. En efecto, conforme a la nueva redacción dada por el art. 2.5 “No obstante lo anterior, cuando los beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial fueran trabajadores que, tras cesar en la empresa en la que prestaban servicios, constituyan una sociedad laboral, una cooperativa de trabajo asociado u otro tipo de cooperativa, cuyos socios trabajadores les sea de aplicación las normas establecidas para los socios trabajadores de las mencionadas cooperativas de trabajo asociado, no procederá la devolución de las prestaciones recibidas, si éstas han sido íntegramente aportadas a la sociedad cooperativa constituida, como capital social”.

b) Venta de participaciones de una sociedad limitada

En el mismo sentido desestimatorio se pronuncia la STSJ de Galicia de 15 de marzo de 2001, I.L. J 662, apreciando la inexistencia de sucesión empresarial en un supuesto de transmisión de participaciones entre los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, venta que es considerada lícita por no vulnerar la normativa alguna. A consecuencia de ello, será la propia sociedad la responsable única del pago de los salarios debidos, sin que pueda extenderse ésta a los antiguos socios, solución reclamada por la parte demandante. La Sentencia no encuentra ánimo defraudatorio alguno en la transmisión de las participaciones de la sociedad, negocio jurídico mediante el cual no se produce la extinción de ésta, de esta manera no se ha producido transmisión alguna, antes bien:

“(...) simplemente se constata la venta de participaciones de dos de ellos al tercero, quedando éste como socio único, permitiéndose legalmente la Sociedad Limitada de socio único, con lo cual, no estamos hablando de dos empresarios distintos; sino que la actora trabajó para un solo empresario (...)”

III. Empresario

C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo de notarías

La STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2001, I.L. J 705, reconoce la posibilidad de extender la responsabilidad prevista en el artículo 44 ET a supuestos en principio excluidos de su aplicación, mediante la aplicación de las previsiones contenidas en la norma convencional. En el supuesto que nos ocupa, los demandantes, trabajadores que venían prestando servicio en una notaría, reclaman al nuevo titular de la misma los salarios dejados de abonar por el antiguo notario en aplicación del artículo 16 de convenio colectivo. En el mencionado precepto convencional se establece que el notario, “al tomar posesión, asumirá las relaciones laborales de su antecesor”. La Sentencia reconoce que el cambio de titular en la plaza ostentada por un determinado notario no constituye un supuesto incardinable en el art. 44 ET, por ello en principio, no sería lícito exigir al nuevo titular las obligaciones adquiridas por el anterior titular frente a los trabajadores que para éste prestaban servicio. Sin embargo, esta interpretación no excluye la posibilidad de generar tal responsabilidad vía convenio colectivo, circunstancia que sin duda concurre en el supuesto analizado. Según argumenta el Tribunal, acudiendo a una interpretación literal de los términos previstos en el texto del convenio colectivo, es:

“(…) importante, en este orden de cosas, atenerse a su dicción literal, que reza: ‘el Notario, al tomar posesión de una Notaría como titular de la misma, asumirá las relaciones laborales de su antecesor (...)’. Pues bien, en gran medida la decisión radica, en precisar el valor del término asumir y, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es ‘Alterar a sí, tomar para sí. 2. Hacerse cargo, responsabilizarse de algo, aceptarlo. 3. Adquirir, tomar una forma mayor’. En consecuencia, en esta área concreta, asumir es responsabilizarse de las relaciones laborales de su antecesor —es situarse en su posición jurídica— y, por tanto, es claro que, por vía convencional, se ha generado la responsabilidad del nuevo Notario (...)”

D) Alcance de la responsabilidad solidaria en supuestos de despido anterior a la subrogación empresarial

Entre los requisitos que desencadenan la aplicación del art. 44 ET se encuentra la necesaria pervivencia de la relación laboral en el momento en que se produce la transmisión de la empresa. Conforme a estos consolidados criterios jurisprudenciales, la subrogación sólo alcanza a quienes fueran trabajadores del cedente en el momento del cambio de titularidad. Pero independientemente de que tal criterio sólo rige respecto de contratos definitivamente extinguidos, no así cuando estuviera pendiente de calificación judicial un despido provocado por el cedente; cuando la transmisión de la empresa se produce por medio de actos *inter vivos*, cesionario y cedente deberán responder solidariamente de las obligaciones laborales pendientes nacidas con anterioridad a la transmisión durante un período de tres años. El hecho de que el negocio haya sido celebrado durante un corto espacio de tiempo, no rompe la relación de solidaridad entre cedente y cesionario, ni la circunstancia de que el contrato de trabajo haya sido extinguido unos días antes permite al empresario cesionario eludir la obligación de hacer frente a las deudas salariales no satisfechas por el cedente. En caso contrario, quedaría abierta expedita una amplia vía de escape que dejaría sin efecto el mecanismo de garantía previsto en la norma estatutaria.

Ésta es la tesis mantenida en la STSJ de Extremadura de 28 de marzo de 2001, I.L. J 660, en un supuesto de reclamación de cantidades adeudadas por el empresario cedente a una trabajadora que había sido despedida por éste improcedentemente, el Tribunal estima la responsabilidad solidaria del empresario cesionario, quien:

“(…) ha de responder de las obligaciones laborales asumidas por el empresario cedente del negocio para con su empleada, respondiendo solidariamente con aquél durante tres años, al ser éstas anteriores a la novación subjetiva, a lo cual obviamente no empece el hecho de que el negocio hubiera permanecido cerrado durante ocho días, desde el despido de la actora hasta la reapertura por el cesionario, pues, tomando en consideración dicha tesis la solución para eximirse de responsabilidad el nuevo empresario sería de muy fácil ejecución”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario:**

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

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

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad.

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

b) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratos formativos.** A) Contrato para

la formación. B) Contrato en prácticas. **5. Contratos a tiempo parcial y asimilados.**

A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **6. Contratación en la**

Administración pública. A) Contratos laborales y contratos administrativos.

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

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica reseña las sentencias sobre contratación laboral incluidas en los números 1 a 4 de Información Laboral-Jurisprudencia. Entre los diversos pronunciamientos cabe destacar, la **STC 20/2001, de 29 de enero**, I.L. J 3, sobre un supuesto de discriminación por razón de sexo en una funcionaria interina cesada durante el período en que disfrutaba del permiso de maternidad, la **STC 80/2001, de 26 de marzo**, I.L. J 539, sobre vulneración del derecho a la libertad de expresión de un trabajador despedido y, finalmente, la **STS de 29 de abril de 2001**, I.L. J 821, sobre la eficacia de las cláusulas convencionales que garantizan un período mínimo de trabajo y cotización a los fijos discontinuos.

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

En el período que se analiza, existen diversos pronunciamientos en relación con la institución del pacto de prueba. En primer lugar, la **STSJ de Cantabria de 22 de enero de**

2001, I.L. J 82, y la **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001**, I.L. J 124, abordan dos típicas cuestiones cuya resolución no plantea ya dudas; la primera, reseña que la consecuencia de la celebración de dos pactos de prueba en dos contratos temporales para la prestación de las mismas funciones conlleva la conversión en indefinido del contrato de trabajo, aunque en el caso concreto no se considera probado que se realicen por parte del trabajador las mismas tareas; la segunda, puntualiza que el art. 14.2 se aplicará siempre que el convenio aplicable no aborde una regulación diferente del período de prueba. También interesa, la **STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2001**, I.L. J 643, en la que se cuestiona la intención fraudulenta por ambas partes al pactar un segundo período de prueba en un contrato eventual celebrado tras la extinción de un contrato por obra o servicio, cuando las tareas a desarrollar eran idénticas. Concretamente, se cuestiona si se pretende simular por parte del trabajador la situación legal de desempleo. Según se indica:

“En efecto, la falta de reclamación contra el cese por no superar un período de prueba notoriamente arbitrario, sin justificación objetiva ni legal, como el caso de autos, por haber prestado la actora sus servicios en la misma empresa y con la misma categoría, durante casi un año en contratación laboral anterior, impide considerar a ésta –la actora– en situación legal de desempleo (...)”.

En segundo lugar, la **STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2001**, I.L. J 408, que recuerda de forma clara cuáles son los límites de este pacto, que implica que no sea preciso en absoluto especificar la causa que determina la decisión extintiva del contrato de trabajo de ninguna de las partes. Ahora bien, puntualiza el Tribunal:

“el único supuesto que puede generar la ineffectividad de la decisión unilateral resolutoria es el que la misma esté motivada o causada por una razón discriminatoria que viole el art. 14 de la Constitución o que vulnere cualquiera de los derechos fundamentales que ésta proclama; o, como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencias 94/1987 y 1661/1988, el ámbito de libertad reconocido por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria de la que ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental”.

De este modo, de acuerdo con el anterior argumento es importante la conclusión alcanzada en la **STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 723, que declara la nulidad del despido de una trabajadora despedida por no superar el período de prueba de tres meses cuando pone en conocimiento de la empresa que está embarazada. El Tribunal, de acuerdo con lo previsto por el ET tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, señala que:

“(...) ha entrado en juego la presunción de trato discriminatorio por razón de sexo y no ha demostrado la recurrente la verdadera razón por la que había ejercitado su facultad

IV. Modalidades de Contratación

resolutoria del contrato de trabajo derivaba del deficiente modo en que la demandante prestaba los servicios para los que había sido contratada u otra causa ajena a su situación de embarazo”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En materia de contratación temporal por obra se encuentran las habituales resoluciones en torno a la especificación de la causa de este contrato y a la licitud de su celebración en el ámbito de las empresas contratistas y una interesante sentencia en unificación de doctrina sobre el carácter temporal de los contratos por obra sujetos a la correspondiente subvención que debe recibir el Ayuntamiento contratante.

De una parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2001**, I.L. J 605, declara perfectamente ajustado a la precisión y claridad exigida para determinar la causa justificativa de esta modalidad de contratación la expresión de tareas a realizar con la fórmula: “para la colocación del ladrillo visto en el polideportivo de la localidad de Daimiel” en un contrato celebrado entre el trabajador y una empresa dedicada a la construcción. En sentido contrario, la **STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 411, no admite que se acuda al contrato por obra para vincular a un trabajador peón-tapicero a una empresa dedicada a la fabricación de carrocerías porque se trata del ciclo productivo normal, habitual y permanente de la misma.

De otra parte, en relación con el tema de la contratación temporal por obra o servicio en el seno de empresas contratistas para cubrir sus necesidades de personal con la finalidad de atender sus contratos, la **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2001**, I.L. J 178, recuerda la consolidada doctrina jurisprudencial (**SSTS de 15 de enero de 1997, 25 de junio de 1997, 11 de noviembre de 1998, 18 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999**) en el sentido de considerar que no se reconoce “virtualidad al dato de que la actividad sea permanente para la empresa principal, sino que lo decisivo es la temporalidad que concurre sin duda para la contratista, que sólo mantendrá la actividad en tanto que subsista la contrata”.

En tercer lugar, además de la **STS de 11 de abril de 2001**, I.L. J 779, que reitera la consabida doctrina de la naturaleza laboral de carácter temporal anual de los profesores de religión de centros públicos, ha de destacarse la **STS de 30 de abril de 2001**, I.L. J 802, que, en unificación de doctrina, declara el carácter temporal de los contratos de trabajo por obra pactados entre el trabajador y un Ayuntamiento sujetos a la concesión de la correspondiente subvención, frente a la calificación pretendida de su carácter fijo discontinuo, dada la sucesión de aquéllos desde 1991. Señala la resolución que en este supuesto resulta perfectamente aplicable la doctrina unificada por el TS en **Sentencia de 10 de diciembre de 1999**, en el sentido de considerar que “la dependencia económica

trae a un primer plano el factor de la contingencia o incertidumbre de la actividad en años futuros, dependiente de la necesaria cobertura económica, lo que es impropio de los contratos que tienen por objeto el desempeño de trabajo de carácter fijo-discontinuo”. Es más, el propio Tribunal compara su resolución actual con otra reciente **sentencia de 2 de junio de 2000**, en la que se alcanzaba la solución contraria a la reseñada en un supuesto semejante, que no idéntico, ya que la actividad realizada por los trabajadores declarados fijos discontinuos “era permanente y el Ayuntamiento prestaba dicho servicio social con cargo a su propio presupuesto”:

“Pero la propia sentencia de 2 de junio del 2000 cuida de señalar que su doctrina no está en contradicción con la que ahora se mantiene en razón de la dependencia presupuestaria que el Ayuntamiento tiene para mantener su servicio, condicionado a la concesión de una previa subvención por parte de la Diputación.”

La doctrina jurisprudencial es, pues, clara: la dependencia económica o la seguridad del presupuesto determinarán la validez de la contratación temporal por obra o el carácter fijo-discontinuo de la relación laboral. No es claro, sin embargo, si el criterio puede ser mantenido tras la Ley 12/2001, dado el tenor literal del art. 52.e) ET que parece partir de la base que los contratos que dependen de consignaciones presupuestarias inestables deben ser considerados de carácter indefinido.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Varios pronunciamientos resultan destacables por lo que a esta modalidad contractual se refiere. En primer lugar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2001**, I.L. J 90, que plantea la cuestión de si un trabajador contratado mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción puede o no desempeñar actividades distintas de aquellas que justificaron la concertación del mencionado contrato eventual, teniendo en cuenta, se indica, “que lo único que legalmente se exige es que se identifique la causa o circunstancias que justifican el contrato pero no se hace referencia alguna a la obligatoriedad de que, además el trabajador sea destinado con exclusividad a desempeñar las tareas propias de la causa justificativa del citado contrato”. Para resolverla, el Tribunal recurre a la doctrina jurisprudencial (**Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997**) que establece que para el válido acogimiento de la modalidad contractual eventual por circunstancias de la producción no sólo se requiere que se concierte de acuerdo con los requisitos legales, sino también “que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de tales tareas”.

En segundo lugar, en materia de especificación de causa, la **STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2001**, I.L. J 195, clarifica el concepto de exceso de pedidos a que se refiere el art. 15 ET, señalando:

“Téngase en cuenta que el contrato de exceso de pedidos en su modalidad temporal contemplada en el artículo 15 ET, requiere el que exista una convergencia en la Empresa que

IV. Modalidades de Contratación

implique un superior requerimiento de actividad al que es normal y habitual, para lo que sea preciso reforzar la plantilla realizándose contrataciones en época puntual, puesto que si la actividad superior permanece en el tiempo, es en realidad una nueva necesidad que debe articularse por el cauce de la contratación fija.”

Y la **STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 690, declara también en relación esta vez con un contrato eventual por acumulación de tareas celebrado con el Instituto Nacional de Estadística que se ajusta a esta causa “el incremento de volumen de la producción estadística, derivado de la realización de Encuestas y apoyo a las mismas prevista en su Programa Anual de Actuación de 1999, sin que exista dotación de personal suficiente para acometerlas”.

Finalmente, la **STS de 4 de abril de 2001**, I.L. J 745, distingue entre contratación eventual y contratación por interinidad en la Administración recordando la doctrina expuesta en sus Sentencias de 20 de mayo de 1994 y 27 de septiembre de 1994, en el sentido de admitir la licitud de la contratación eventual en la Administración cuando la plantilla no es suficiente pero no para cubrir plazas vacantes de médicos de la Seguridad Social. Así, se concluye, “médico interino es el nombrado para ocupar una plaza vacante previamente identificada, mientras que eventual es el designado para atender a una necesidad extraordinaria o esporádica”.

c) Contrato de interinidad

El pronunciamiento más interesante en este período es la **STC 20/2001, de 29 de enero**, I.L. J 3, sobre el cese de una funcionaria interina durante el período en que disfrutaba del permiso de maternidad. Ante la reclamación por la extinción anticipada, la Administración aduce que el cese no se basa en una discriminación por razón de sexo, sino en el presupuesto básico sobre el que se asienta el nombramiento de funcionarios interinos, que no es otro, que razones de urgencia. El Tribunal Constitucional desestima este argumento, y reiterando doctrina anterior, señala que:

“no resulta admisible desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho de trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad”.

El resto de pronunciamientos vienen referidos básicamente a personal estatutario. Así, la **STS de 26 de enero de 2001**, I.L. J 46, versa sobre el cese de una médica interina que ocupaba plaza que se amortiza cuando el titular causa baja. Posteriormente, se crea una plaza de médico general de atención primaria y se nombra a otra persona en comisión de servicios. El Tribunal resuelve sobre la validez del cese, argumentando, en síntesis, que:

“la interinidad no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa, cualquiera que sea la duración de la situación; que el personal interino podrá mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma de su titular o hasta su amortización; y que, consecuentemente, la amortización de la plaza que desempeña el interino produce la extinción de su nom-

bramamiento para dicha plaza, sin que residualmente perviva un derecho a ocupar también interinamente, la plaza de nueva creación del Equipo de Atención Primaria”.

En cambio, la **STS de 7 de febrero de 2001**, I.L. J 217, sostiene una interpretación distinta cuando el cese del interino se basa exclusivamente en el nombramiento de un funcionario interino en comisión de servicios. De este modo, se concluye que el nombramiento en comisión de servicios no está incluido entre las causas de extinción del contrato de interinidad. Debe reseñarse, en contra, la opinión sostenida en el voto particular, que considera que el nombramiento en comisión de servicios es uno de los sistemas de cubrir plazas vacantes, y que en consecuencia, puede actuar como causa de extinción del contrato de interinidad.

Menor interés tiene la **STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 392, que no aprecia existencia de fraude de ley en los contratos de interinidad sucesivos. Debe reseñarse que, en el caso concreto, se aplica la doctrina jurisprudencial de no examinar toda la serie contractual cuando ha existido una interrupción superior a 20 días. También abunda en doctrina conocida las **SSTSJ del País Vasco de 13 de febrero y de 6 de marzo de 2001**, I.L. J 561 y 719, que reitera la interpretación de que no es posible el cese de un interino para nombrar a otro. Sin embargo, esta regla se matiza en un supuesto en el que el trabajador sustituido se incorpora a otra plaza, y la interina tiene menor puntuación que la nombrada posteriormente en la misma plaza (**STSJ de Galicia de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 676).

También en relación con contratos de interinidad de personal estatutario, cabe aludir la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001**, I.L. J 168, donde, por una parte, se establece que el contrato de interinidad no ve desvirtuada su naturaleza por la utilización del cauce formal del contrato de obra o servicio, que se considera, siguiendo doctrina anterior del Tribunal Supremo, una mera irregularidad. Por otra parte, en la sentencia se niega el derecho al percibo del premio de antigüedad al personal interino, pues éste sólo corresponde al personal fijo que ocupe plaza en propiedad y de plantilla. Asimismo, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de enero de 2001**, I.L. J 102, establece que no cabe el cese de la interina que ocupaba plaza distinta a la solicitada y adjudicada a otra trabajadora mediante concurso de traslados. En la misma línea, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 607, señala que no tiene efectos extintivos del contrato de interinidad la cobertura de la plaza, cuando el trabajador fue destinado desde el principio a trabajos distintos de los del contrato. En cambio, sí cabe la extinción del contrato de interinidad por sustitución cuando la trabajadora sustituida pasa a quedar en situación de incapacidad permanente total (**STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de enero de 2001**, I.L. J 360) o cuando existe una adjudicación reglamentaria de la plaza en propiedad anteriormente ocupada interinamente (**STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2001**, I.L. J 674).

Menor trascendencia, por incidir en doctrina ya conocida tienen las **SSTS de 12 y 20 de febrero, de 20 de marzo, de 2 y 10 de abril de 2001**, I.L. J 223, 244, 497, 732 y 759,

IV. Modalidades de Contratación

que resuelven afirmativamente las dudas sobre la competencia del orden social para conocer de la legalidad de un proceso de amortización, como cuestión prejudicial para valorar el cese del trabajador interino por esta causa.

Finalmente, presenta cierto interés, la **STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2001**, I.L. J 436, sobre el particular supuesto de interinidad en casos de jubilación anticipada a los 64 años. En el caso en concreto, el trabajador sustituido fallece y se discute si el contrato de interinidad debe prorrogarse hasta la duración pactada. El Tribunal considera correcto el mantenimiento del contrato y:

“el respeto al plazo pactado, que el hecho del fallecimiento del trabajador sustituido no constituye causa de extinción del contrato, pues no puede olvidarse que el citado art. 3.2 del RD 1194/1985, tras remitirse a la regulación específica de la modalidad contractual de que se trate, impone en todo caso la duración mínima de un año”.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Los pronunciamientos en materia de condiciones de trabajo de los trabajadores temporales son numerosos. Al margen de la **STS de 23 de enero de 2001**, I.L. J 38, de alcance procesal, la mayor parte se refieren al problema del tratamiento igual; en especial, a la equiparación a los indefinidos en punto a antigüedad.

De entrada, cabe reseñar la **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2001**, I.L. J 311, que resuelve la concurrencia de discriminación en un supuesto en que a una trabajadora interina se le deniega, precisamente por la temporalidad de su contrato, el disfrute de un permiso sin sueldo:

“La negativa del organismo demandado a la solicitud de la actora para disfrutar de un permiso sin sueldo, atendiendo como único fundamento al carácter interino de la prestación de servicios, constituye una violación del principio de igualdad de trato y no discriminación garantizado por el artículo 14 de la Constitución, tal y como esta Sala ha declarado ya en múltiples sentencias que, aunque dictadas en relación con demandas interpuestas en reclamación del derecho de acceso a la excedencia por cuidado de hijos, venían referidas también a personal con carácter interino.”

En un sentido diferente, las **SSTS de 11 y 26 de abril de 2001**, I. L. J 770 y 795, que reiteran la doctrina jurisprudencial que niega a los ATS eventuales en equipos de atención primaria el complemento de atención continuada que sí se reconoce a los ATS con plaza en propiedad.

Existen, por otro lado, sentencias en torno al derecho de los trabajadores temporales del INSALUD al derecho a ayudas de guarderías y estudios. El criterio seguido por el conjunto de las resoluciones actuales no es sino el de reconocer a aquéllos estos derechos de

acuerdo con la doctrina unificada del TS que puntualiza que “dentro de la expresión ‘personal de plantilla’ debe incluirse tanto al personal con plaza en propiedad o fijo, como al personal interino” (SSTS de 24 de junio de 1996, 4 de octubre de 1996 y 17 de diciembre de 1996). En este sentido, se pronuncian, por lo que se refiere a la ayuda de estudios concretamente, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2001, I.L. J 373, y 14 de marzo de 2001, I.L. J 606. Del mismo modo, en relación con la ayuda de guardería, debe destacarse especialmente la STSJ de Aragón de 25 de enero de 2001, I.L. J 59, que resulta muy interesante tanto en su argumentación, como en la confirmación de la condena recaída en la instancia. Así es, el Tribunal, señala que:

“(…) la resolución del supuesto enjuiciado debe partir del hecho de que, pese a la existencia, desde tiempo atrás, de una pluralidad de pronunciamientos de esta Sala sobre la cuestión debatida reconociendo el derecho del personal eventual del INSALUD al percibo de esta ayuda, el INSALUD se sigue negando a abonar a su personal eventual la ayuda por guardería, obligando a este personal a reclamar estas ayudas en juicio, con los costes y retrasos consiguientes, lo que habida cuenta de que el importe de esta ayuda no es muy elevado (son 4.000 pesetas mensuales), puede inducir a personal eventual que reúne los requisitos previstos para su percepción, a renunciar a iniciar un proceso judicial, evitando así el INSALUD abonar estas ayudas a personal que tiene derecho a las mismas”.

De acuerdo con este planteamiento, la sentencia referida concluye valorando de forma positiva la condena de futuro impuesta en la instancia, aunque puntualizando el alcance de las mismas de acuerdo con la doctrina constitucional:

“Frente a esta situación reacciona el Juez de instancia con una impecable intelección de su función constitucional de proporcionar una tutela judicial efectiva, ex art. 24.1 de la CE, estableciendo una condena de futuro, pues condena al INSALUD a abonar por este concepto 4.000 pesetas mensuales a la actora mientras sus hijos sean menores de 6 años y asistan a una guardería infantil.(…) Ello no supone que si se produce en el futuro una mutación de las concretas circunstancias relativas a esta ayuda, por exigirse nuevos requisitos, que la actora no reúna, o incluso por suprimirse esta ayuda; la demandante conserve el derecho a la misma; pues el Fallo de la sentencia debe entenderse en el sentido de que impone la referida condena al INSALUD *sub conditione* (...)”

Por último, habría que referirse al problema del antigüedad. Al respecto, aparte de las SSTSJ de Asturias de 5 de enero de 2001, I.L. J 65, y la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001, I.L. J 170 –que excluyen su cómputo cuando se aprecia solución de continuidad entre varios contratos temporales–, hay que analizar los pronunciamientos recaídos respecto a la posible percepción por los trabajadores temporales de los complementos de antigüedad aplicables.

En este terreno diversas resoluciones siguen la conocida doctrina general sobre aplicación del convenio colectivo como norma reguladora del derecho de los trabajadores temporales al complemento de antigüedad. Así, reconociendo la antigüedad de los trabaja-

IV. Modalidades de Contratación

dores temporales: la STSJ de Aragón de 25 de enero de 2001, I.L. J 62; la STSJ de Canarias –Las Palmas– de 16 de enero de 2001, I.L. J 555; y, la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001, I.L. J 687. En sentido contrario, esto es negando a los temporales el complemento: la STS de 19 de febrero de 2001, I.L. J 239, aplicando el convenio colectivo del personal al servicio de la Administración Autonómica Valenciana; la STS de 25 de abril de 2001, I.L. J 791; y, las SSTS de 4 de abril de 2001, I.L. J 741, y de 30 de abril de 2001, I.L. J 804, alcanzan la misma conclusión en relación con los funcionarios interinos del INEM y del Ministerio de Trabajo, respectivamente.

Parece, sin embargo, que también esta doctrina puede verse afectada por la Ley 12/2001 que introduce en el art. 15.6 ET la referencia a la aplicación del principio de igualdad entre los trabajadores fijos y temporales en materia de antigüedad.

b) Tratamiento de la extinción contractual

Al margen de las conocidas resoluciones sobre particularidades de la extinción del contrato temporal, a las que se hace referencia al final, una sentencia resulta especialmente destacable en relación con esta materia. Se trata de la **STC 80/2001, de 26 de marzo**, I.L. J 539, que resuelve el recurso de amparo presentado por un trabajador que alega que la extinción de su contrato eventual por vencimiento del término pactado sin posibilidad alguna de prórroga en contra de lo que ocurre con la mayor parte de los trabajadores eventuales de la empresa, responde en realidad a una vulneración de su derecho de libertad de expresión y por tanto constituye un despido radicalmente nulo. En relación con este argumento, queda probado en la sentencia impugnada que el trabajador fue especialmente crítico con las líneas de actuación de la empresa con ocasión de una Junta General. La empresa, por su parte, considera que el contrato de trabajo se extinguió al cumplirse el término pactado sin que concurra razón alguna al margen de la finalización del tiempo. El TC en la resolución que ahora se comenta viene a considerar, tras exponer su doctrina sobre el principio de igualdad y no discriminación, que, asumiendo los hechos probados en la resolución impugnada (STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 1997):

“(…) la empleadora consiguió probar que existían razones ajenas al comportamiento crítico del trabajador que explicaron la decisión de no renovar el contrato en la fecha de su vencimiento (...). En consecuencia, el análisis de la sentencia recurrida nos lleva derechamente a la denegación del amparo. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró la regla procesal sobre la carga de la prueba, así como la doctrina relativa a la necesidad de que el empleador acredite que la no renovación contractual no obedece a una causa torpe, vulneradora de derechos elementales, y estimó, de forma suficientemente motivada, que los hechos que dieron lugar a la decisión extintiva obedecían a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental a la libertad de expresión del ahora quejoso [artículo 20.1.a)]”.

Por otra parte, también aparecen en esta etapa, como se indicaba, las habituales sentencias sobre el régimen jurídico de la extinción de los contratos temporales, en este caso,

del contrato de obra o servicio. Así, la **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2001**, I.L. J 178, puntualiza en relación con la extinción del contrato por obra o servicio, que:

“(…) la circunstancia alegada por la empresa en la comunicación extintiva es la del vencimiento del término pactado, que no puede aceptarse como válida y eficaz, ya que si bien se había pactado una duración inicial y una serie de prórrogas, en el régimen jurídico del contrato de obra o servicio determinado lo relevante no es el cumplimiento de un plazo, que como ya se ha dicho sólo puede estimarse como orientativo, sino la demostración de la terminación de la obra o servicio, lo que aquí no ocurre”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2001**, I.L. J 435, declara la improcedencia del despido del trabajador por falta de acreditación de la finalización de la obra. Asumiendo la concurrencia en el supuesto de la causa de extinción del contrato por obra, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de febrero de 2001**, I.L. J 330, define esta causa como “realización material o física que cobra existencia por su ejecución o realización a medio del contrato estipulado, y que por sus características específicas, goza de sustantividad y autonomía, o lo que es lo mismo puede individualizarse como corpus cierto, dentro de la actividad productiva habitual del empleador”. En el mismo sentido, la **STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 664, declara también la correcta extinción del contrato por finalización de la obra.

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2001**, I.L. J 605, en relación con la forma de la extinción del contrato por obra o servicio reseña que:

“(…) el hecho de que la extinción del contrato se comunicase con un retraso de diez a quince días desde la terminación de la obra no legitima *prima facie* la conceptualización del contrato como indefinido, puesto que para ello (...) sería preciso que el contrato se hubiese celebrado en fraude de ley”.

Finalmente, la **STS de 9 de abril de 2001**, I.L. J 756, aunque de alcance únicamente procesal, viene a puntualizar en relación con la extinción de los contratos temporales que “entre los contratos temporales y el indefinido no transcurrió por completo el plazo para tener por caducada la acción de despido, pero ello no es suficiente para entender que los contratos temporales adolecen de irregularidad alguna”.

4. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato para la formación

En el período analizado, cabe destacar dos interesantes pronunciamientos que en doctrina judicial de suplicación, dan una respuesta divergente a la cuestión de la validez de las enseñanzas a distancia en los contratos de formación. Así, por una parte, la **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 588, estima que el empresario incumple total-

IV. Modalidades de Contratación

mente sus obligaciones formativas cuando recurre a la formación a distancia. La consecuencia que se aplica a este incumplimiento total es la nulidad de la cláusula temporal y la improcedencia del cese.

En cambio, radicalmente distinta es la interpretación sostenida en la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2001**, I.L. J 161, pues el Tribunal considera que no hay incumplimiento “en su totalidad” de las obligaciones de formación teórica porque es factible la formación a distancia a cargo de la empresa, incluso aunque ésta se realice fuera de la jornada laboral:

“descartado el incumplimiento en su totalidad de las obligaciones que al empresario incumben en materia de formación teórica, no puede operar la presunción del carácter común u ordinario de la relación (...) por lo que, y sin perjuicio de otras responsabilidades pecuniarias, el contrato para la formación suscrito entre partes debe estimarse válidamente extinguido a la fecha de su vencimiento”.

B) Contrato en prácticas

En primer lugar, conviene reseñar la **STS de 17 de abril de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 839, que se enmarca en los pronunciamientos que analizan la valoración de la culpabilidad como requisito típico para imponer sanciones por utilización desviada de este contrato formativo, concretamente cuando el contrato se suscribe con trabajadores con título de vigilante jurado, que no se encuentra entre las titulaciones que habilitan el uso de este tipo de contrato. El Tribunal resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, negando la procedencia de la sanción por no apreciar dolo ni culpa, y aplicando en consecuencia, los principios esenciales del derecho penal al derecho administrativo sancionador.

“Como en el año 1990, fecha de la contratación de los trabajadores por parte de la empresa recurrente, ni la jurisprudencia ni la Administración de forma definitiva habían resuelto sobre la validez del título de Vigilante Jurado para la contratación de trabajadores en prácticas (...) por ello la empresa recurrente en el año 1990, podía e incluso debía actuar en la creencia válida de la posibilidad de contratar trabajadores en prácticas a partir del título de Vigilantes Jurados.”

Menos interesante porque reitera doctrina ya conocida, es la **STSJ de Murcia de 22 de febrero de 2001**, I.L. J 448, que abunda en la interpretación de que la contratación de titulados universitarios en entidades financieras mediante contratos en prácticas es fraudulenta cuando el objeto del contrato es realizar tareas administrativas (ya con anterioridad puede verse STSJ de Murcia de 21 de octubre de 2000, I.L. J 2308). Además, en este caso en concreto, el fraude de ley derivaba también del hecho de que la empresa remuneraba por una categoría inferior a la correspondiente a las tareas realizadas.

Parcialmente diferente es la interpretación de la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2001**, I.L. J 118, que enjuicia un supuesto de contrato en prácticas de un diplomado en

Trabajo Social, contratado para realizar las funciones de asistente social, aunque en el contrato se establecía que en el contrato se desarrollarían las funciones de asistente social y educador. El trabajador acabó desempeñando principalmente estas últimas. El Tribunal estima que el contrato en prácticas no es fraudulento atendiendo, en síntesis, al argumento de que:

“La correspondencia entre la titulación y el trabajo no tiene por qué ser absoluta ni rígidamente nominalista bastando que la prestación laboral permita el ejercicio de todas o algunas de las enseñanzas teóricas acreditadas por la titulación del trabajador.”

Un supuesto particular es el contemplado en la **STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001**, I.L. J 685, donde en aplicación del art. 17.b) de la Ley 13/1986, que posibilita que en determinados organismos, la duración máxima del contrato en prácticas alcance una duración de cinco años, entiende que no cabe hablar de despido, sino de válida extinción del contrato por expiración del tiempo convenido al alcanzarse el plazo máximo de duración del contrato. Debe reseñarse que la citada disposición ha sido modificada por la Disposición Adicional Séptima de la reciente Ley 12/2001, de 9 de julio, sin que la reforma haya afectado directamente a la duración de estos contratos.

5. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y ASIMILADOS: TRABAJO FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

A efectos sistemáticos, cabe reseñar en primer lugar, la **STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2001**, I.L. J 384, sobre la aplicación de la presunción de celebración del contrato a jornada completa en caso de falta de forma escrita. En concreto, se establece que la constatación en las actas de la Inspección de trabajo de unos períodos concretos de prestación de servicios no desvirtúa el juego de esta presunción, señalándose, según el tenor de la sentencia, que:

“la falta de impugnación de tales actas no genera limitación alguna en su derecho a alegar que ha prestado servicios a jornada completa y a reclamar el salario correspondiente”.

B) Contrato fijo discontinuo

El grueso de pronunciamientos en este período vienen referidos a la difícil delimitación de los contratos fijos discontinuos con otras modalidades contractuales, sobre todo en caso de reiteración de los contratos temporales. Así, en primer término, la **STSJ de Baleares de 26 de enero de 2001**, I.L. J 187, dilucida si la contratación durante sucesivos veranos en un servicio de piscinas municipales determina la conversión de la relación en un contrato fijo discontinuo, concluyéndose que no existe tal derecho por la diversidad de actividades desarrolladas por los trabajadores en las sucesivas contratacio-

IV. Modalidades de Contratación

nes y por la dificultad de articular listas de llamamiento para cada una de estas actividades, que tienen carácter interdependiente.

Aparte de este pronunciamiento cabe mencionar, en segundo lugar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de febrero de 2001**, I.L. J 374, que abunda en la clásica delimitación entre contratos fijos discontinuos y contratos de obra, estimando, en el caso concreto, la ilicitud del contrato de obra o servicio, porque el trabajo desarrollado “no tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa sino que atiende al desarrollo normal y ordinario de la empresa”. En tercer lugar, y aunque centrada en el caso concreto, cabe reseñar la **STSJ de Baleares de 10 de enero de 2001**, I.L. J 73, donde se considera que la naturaleza fija discontinua del específico contrato no queda desvirtuada ni justifica la reclamación de la consideración como fijo con relación continuada, por el hecho de que en:

“uno o más años, el evento determinante de la periodicidad o intermitencia de los trabajadores a ejecutar dé lugar a que éstos se lleven a cabo durante todos los días laborables del año”.

Particular interés tiene la **STS de 29 de abril de 2001**, I.L. J 821, que afronta la cuestión de la eficacia de las cláusulas convencionales que garantizan a los fijos discontinuos un período mínimo de trabajo, con la correspondiente obligación de pagar el salario y las cotizaciones sociales. La cuestión planteada refiere al eventual derecho al subsidio de desempleo de unas trabajadoras fijas discontinuas en un supuesto donde la empresa incumplió, debido a su situación económica, las obligaciones previstas al respecto en el convenio colectivo. El Tribunal rechaza la pretensión de que el INEM anticipe el pago del subsidio, argumentando, en síntesis que:

“lo que está pretendiendo es, por una parte que se acepte como válido que una empresa cotice por sus trabajadores aunque ellos no hayan trabajado ni estuvieran en situación asimilada (...) pero por otra, nada menos que vincular al INEM a responder de unas cotizaciones ficticias por el hecho de que las mismas habían sido pactadas en el Convenio Colectivo”.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

Al margen de la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2001**, I.L. J 359, que, a propósito de una paga de resultados que se abona exclusivamente al personal funcional, abunda en la conocida doctrina de que estas diferencias están justificadas por tratarse de colectivos diferentes con una regulación distinta y de la **STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2001**, I.L. J 645, que aplica la misma doctrina en relación con la interpretación de la retribución del personal laboral en un convenio colectivo, conviene remarcar la **STS de 4 de abril de 2001**, I.L. J 744, que estima que para el cálculo de la indemnización por despido improcedente deben computarse los servicios prestados tanto bajo relación administrativa como laboral.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

La **STC 91/2001, de 2 de abril**, I.L. J 833, admite el recurso de amparo formulado en relación con una sentencia donde se anula la resolución del concurso-oposición para cubrir plazas en régimen laboral y se ordena la repetición de las pruebas. El Tribunal Constitucional estima la alegación de indefensión por falta de emplazamiento personal en el proceso por el que se anulaba el concurso:

“los demandantes de amparo ostentaban la cualidad de interesados, estaban plenamente identificados y pese a ello no fueron emplazados personalmente, sin que haya existido actuación negligente por su parte ni resulte acreditado que, al margen del proceso, tuvieran conocimiento de éste”.

El resto de sentencias dictadas en el período analizado versan básicamente sobre cuestiones de orden jurisdiccional competente. En primer término, la **STSJ de Murcia de 15 de enero de 2001**, I.L. J 184, examina la competencia del orden social para conocer de un supuesto en el que se discute el ajuste de un nombramiento de personal estatutario a los criterios de la bolsa de trabajo. El tribunal hace hincapié en el cambio operado tras la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, conforme a la cual cabe reconducir al orden contencioso-administrativo la impugnación de “las convocatorias de los procedimientos de selección, de provisión de plazas y movimientos a que se refiere esta ley, así como sus bases, la actuación de los tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellos”. Con igual base legal, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de enero de 2001**, I.L. J 106, declara la incompetencia del orden social para conocer de una valoración de méritos en relación con una convocatoria de plazas de nuevo ingreso en el INSALUD. Estas sentencias son importantes pues implican un cambio de criterio respecto a la interpretación consolidada de la jurisprudencia en esta materia pues antes de la indicada Ley 13/1999 se sostenía solución diferente (véase, a este respecto, la STS de 15 de febrero de 2000, I.L. J 121).

En segundo término, la **STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 414, recuerda la doctrina jurisprudencial que declara la competencia del orden social cuando lo que se impugna no es la convocatoria, ni las bases de la selección, ni la actuación del tribunal adjudicador, sino específicamente la preferencia en la lista en un supuesto de hecho donde como consecuencia de la renuncia a la contratación de los anteriores en la lista, se discutía el derecho a la contratación como interino. También en relación con el tema de las listas de contratación, la **STSJ de Extremadura de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 658, admite que el rechazo sin causa justificada de oferta de trabajo tenga como efecto la relegación al final de la lista de contratación.

Por su parte, la **STSJ de La Rioja de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 711, examina la impugnación de un concurso de promoción profesional, aplicando la doctrina clásica de que

IV. Modalidades de Contratación

los tribunales de justicia no pueden sustituir la valoración de los Tribunales calificadoros de oposiciones, por lo que al no apreciarse defectos formales o procedimentales, ni arbitrariedad o desviación de poder, debe respetarse el criterio del Tribunal calificador.

b) Irregularidades en la contratación laboral

Al margen de la **STS de 26 de enero de 2001**, I.L. J 47, en un supuesto sobre un cese de unos conductores de urgencia por amortización de las plazas que venían ocupando mediante un expediente de regulación de empleo, en el que no se aprecia contradicción; cabe reseñar algunos pronunciamientos que aplican la consideración como contratos indefinidos, pero no fijos de plantilla en supuestos de irregularidades en la contratación laboral, por ejemplo, en el caso de un arquitecto con relación laboral en un ayuntamiento en el que no existe plaza legalmente creada (**STSJ de Extremadura de 29 de enero de 2001**, I.L. J 141) o cuando se ha destinado a un trabajador a cometidos distintos a los establecidos en el contrato de interinidad por vacante (**STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 2001**, I.L. J 607). Igualmente, se considera que no cabe apreciar la pretensión de que una relación se considere como indefinida en supuestos de irregularidades en la contratación, porque la consecuencias se satisfacen con un contrato de interinidad por vacante (**STS de 28 de marzo de 2001**, I.L. J 529).

Finalmente, las **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001** y **STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2001**, I.L. J 429 y 727, ahondan en la distinción entre fijo de plantilla y contrato con duración indefinida en el ámbito de la Administración pública, admitiendo la validez del cese del trabajador, cuando se produce la cobertura legal de la plaza ocupada con carácter indefinido.

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

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Igualdad salarial. a) Diferencias salariales entre funcionarios y personal laboral. b) Exclusión convencional de los trabajadores temporales del percibo del complemento de antigüedad. c) Discriminación salarial por afiliación o ejercicio de funciones representativas. d) Diferencias salariales en el complemento de valoración de puesto. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA: *Dies a quo* e interrupción del plazo de prescripción. b) Responsabilidad: indemnizaciones fijadas por Auto en trámite de ejecución. c) Responsabilidad por insolvencia empresarial y sucesión de empresas: alegación extemporánea. d) Responsabilidad por insolvencia empresarial. Excepción de caducidad de la acción de despido: alegación extemporánea. e) Proyección de la garantía legal del artículo 33.2 ET a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas e insolvencia del empleador derivados del artículo 52. c) ET. f) Responsabilidad: no procede. Despido objetivo que supera los límites numéricos y temporales que establece el artículo 51.1 ET. g) Salarios pendientes de pago: concepto. h) Indemnizaciones y salarios de tramitación: topes máximos. **2. Jornada.** A) Exceso. Indemnización de daños y perjuicios. B) Retribución de los días de descanso por exceso de jornada, cuando sobre éstos sobreviene un periodo de Incapacidad Temporal. C) INSALUD y horas extraordinarias. D) Modificación y preceptiva intervención de los representantes de los Trabajadores. E) RENFE. Retribución de horas extraordinarias trabajadas en días festivos o de descanso. **3. Clasificación profesional.** A) Carácter irrecurrible de la sentencia sobre clasificación profesional. **4. Movilidad funcional.** A) La titulación como límite de la movilidad funcional. a) Doctrina general. b) Titulación y principios de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la Administración pública. B) Realización de funciones de superior categoría. C) Iberia: Técnico Jefe de Mantenimiento. D) Cambio de puesto de trabajo temporal por razones de salud laboral. **5. Pacto de no competencia**

postcontractual. 6. Modificaciones sustanciales. A) Procedimiento de conflicto colectivo y modificación de condiciones de trabajo. B) Traslado que no supone cambio de residencia. C) Traslado sin cambio de residencia puede suponer modificación sustancial de condiciones de trabajo. D) La mejora voluntaria para su modificación es necesario acudir a las previsiones contenidas en el art. 41 ET. E) Mejora voluntaria y modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. **7. Excedencia.** A) Telefónica. Reingreso de excedencia voluntaria. Refundición de grupos laborales. B) INSALUD. Ayuda por fallecimiento en situación de excedencia forzosa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 863).

1. SALARIO

A) Igualdad salarial

a) Diferencias salariales entre funcionarios y personal laboral

Según STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2001, I.L. J 359, la reclamación de cantidad en concepto de paga de resultados por personal laboral cuando dicho complemento se abona exclusivamente al personal funcionario ha de rechazarse con fundamento en doctrina consolidada. El Tribunal Constitucional ha establecido que entre funcionarios y personal laboral se da una diferencia de regulación legislativa que no resulta arbitraria (SSTC 57/1982, de 27 de junio y 99/1987, de 11 de junio). Son regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes –estatutaria y laboral– que no tienen los mismos derechos y deberes.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 de enero de 2001, I.L. J 556, estima justificada la diferencia salarial entre personal laboral y personal funcionario laboralizado en cuanto a la indemnización por residencia y el complemento personal compensable a percibir sólo por el personal funcionario laboralizado. Su fundamento se encuentra en el distinto origen y régimen jurídico de estos dos colectivos.

b) Exclusión convencional de los trabajadores temporales del percibo del complemento de antigüedad

No es contrario al principio de igualdad que el convenio colectivo solamente prevea para los trabajadores fijos el complemento de antigüedad, excluyendo, por tanto, a los tempo-

V. Dinámica de la Relación Laboral

rales, dadas las diferencias entre ambos colectivos (STS de 25 de abril de 2001, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 791). Idéntico fallo se dictó en 1997 y, fue reforzado en el año 2000 al excluir el factor de temporalidad de los criterios de discriminación reflejados en el artículo 14 CE.

c) Discriminación salarial por afiliación o ejercicio de funciones representativas

La STSJ de Madrid de 30 de enero de 2001, I.L. J 180, considera discriminatorio que de trece trabajadores, que percibían la gratificación voluntaria, sólo a uno se le absorbe y compensa sin justificación alguna. Es más, tal conducta se asocia sin dificultad a la afiliación o al ejercicio de funciones representativas por la perjudicada (es delegada de personal y miembro de un sindicato), pues ésta es la única diferencia entre ella y sus compañeros de trabajo.

d) Diferencias salariales en el complemento de valoración de puesto

Una vez cubiertos los mínimos salariales, según STSJ de Madrid de 9 de enero de 2001, I.L. J 159, no se puede considerar discriminatorio que el complemento de valoración de puesto de trabajo sea diferente entre trabajadores de la única categoría, pues es facultad empresarial apreciar y premiar determinadas circunstancias que concurren en algunos trabajadores.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA: Dies a quo e interrupción del plazo de prescripción

El acuerdo privado, eficaz para interrumpir la prescripción frente al empresario, no perjudica al FOGASA cuando su responsabilidad es la subsidiaria de los artículos 33.1 y 33.2 ET, porque en estos casos, en tanto que su situación es parecida a la de un fiador, habrá de aplicarse el art. 1975 del Código Civil, y no el régimen jurídico sobre la interrupción de la prescripción que establece el art. 1973 del mismo cuerpo legal.

Como señala el TS en Sentencia de 24 de abril de 2001, u.d., I.L. J 790, la aplicación del mencionado art. 1975 del Código Civil, en los casos en que el FOGASA es responsable subsidiario, implica que se verá perjudicado por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor cuando ésta se produce mediante reclamaciones judiciales o asimiladas, pero no cuando se trata de otras formas genéricas de interrupción, y en concreto del reconocimiento de deudas u otros pactos que no gocen de la garantía de publicidad que aquellos otros supuestos tienen. Cuestión distinta sucede en los casos en que el FOGASA es responsable directo porque en estos casos ya no son de aplicación las previsiones contenidas en el art. 1975 del Código Civil.

En STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2001, I.L. J 855, se concluye que la acción frente al FOGASA no puede considerarse prescrita en aquellos casos en que el trabajador se dirige frente a la empresa por el 100 por ciento de la deuda, aun tratándose de un despido

por circunstancias objetivas en empresa de menos de veinticinco trabajadores, y sólo posteriormente, una vez declarada la insolvencia de ésta, se dirige frente al FOGASA, habiendo transcurrido más de un año desde la fecha del despido hasta la fecha en que se presenta la solicitud, pero no desde la fecha en que se dicta la sentencia que condena al pago a la empresa demandada ni desde la fecha en que se dicta el Auto de insolvencia.

Finalmente, el TSJ de Andalucía, Granada, en Sentencia de 18 de enero de 2001, I.L. J 844, reitera la doctrina sentada por la STS de 9 de marzo de 1999, I.L. J 444 (recurso 4612/1997), en la que se señala que el día inicial del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA coincide con la fecha del Auto declarativo de la insolvencia de la empresa, aunque la reclamación puede plantearse desde la notificación de éste.

b) Responsabilidad: indemnizaciones fijadas por Auto en trámite de ejecución

En Sentencias del TS de 22 de enero y 7 de febrero de 2001, u.d., I.L. J 35 y 219, se reitera el criterio, ya unificado en Sentencias de 1 de junio de 1999, I.L. J 877 (recurso 3425/1998), y de 28 de febrero, 10 y 23 de marzo, de 10 y 17 abril, y de 29 de noviembre de 2000, I.L. J 152, 284, 316, 410, 428 y 2624 (recursos 1037/1999, 4005/1998, 605/1999, 1017/1999, 2768/1999 y 4507/1999), en las que se señala que cuando el acuerdo conciliatorio es de readmisión, pero ésta no se produce, el Auto dictado en trámite de ejecución, fijando el importe de la indemnización, determina la responsabilidad relatada en el art. 33.2 ET. Señala el Alto Tribunal que aunque el supuesto en que la indemnización ha sido fijada por auto no se menciona expresamente en el art. 33.2 ET, hay que concluir que este supuesto debe asimilarse a la fijación de la indemnización por sentencia, pues en ambos casos se trata de la decisión de un órgano judicial vinculado por la ley.

c) Responsabilidad por insolvencia empresarial y sucesión de empresas: alegación extemporánea

En STSJ de Navarra de 14 febrero de 2001, I.L. J 450, se señala que, aunque el Tribunal Supremo ha reconocido que el Fondo de Garantía Salarial queda exonerado de responsabilidad cuando se comprueba que, respecto de la nueva empresa declarada insolvente, había surgido un nuevo titular, que resulta obligado solidario o subsidiario, en virtud de haberse producido el supuesto del art. 44 ET, esta doctrina no es aplicable cuando el Auto de insolvencia empresarial se dicta con posterioridad y previa audiencia al FOGASA que no opone, entonces, reparo alguno en el proceso, sobre todo porque admitir posteriormente el argumento sucesorio implicaría ignorar las sentencias firmes recaídas en los pleitos previos y, también, el proceso de ejecución en que se dio audiencia al FOGASA para que pudiese alegar lo que a su derecho conviniera.

Expresamente se señala que:

“(…) si el Fondo pudo intervenir en los procesos incoados por los trabajadores demandantes a fin de defender aquellos aspectos y cuestiones con relevancia para una eventual

V. Dinámica de la Relación Laboral

responsabilidad subsidiaria, concretamente la posible sucesión empresarial, y si además consintió con su inactividad procesal la firmeza del auto recaído en fase de ejecución, no puede oponer ahora lo que debió alegar a su debido tiempo.”

d) Responsabilidad por insolvencia empresarial. Excepción de caducidad de la acción de despido: alegación extemporánea

La excepción de caducidad de la acción de despido opuesta extemporáneamente por el FOGASA, en el momento en que el trabajador se dirige contra él, tras la declaración de insolvencia empresarial, carece de eficacia y no le libera de su responsabilidad. Así lo señala el TS, en **Sentencia de 23 de abril de 2001**, u.d., I.L. J 785, en donde se dice que cuando una persona, natural o jurídica, es constituida parte en un proceso por admitirse a trámite la demanda dirigida contra ella, debe soportar los pronunciamientos que en dicho proceso le alcancen y que vaya consintiendo sucesivamente.

e) Proyección de la garantía legal del artículo 33.2 ET a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas e insolvencia del empleador derivados del artículo 52.c) ET

En el supuesto que resuelve la **STSJ de Andalucía (Granada) de 30 de enero de 2001**, I.L. J 847, se cuestiona si la responsabilidad del FOGASA en los supuestos del art. 52.c) ET únicamente se puede aplicar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 60/1997 que redacta de nuevo el art. 33.2 ET incluyendo tal supuesto. El TSJ de Andalucía (Granada) responde negativamente a la cuestión planteada teniendo en cuenta el consolidado criterio jurisprudencial, plasmado en Sentencias del TS de 30 de junio de 1999, I.L. J 913 y de 12 de julio de 1999, I.L. J 1047, entre otras, según el cual, aunque el ya modificado art. 33.2 ET limitaba las indemnizaciones a abonar por el FOGASA —en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de trabajadores— a los despidos o extinciones contractuales producidas en aplicación de los arts. 50 y 51 ET, se consideró que debían extenderse los límites de aquel precepto a las extinciones contractuales reguladas en el art. 52.c) ET.

f) Responsabilidad: no procede. Despido objetivo que supera los límites numéricos y temporales que establece el artículo 51.1 ET

En **STSJ de Valencia de 12 de enero de 2001**, I.L. J 316, se aplica el criterio contenido en STS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, en la que se señala que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma.

Por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiéndose el empresario a lo que dispone el art. 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor

y exactitud los límites numéricos y temporales que establece el art. 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado art. 33.8 ET.

g) Salarios pendientes de pago: concepto

En STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de enero de 2001, I.L. J 843, se cuestiona si el FOGASA debe asumir el abono, no satisfecho por la empresa declarada insolvente, de las cantidades que los trabajadores tenían derecho a percibir durante la situación de incapacidad temporal, según lo previsto a tal efecto en el convenio colectivo aplicable.

La Sentencia comentada concluye que estas cantidades no son calificables como salario sino como una mejora a la acción protectora de la Seguridad Social y que, por ello, en tanto que la responsabilidad del FOGASA se refiere al abono de los salarios pendientes de pago, según señala el art. 33.1 ET, no asume responsabilidad alguna en estos casos.

h) Indemnizaciones y salarios de tramitación: topes máximos

El TS, en Sentencia de 5 de abril de 2001, u.d., I.L. J 749, señala que los topes de aseguramiento de las retribuciones a cargo del FOGASA en caso de insolvencia empresarial, relativos a las indemnizaciones del despido colectivo y del despido por causas económicas del art. 52 c) ET, y a los salarios de tramitación, se cifran en los apartados 1 y 2 del art. 33 ET, que son los que siempre habrán de tenerse en cuenta para determinar la concreta responsabilidad del FOGASA, aun cuando la suma de ambas partidas quede netamente por debajo del importe íntegro de las indemnizaciones debidas por la empresa.

Por su parte, el TSJ de Andalucía (Granada) en Sentencia de 20 de febrero de 2001, I.L. J 851, señala que la indemnización que le corresponde abonar al FOGASA, en el supuesto especial a que se refiere el art. 33.8 ET, es el 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia de expediente instruido en aplicación del art. 51 ET o por la causa prevista en el art. 52 c) ET. Por ello, en aquellos supuestos en que la indemnización procede como consecuencia de la extinción contractual por causas económicas del art. 51 ET, la indemnización es la de 20 días de salario por año de servicio fijada en el apartado 8 del mismo art. 51 ET, independientemente de que en el expediente administrativo se haya reconocido a favor de los trabajadores una indemnización de cuantía superior a la legal.

2. JORNADA

A) Exceso. Indemnización de daños y perjuicios

La Sentencia que se comenta en esta crónica, STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2001, I.L. J 393, aborda la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, cuando el

V. Dinámica de la Relación Laboral

empresario incumple de forma unilateral el pacto de abono de la horas extraordinarias en una determinada cuantía, sustituyendo la retribución pactada por un descanso alternativo. La Sentencia que se comenta, falla en sentido desfavorable al devengo de esta indemnización de daños y perjuicios, pese al incumplimiento del empresario de lo en su día pactado.

Para ello valora esencialmente dos circunstancias: a) Aunque se trata de un incumplimiento unilateral del empresario, se encontraba motivado por una actuación inspectora que apercibía de sanción, si no se limitaban el número de horas extraordinarias al máximo legal de 80 al año. b) El mero incumplimiento de un acuerdo colectivo, no devenga automáticamente una indemnización en concepto de daños y perjuicios, sino que éstos deben ser probados de forma fehaciente. Daño que no se desprende de las actuaciones, ya que, en palabras del propio Tribunal: “En principio, los dos términos de la alternativa, cobrar las horas extraordinarias o compensarlas con descanso, se encuentran en pie de igualdad y no puede decirse que una opción sea más beneficiosa o perjudicial que la otra”.

B) Retribución de los días de descanso por exceso de jornada, cuando sobre éstos sobreviene un período de Incapacidad Temporal

La STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2001, I.L. J 200, aborda el tratamiento que debe darse a los días de descanso por exceso de jornada, cuando en la fecha señalada para su disfrute, el trabajador cae en situación de Incapacidad Temporal. La Sala opta por entender que los días de descanso se subsumen en el período de Incapacidad Temporal, desestimando la petición de los actores que interesaban se declarase su derecho a disfrutar días de descanso adicionales o subsidiariamente se les compensaran económicamente. Para ello la Sala utiliza la aplicación analógica de lo que ocurre, en idéntica situación durante el período vacacional. Es decir, que la situación de Incapacidad Temporal sobrevenida durante un proceso de descanso (sea por exceso de jornada o por vacaciones), constituye una manifestación del caso fortuito regulado en el art. 1105 del Código Civil, cuyas consecuencias han de recaer sobre el que las recibe fortuitamente. En el mismo sentido, STSJ de Cantabria de 10 de febrero de 1994, AS 527 y las que cita.

C) INSALUD y horas extraordinarias

La STSJ de Castilla y León de 19 de febrero de 2001, I.L. J 334, aborda un tema ya resuelto jurisprudencialmente, y analizado en anteriores crónicas. En concreto, si el personal estatutario del INSALUD, tiene derecho a la retribución (económica o en descansos) de los excesos de jornadas realizados. La Sala responde conforme a la ya doctrina reiterada del TS (STS de 10 de noviembre de 1998, entre otras) conforme la cual, “el tiempo de exceso sobre la jornada ordinaria del personal estatutario no puede retribuirse como horas extraordinarias sino a través del complemento de atención continuada”.

Reconoce la STSJ de Extremadura de 16 de noviembre de 2001, el derecho de los facultativos médicos del INSALUD a descansar 36 horas ininterrumpidas semanalmente, cuando hayan realizado en sábado o víspera de festivo guardias de presencia física o de localización (siempre que en este último caso se haya producido trabajo efectivo). Esta decisión, supone una aplicación literal de los Acuerdos de 22 de febrero de 1992 suscri-

tos entre la Administración Sanitaria y las Organizaciones Sindicales, que ya habían sido objeto de atención por el propio TS en Sentencias de 10 de marzo de 1999, 12 de julio y 18 de febrero de 2000.

D) Modificación y preceptiva intervención de los representantes de los trabajadores

La STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2001, concluye el carácter preceptivo de la intervención de los representantes de los trabajadores en los acuerdos de modificación unilateral de jornada cuando ésta fue fijada mediante un Instrumento Colectivo. El litigio parte de una serie de acuerdos firmados de forma individual entre empresario y varios trabajadores, que venían a dejar sin efecto un Acuerdo de 24 de septiembre de 1998, alcanzado de forma general y para toda la plantilla, entre la misma empresa y la representación legal de los trabajadores. Concluye el Tribunal el carácter nulo de los acuerdos individuales, utilizando para ello una interpretación literalista y finalista de los propios acuerdos, manifestando al respecto: “lógico será concluir que toda variación de la jornada laboral pactada colectivamente, deba acordarse también colectivamente, con la intervención en todo caso de los representantes de los trabajadores (...)”

E) RENFE. Retribución de horas extraordinarias trabajadas en días festivos o de descanso

La STS de 7 de febrero de 2001, analiza el art. 230 del Convenio Colectivo de RENFE, en el concreto sentido de cuál deba ser la retribución que perciban los trabajadores que realicen horas extraordinarias en sus días de descanso o festivos. La conclusión a la que llega el Alto Tribunal, es que dichas horas deberán ser abonadas con un incremento del 50 por ciento sobre el precio que tuvieran establecido en su Tabla Salarial Específica. A esta conclusión se llega, según la Sentencia comentada, no sólo por la propia literalidad del precepto, sino también atendiendo a la propia sistemática del mismo ya que: “no se puede olvidar que se trata de horas trabajadas no sólo sobre el horario ordinario establecido, sino que se trata de horas de exceso trabajadas, además en días festivos o de descanso, y por ello, doblemente extraordinarias (...)”.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Carácter irrecurrible de la sentencia sobre clasificación profesional

Las SSTS de 1 y 14 de febrero de 2000, u.d., I.L. J 206 y 228 (recursos 93/2000 y 1268/2000) consolidan, vigente el TRLPL de 1995, la jurisprudencia surgida con anterioridad a la LPL de 1990 y reiterada bajo su vigencia, relativa a la extensión del carácter irrecurrible de la sentencia sobre clasificación profesional. Según esta jurisprudencia la exclusión de la posibilidad de recurso de suplicación de los procesos de clasificación profesional es “predicable tanto en el supuesto de que la pretensión deducida limitase su

V. Dinámica de la Relación Laboral

objeto al reconocimiento de la superior categoría cuyas funciones, según se alegare, fueron las realizadas (...) como a aquellos otros en que se acumulara a dicha acción otra para reclamar las diferencias retributivas correspondientes, ya que esta segunda petición queda condicionada a la tramitación y decisión de la primera, respecto de la que tiene carácter subordinado”. Se trata de un pronunciamiento absolutamente ligado al de clasificación profesional que debe ser sometido a la misma regla del art. 189.1 LPL.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) La titulación como límite de la movilidad funcional

a) Doctrina general

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 art. 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 art. 35.1 CE, admite matices y modulaciones.

Entre éstos las SSTS de 20 de enero, 21 de febrero, 25 de marzo de 1994 y 21 de junio de 2000 y las SSTS de 24 de julio de 2000 y 15 de noviembre de 2000, u.d., manifiestan 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, 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. Doctrina judicial firmemente asentada como se observa en la STSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2000 y en la STSJ de Valencia de 18 de enero de 2001, I.L. J 320 (recurso 384/1998) en relación con la titulación exigida por la normativa estatal para la educación infantil.

b) Titulación y principios de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la Administración Pública

Sin embargo, la titulación es un requisito necesario pero no suficiente para alcanzar una determinada clasificación profesional. Así, en el ámbito de la Administración Pública el mero hecho de la posesión del título exigido para la prestación de un servicio laboral necesario no legitima a sus trabajadores a la obtención de la clasificación profesional correspondiente y a la ocupación de los puestos pues ello “supondría conculcar los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso a la función pública según el art. 103.3 de la Constitución”. Conclusión a la que llega la STSJ de Extremadura de 19 de enero de 2001, I.L. J 140 (recurso 7/2001) en relación con unas trabajadoras de la Junta de Extremadura que ostentan la categoría de Técnico en Educación Infantil y pretenden que se las equipare a la categoría de Educadora o de Profesora de Actividades

Docentes abonándoseles las diferencias salariales correspondientes, sin que conste que realicen funciones correspondientes a esta clasificación.

B) Realización de funciones de superior categoría

La STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, manifiesta que existe derecho a percibir retribuciones 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 2º).

Completando esta doctrina judicial la STSJ de Valencia de 11 de julio de 2000, precisa 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). Pero, por otro lado, tampoco la realización de funciones no correspondientes a la categoría del trabajador no implica necesariamente que estas funciones se encuadren en una categoría distinta y que su realización no sea exigible al trabajador. Así, la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2001, I.L. J 694 (recurso 5744/2000) manifiesta que el empresario podrá disponer de la fuerza laboral de sus empleados, “lo que incluye la potencialidad de cada trabajador para llevar a cabo otras funciones distintas sin que ello suponga desempeño de funciones propias de otra categoría superior”, no teniendo los tribunales la facultad de crear categorías profesionales inexistentes.

C) Iberia: Técnico Jefe de Mantenimiento

La Disposición Transitoria Decimosexta, apartado IV. d) del XIV Convenio Colectivo suscrito entre Iberia y su personal de tierra exige la ocupación efectiva de una de las vacantes que publique la Dirección de Iberia para alcanzar el encuadramiento como Técnico Jefe de Mantenimiento en el nivel 11 de la clasificación profesional. La STSJ de Baleares de 9 de enero de 2001, I.L. J 72 (recurso 769/2000) resuelve que este requisito no se satisface por el desempeño durante un período determinado, cuatro años en el caso concreto enjuiciado, de un puesto de trabajo asimilado a Jefe MET si no se acredita la existencia de vacante y su condición de puesto de mando.

D) Cambio de puesto de trabajo temporal por razones de salud laboral

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de febrero de 2001, I.L. J 337 (recurso 162/2001) confirma que es un derecho del trabajador y no una facultad discrecional de la Administración, el cambio temporal de puesto de trabajo a resultas de un determina-

V. Dinámica de la Relación Laboral

do cuadro clínico cuando tal derecho está reconocido en el Convenio colectivo de aplicación, el del personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y de la Gerencia de Servicios Sociales.

5. PACTO DE NO COMPETENCIA POSCONTRACTUAL

Cuestión a resolver es si el pacto por el que empresa y trabajador acuerdan que aquél no intervendrá en operaciones mercantiles o laborales que puedan competir con la empresa en la que cesa y a cambio de cuya no concurrencia percibe una indemnización, es válido y les vincula aun cuando ese pacto no se recoja en el acto de conciliación posterior o si sólo habrá de aceptarse como vinculante cuando se haya reflejado en aquel acto de conciliación. Sobre el tema la **STS de 21 de marzo de 2001**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 505, establece que:

“(…) aunque en el Acto de conciliación no se hace referencia a dicho pacto anterior, de dicho silencio no se puede deducir que el mismo lo dejara sin efecto expresa o tácitamente si se tiene en cuenta que se respetó el contenido económico del mismo en su integridad, por cuanto la cantidad pactada por todos los conceptos fue la misma que se acordó en el pacto privado del día anterior en el que se habían incluido los nueve millones relativos a dicho pacto. Por lo tanto, la conclusión a la que procede llegar no puede ser otra que la de entender que ambos acuerdos subsistían en la voluntad de las partes y por ello les vinculaban de forma conjunta en toda su plenitud de sus cláusulas, de conformidad con el principio rector de nuestro derecho según el cual el acuerdo de voluntades es la fuente de las mismas mientras no sea contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres como expresamente señalan los artículos 1255 y 1258 del Código Civil y desde entonces obligan a los interesados...”

6. MODIFICACIONES SUSTANCIALES

A) Procedimiento de conflicto colectivo y modificación de condiciones de trabajo

La **STS de 15 de enero de 2001**, I.L. J 14 analiza “si la modalidad procesal de conflicto colectivo puede ser idónea para conocer de las pretensiones formuladas por los Sindicatos demandantes, tendentes a que se decrete la nulidad o subsidiariamente, el carácter injustificado de la decisión empresarial que se afirma modificativa de las condiciones de trabajo (...)”, y ello a pesar de que la empresa no haya seguido las previsiones del art. 41 ET para las modificaciones de carácter colectivo.

Esta sentencia recoge dos criterios jurisprudenciales consagrados: a) “El que las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo tengan carácter individual o colectivo, dependen, por imperativo legal –art. 41.2 ET–, no del número de trabajadores afectados ni de su identificación sino de que las condiciones sustanciales que han de alterarse tengan su origen en un derecho de disfrute individual o de un acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario a

efectos colectivos”. b) El proceso especial regulado en el art. 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el art. 41 ET, y si no se cumplen las previsiones formales de tal precepto, “no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en ese caso sin sometimiento a plazo de caducidad”.

Proyectada tal doctrina a supuesto debatido donde trabajadores singularmente afectados pudieran haber acudido al proceso ordinario para impugnar la decisión empresarial, no supone una inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo y ello por cuanto dándose las premisas anteriores (las condiciones de trabajo que la empresa ha modificado deben considerarse de carácter colectivo, pues venían siendo disfrutadas por los trabajadores afectados, al menos, en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos; y que la modificación de las condiciones no se ha llevado a cabo a través de los cauces del art. 41 ET). Por tanto estamos, como delimita el art. 151.1 LPL, ante una demanda que afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, y que versa sobre la aplicación e interpretación de una decisión o práctica de la empresa. Por tanto concluye la citada sentencia en la adecuada acción de los Sindicatos demandantes de impugnar la modificación operada a través del cauce de la modalidad procesal genérica de conflicto colectivo.

B) Traslado que no supone cambio de residencia

En el supuesto contemplado por la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de febrero de 2001, I.L. J 370, la trabajadora demandante, limpiadora, fue trasladada de un centro a otro, a lo que la Sala señala que “el traslado del trabajador de centro de trabajo que no implique cambio de residencia es una facultad discrecional de la empresa, que no requiere motivación ni justificación alguna, y que se encuentra incluida dentro del ámbito de su poder de organización y dirección (arts. 5, apartado c) y 20.1 ET)”. Dicha sentencia concluye en que la movilidad funcional y geográfica es un derecho del empresario (arts. 39 y 40 ET), cuyos límites son la titulación profesional o modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 4 ET) o el cambio de residencia (art. 40 ET), lo que no se produce, con lo que tal facultad está comprendida dentro del ámbito y poder organizativo y de dirección del empleador.

C) Traslado sin cambio de residencia puede suponer modificación sustancial de condiciones de trabajo

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, I.L. J 430, examina el supuesto de unos trabajadores a los que trasladado el centro de trabajo a una distancia de 44 Km del anterior, y a pesar de impugnar con anterioridad tal decisión a través del cauce del proceso de movilidad geográfica, fue desestimada la preten-

V. Dinámica de la Relación Laboral

sión por cuanto el cambio no exigía cambio de residencia, no obstante ejercitan la acción de resolución del contrato de trabajo al amparo del art. 40.1 ET, y la sala revocando la sentencia señala lo gravoso de la distancia y entiende que ello supone la introducción por la empresa de una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo que si bien no obliga a un cambio de residencia si les irroga un perjuicio notable y por tanto procede la resolución de los contratos al amparo del art. 40.1 ET.

Solución discutible pues partiendo de la premisa sentada con anterioridad por la resolución judicial desestimatoria de la pretensión sobre impugnación del traslado en razón a la inexistencia de cambio de residencia, entiendo no ser factible acudir a la resolución contractual al amparo del precepto previsto para la movilidad geográfica que en este supuesto no se da, ante la inexistencia de traslado de residencia, no obstante y sin querer lo reconduce a una especie de modificación sustancial que no aparece como planteado por los trabajadores. No obstante es de recordar la doctrina contenida en la Sentencia del TS de 21 de diciembre de 1999, en cuanto admite que después de rechazada por justificada la medida de movilidad geográfica, el trabajador podrá instar la extinción del contrato de trabajo al amparo de la opción contenida en el art. 40.1, párrafo 4º, ET.

D) La mejora voluntaria para su modificación es necesario acudir a las previsiones contenidas en el art. 41 ET

La cuestión sometida a conflicto es la correspondiente al derecho a una prestación adicional a favor del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total cuando la empresa unilateralmente la suprimió con anterioridad en dos años a la extinción del contrato por mor de la señalada declaración. La STS de 19 de marzo de 2001, I.L. J 490, partiendo de la realidad de la existencia de la mejora voluntaria pues la misma deviene de una voluntad, reiterada en el tiempo (20 años), de otorgar la protección adicional, señala que:

“Una vez incorporada esta condición a las restantes del contrato no podía ser unilateralmente suprimida. Si efectivamente las condiciones que imponían las compañías de seguros alcanzaban un grado de onerosidad que la prudencia empresarial aconsejaba modificar, debieron emplear, como señala la sentencia recurrida, el procedimiento establecido en el art. 41.4 ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin que le fuera lícito la unilateral supresión del beneficio voluntariamente otorgado (...)”.

E) Mejora voluntaria y modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción

El presente conflicto colectivo sometido a recurso de casación afecta a tres cuestiones en relación a la modificación del descuento en las compras que venían obteniendo los trabajadores con ocasión de una mejora voluntaria concedida colectivamente, la primera si ello, a pesar de ser mejora voluntaria, puede suponer una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, segundo si se trata de una modificación sustancial o una movilidad funcional y tercero la caducidad de la acción.

La STS 9 de abril de 2001, I.L. J 807, resuelve cada punto litigioso y así respecto al primero recoge la doctrina reiterada (SSTS de 21 de febrero, 14 de abril, y 29 de mayo de

1997) en cuanto que la mejora voluntaria colectiva puede suponer una modificación sustancial. La segunda cuestión es la relativa a si se trata de modificación sustancial de las tipificadas en el art. 41 ET, y así lo entiende la citada sentencia pues si bien no se trata de salario en estrictos términos jurídicos, sí que se puede estimar dentro del sistema de remuneración el sistema de descuentos en la compra por tarjeta, y por tal contiene los elementos de una modificación sustancial. Por tanto encontrándonos ante una modificación sustancial de una condición más beneficiosa también respecto ésta la caducidad, claro está habiendo seguido los trámites del art. 41 ET que en el presente supuesto se entienden cumplidos toda vez existentes consultas.

7. EXCEDENCIA

A) Telefónica. Reingreso de excedencia voluntaria. Refundición de grupos laborales

La STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2001, I.L. J 394, recuerda la doctrina jurisprudencial que establece que la amortización de plazas sin respetar las vías reglamentarias no puede perjudicar el derecho expectante de los trabajadores en excedencia a reincorporarse a la empresa, pues otra solución haría ilusorio el derecho de quienes piden el reingreso, transformando la situación de excedencia voluntaria en un cese definitivo. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la reducción de plantilla se produce por Convenio Colectivo, por lo que no existe infracción de la doctrina citada.

B) INSALUD. Ayuda por fallecimiento en situación de excedencia forzosa

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2001, I.L. J 629 (recurso 189/2001), empieza por aclarar la naturaleza de la ayuda, señalando que no nos encontramos ante una prestación de seguridad social, sino ante una ayuda de acción social, ayuda que se reconoce a los derechohabientes de la persona comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Orden reguladora y que tengan nombramiento en propiedad y se hallen en situación de activo, por lo que, dado que en la situación de excedencia forzosa quedan en suspenso todos los derechos derivados de la prestación de servicios, no puede exigirse el abono de la ayuda, al faltar el requisito de encontrarse la trabajadora en activo.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos.

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas.

3. El despido disciplinario. A) Las causas que lo motivan. B) La forma del despido.

C) Algunas cuestiones conexas. **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) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. Despidos colectivos.** A) Concepto y causas.

B) El expediente de regulación de empleo. Tramitación. C) Otras cuestiones conexas.

6. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido. A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **7. Calificación judicial del despido:**

Procedencia. 8. 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. **9. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido emanada del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 1 a 4 del año 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, marginales J 1 a J 863).

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas

otras, más específicas, atinentes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de atención –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Se abordan después los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el “mutuo acuerdo de las partes” [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado finiquito”. A éste le reconocen valor liberatorio un nutrido grupo de resoluciones como la STSJ de Asturias de 5 de enero de 2001, I.L. J 65 (recurso 742/2000); la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2001, I.L. J 82 (recurso 742/2000); la STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2001, I.L. J 413 (recurso 4905/2000); la STSJ de Murcia de 26 de febrero de 2001, I.L. J 449 (recurso 1314/2001); la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2001, I.L. J 605 (recurso 196/2001); la STSJ de Galicia de 23 de marzo de 2001, I.L. J 671 (recurso 4295/1997), o la STSJ de La Rioja de 29 de marzo de 2001, I.L. J 712 (recurso 25/2001). La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de marzo de 2001, I.L. J 626 (recurso 302/2001), le reconoce tan sólo un valor liberatorio parcial. Y ello porque:

“el valor liberatorio no puede extenderse a aquellos conceptos salariales o diferencias salariales inexistentes en el momento de la firma del finiquito, si esas diferencias surgen como consecuencia de la aplicación retroactiva de un convenio”.

No reconoce valor liberatorio al finiquito la STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de enero de 2001, I.L. J 845 (recurso 2411/2000):

“No tanto en consideración a que el ejecutante negó que la firma obrante en el mismo fuera de su puño y letra, sino que adentrándose en su contenido, en relación con las distintas pruebas, llega a la conclusión de que ni de su contexto se puede considerar que se incluyeran las partidas reclamadas, y por cuanto además al existir en autos una nómina anterior a la conciliación administrativa, que se corresponde en su totalidad con el importe fijado en el supuesto recibo de finiquito y que alcanzaba a satisfacer partidas totalmente distintas de las que son objeto de este procedimiento.”

A la extinción del contrato por causas consignadas válidamente en el contrato [art. 49.1.b) ET] se refiere la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001, I.L. J 124 en la que no se supera el período de prueba.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de febrero de 2001, I.L. J 330 (recurso 79/2001) estudia la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET]. Falla la Sala a favor del cese y no del despido, al extinguirse la relación temporal concertada por agotamiento del objeto del contrato. En sentido análogo se manifiesta la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2001, I.L. J 605 (recurso 196/2001), relativa a un contrato temporal para obra o servicio determinado. La STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001, I.L. J 684 (recurso 284/2001) falla en favor de la extinción de una relación especial de deportista profesional, por expiración del tiempo convenido, respecto de un técnico deportivo del Real Madrid. Declara asimismo la inexistencia de despido la STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001, I.L. J 685 (recurso 198/2001), que analiza la extinción de un contrato de trabajo en prácticas. La STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2001, I.L. J 690 (recurso 5844/2001), relativa a contratos temporales sucesivos por acumulación de tareas, niega la existencia de despido al entender que el trabajador carece de condición de fijo-discontinuo, ya que “no se da la necesaria homogeneidad entre las distintas actividades”.

La dimisión del trabajador prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] es analizada en la STSJ de Baleares de 25 de enero de 2001, I.L. J 71 (recurso 847/2000) en un supuesto de aquietamiento de la trabajadora fija discontinua. Ésta no impugnó la falta de llamamiento de la empresa, durante la tramitación de la impugnación de la resolución administrativa denegatoria de incapacidad permanente, tras agotar el período de incapacidad temporal. Motiva la Sala su decisión en la doctrina jurisprudencial en torno a los efectos que, la resolución administrativa que deniega el reconocimiento de la situación de invalidez permanente, proyecta en la relación de trabajo en suspenso. Tal doctrina se resume:

“a) sin perjuicio de lo que pueda resultar de una posible revisión posterior, el efecto suspensivo inmediato en la relación individual de trabajo de las resoluciones administrativas sobre la situación de incapacidad laboral transitoria debe valer igualmente para las que declaran el nacimiento o persistencia de la misma y para las que declaran su extinción; b) ello es así en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos, cualidad no dependiente de su firmeza que reconocen los artículos 57 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común; c) el empresario puede por tanto deducir las consecuencias extintivas –disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento– que deriven de la falta de justificación por el trabajador de la incomparecencia o no reincorporación tras el alta médica; d) corresponde en consecuencia al trabajador (si quiere evitar, en el caso excepcional o al menos no presumible de error en la resolución administrativa, el despliegue normal de su eficacia, la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación como de acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo (...) ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa; y e) lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme”. (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1991, 2 de marzo de 1992 y 15 de abril de 1994.)

La **STS de 29 de marzo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 532 (r.c.u.d. 2093/2000) unifica doctrina en torno a la figura de la dimisión del trabajador, fallando en favor de la calificación de la extinción como despido improcedente. Fundamenta su decisión en los siguientes términos:

“No se deduce en modo alguno que la demora de siete días en la incorporación al trabajo sea signo evidente de la voluntad rupturista de la trabajadora, y además la empresa tampoco lo entendió en ese sentido pues, en el momento en que la trabajadora se personó en la empresa para reanudar la actividad laboral no se le hizo saber que el rechazo a tal propósito fuera la dimisión sino el despido. No se trata aquí de la extinción del contrato por dimisión del trabajador sino de un despido acordado por la empresa, sin notificación escrita y sin alegar causa para ello, con lo que se incumplió el mandato del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, y así la decisión empresarial se considera improcedente, con los efectos previstos en el artículo 56 de la misma ley estatutaria.”

Relativa también a la extinción por dimisión del trabajador, la **STSJ de Baleares de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 296 (recurso 26/2001) declara la improcedencia del despido. Entiende la Sala que la negativa a prestar servicios en la empresa, motivada por la imposibilidad para trabajar debido a sus dolencias tras el alta médica, no constituye dimisión. Se funda la decisión del Tribunal en que existen actos demostrativos de la carencia de voluntad dimisoria de la trabajadora, como son el hecho de acudir al médico o a la Inspección médica:

“La negativa de la actora a reintegrarse a prestar servicios, no constituye un supuesto de dimisión del trabajador o abandono voluntario de la relación laboral, puesto que han quedado acreditadas suficientemente otras circunstancias que abogan por todo lo contrario en la intencionalidad de la trabajadora como el hecho de verse imposibilitada de trabajar a causa de unas dolencias que viene padeciendo, trata en todo momento de regularizar su situación, acudiendo al médico (...) y al no cursarse el parte de baja médica, acude a la Inspección de Trabajo (...) si bien la empresa ya había cursado su baja en la Seguridad Social en base a su cese voluntario (...) sin tener en cuenta las circunstancias que concurren en dicha negativa, de la que no existía una voluntad clara y evidente de dimisión o abandono de la relación laboral, debiéndose tener en cuenta, además, que la actora tiene formulada una demanda impugnatoria de la resolución del INSS por la que se le deniega la situación de invalidez permanente total.”

La **STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 861 (recurso 3831/2000), resuelve la inexistencia de despido en el supuesto de un socio de cooperativa que solicita la baja voluntaria como socio y trabajador de la misma, señalando la Sala que no puede confundirse “la institución jurídica del vicio en el consentimiento basado en la intimidación” con “el arrepentimiento posterior sobre una decisión, que en su momento, fue adoptada de forma libre, consciente y deliberada”.

Al fallecimiento del empresario como causa de extinción de la relación laboral [art. 49.1.g) ET] se refiere la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 563 (recur-

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

so 2818/2000), reconociendo la inexistencia de despido, y sí la válida extinción de la relación de trabajo.

La amortización de una plaza como causa de extinción del contrato es analizada por la **STS de 26 de enero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 46 (r.c.u.d. 924/2000). Enjuicia el supuesto de una médica interina de cupo y zona en un consultorio del INSALUD, en sustitución del titular que se encontraba en situación de IT. Al causar baja el titular de la plaza, en el INSALUD, se amortiza la plaza ocupada interinamente comunicándole el cese y simultáneamente creando en el mismo centro una nueva plaza de médico general de Equipo de Atención Primaria, siendo nombrada persona distinta en comisión de servicios. Motiva la Sala su decisión en que:

“la interinidad no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa” y que “el personal interino podrá mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma de su titular o hasta su amortización; y consecuentemente, la amortización de la plaza que desempeña el interino produce la extinción de su nombramiento para dicha plaza, sin que, residualmente perviva un derecho a ocupar también interinamente, la plaza de nueva creación del Equipo de Atención Primaria”.

La **STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2001**, I.L. J 727 (recurso 423/2001), falla en favor del cese de la relación laboral indefinida sin fijeza de plantilla de una auxiliar de enfermería del Servicio Vasco de Salud en un supuesto de cese por adjudicación de la plaza para la que fue contratada en interinidad.

La extinción del contrato por voluntad del trabajador, con motivo de la modificación sustancial en las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador [art.50.1.a) ET], es objeto de análisis en diversas resoluciones. Niega la existencia de incumplimiento previo del empresario la **STSJ de Galicia de 8 de enero de 2001**, I.L. J 144 (recurso 4878/2000), desestimatoria de la acción de resolución, al no existir un incumplimiento empresarial previo grave. Ya que “Ha de demostrarse para el éxito de la acción, que la actitud del empleador sea injustificada y especialmente cualificada o vejatoria de la dignidad personal del mismo, lo que, no concurre en el presente supuesto”. Asimismo, la **STSJ de Aragón de 12 de febrero de 2001**, I.L. J 277 (recurso 1051/2000) se pronuncia sobre el caso de una profesora de lengua inglesa, que al carecer de titulación necesaria para impartir clase en enseñanzas regladas, y tras requerimiento del MEC al centro para que la actora y cuatro trabajadoras más dejaran de impartir dichas clases, es asignada por el centro para impartir clases de inglés a niños de tres años y clases de “AutoE”. Esta vez la Sala motiva su fallo en que: “La decisión empresarial combatida tiene una justificación concreta, ajena a toda idea de incumplimiento culpable, y que no perjudica la dignidad o formación de la interesada, faltando por tanto la nota caracterizadora de la acción rescisoria ejercitada en demanda”.

Por lo que respecta a la posibilidad de extinguir la relación de trabajo por voluntad del trabajador, fundada en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado [art. 50.1.b) ET] la **STSJ de Baleares de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 293 (recurso 850/2000) es estimatoria al concurrir el requisito de gravedad en el incumplimiento

empresarial, consistente en “un impago empresarial de sus obligaciones pecuniarias, continuado y persistente, de gravedad manifiesta,” considerando la Sala que “no borra el retraso con que la empresa atendió su obligación de abonar el salario con puntualidad (...) la consignación cuantitativamente parcial y tardía”.

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 2 de febrero de 2001**, I.L. J 367 (recurso 1880/2000) niega la existencia del despido, fallando a favor de la suspensión del contrato de trabajo en base al artículo 45.1.j) del Estatuto de los Trabajadores.

La extinción de la relación de una Directora de Gestión y Servicios Generales de Hospital perteneciente al Servicio Canario de Salud, se analiza por la **STS de 2 de abril de 2001**, I.L. J 734 (r.c.u.d. 2799/2000). Unifica la Sala Cuarta la doctrina en torno a la calificación de la relación de la trabajadora, concluyendo que “al vínculo laboral le es de aplicación el ‘régimen laboral especial de alta dirección’ regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto”, habiendo quedado tal relación extinguida “por desistimiento empresarial, en virtud de lo establecido en el artículo 11.1 de este Decreto”.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

Diversas resoluciones analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Niega la concurrencia de los requisitos que caracterizan al contrato de trabajo la **STS de 22 de enero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 30 (r.c.u.d.1860/2000). En ella se analiza un supuesto de arrendamiento de servicios de médico especialista, en que la prestación de servicios no es de naturaleza personalísima, pues el actor, en caso de fuerza mayor, asistencia a congresos, vacaciones, enfermedad y otras situaciones similares, podía enviar un sustituto, aunque debía ser aceptado por la empresa.

Tal decisión se justifica en que “desde que el trabajador se encuentra en situación de baja por enfermedad ‘los servicios médicos fueron prestados por sustitutos designados por él’ (...) también la forma retributiva excluye la relación laboral, y confirma el contrato de arrendamiento de servicios, pues si bien era una cantidad fija mensual, lo era en concepto de ‘renta-canon o iguala’, no percibiendo por tanto ninguna clase de pagas extraordinarias, ni retribución en el período que tomase vacaciones, pues durante éste tenía que designar y pagar a un sustituto para que realizase sus servicios, y quiebra la nota de dependencia o subordinación ya que los servicios se prestan con autonomía e independencia del criterio de la empresa”.

Niega asimismo la existencia de relación laboral la **STSJ de Valencia de 25 de enero de 2001**, I.L. J 328 (recurso 3636/2000), toda vez que, en el supuesto enjuiciado, la relación no llega a constituirse.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2001, I.L. J 666 (recurso 991/2000) declara la nulidad de actuaciones ordenando reponer las mismas al momento de dictar sentencia respecto de un proceso por despido de una trabajadora socia de cooperativa, en el que el Juzgado de Instancia no resolvió sobre el fondo del asunto. Falla en favor de la competencia de la jurisdicción social para conocer de la cuestión contenciosa suscitada en una cooperativa de trabajo asociado, ya que “la determinación del carácter laboral o no de la relación, no es algo que quede a la libre disposición de las partes, sino que es una calificación que ha de surgir del contenido de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimiten el tipo contractual”.

b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas

La STS de 14 de febrero de 2001, I.L. J 230 (r.c.u.d. 978/2000), siguiendo el criterio ya unificado en torno a la sucesión de empresas (art. 44.1 ET), declara la existencia de sucesión empresarial. Atribuye la responsabilidad por la improcedencia del despido de un conductor de taxi al empresario titular que, con motivo de su jubilación, transmite el vehículo junto con la licencia municipal que habilita su explotación y al adquirente del mismo. Señala el Tribunal:

“Si se vendió al otro codemandado el vehículo y la licencia que habilitaba la explotación de aquél, es decir los dos elementos de trabajo, (...) hay que concluir que lo transmitido era la misma unidad económica de producción, cuya actividad, no había cesado por la jubilación del empresario, dándose los requisitos para que prospere (...) la existencia de sucesión empresarial, pues como enseña la doctrina de esta Sala se produjo la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permitan la continuidad de la actividad empresarial (Sentencias de 27 de octubre de 1986 y 17 de julio de 1998, entre otras).”

Por el contrario, niegan la existencia de responsabilidad solidaria en el grupo de empresas la STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2001, I.L. J 405 (recurso 5370/2000) o la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2001, I.L. J 416 (recurso 5371/2000), recogiéndose en ambas la doctrina jurisprudencial relativa a la concurrencia de determinados requisitos. No resultan tampoco acreditados los elementos necesarios para inferir, por la vía de la prueba de las presunciones, la concurrencia de alguno de los elementos adicionales que, en su caso, harían factible la extensión de responsabilidad. En ella la Sala recuerda el criterio del Tribunal Supremo, haciendo acopio de numerosas sentencias. Según ellas,

“la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad (...) para lograr este efecto hace falta un plus, un elemento adicional, que se residencia en la conjunción de alguno de los siguientes elementos; 1) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (Sentencias de 6 de mayo de 1981, 8 de octubre de 1987, 26 de enero de 1988, etc.); 2) prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo (Sentencias de 4 de marzo de 1985, 7 de diciembre de 1987, 26 de enero de 1988, etc.); 3) creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una

exclusión de responsabilidades laborales (Sentencias de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio y 12 de julio de 1988, 1 de julio de 1989, 26 de enero de 1998, etc.), y 4) confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (Sentencias de 19 de noviembre de 1990, 30 de junio de 1993, 26 de enero de 1998, etc.)”

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 553 (recurso 155/2001), niega que se produzca la sucesión en la titularidad de empresa preceptuada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en la extinción de una contrata y adjudicación de otra, respecto de un trabajador que no estaba incluido entre el personal a subrogar. Y ello porque en los supuestos de nuevos titulares de contratas, sean éstas privadas o públicas, o concesiones, cuando no concurre la transmisión de elementos patrimoniales que configuren la estructura básica de la explotación, no se produce subrogación, salvo que el pliego de condiciones o normas sectoriales dispongan otra cosa. Razona la Sala:

“Es necesario que los servicios objeto del contrato de trabajo y los de la contrata sean plenamente coincidentes pues es un principio general el que establece que nadie puede asumir vía subrogación más derechos y obligaciones que aquellos que la contrata le impone.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

La **STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2001**, I.L. J 204 (recurso 4/2001), califica como incumplimiento contractual grave merecedor del despido la no reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, una vez notificada la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dando por extinguida su situación de incapacidad temporal.

B) La forma del despido

El artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, permite un nuevo despido cumpliendo los requisitos omitidos, dentro del plazo de 20 días a contar desde el siguiente al del primer despido y poniendo a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios. La **STSJ de Baleares de 17 de enero de 2001**, I.L. J 74 (recurso 843/2000) falla en contra del reconocimiento de efectos a la oferta de readmisión realizada por el empresario, dado que el segundo despido se realiza habiendo sobrepasado el plazo de 20 días a contar desde que se produjo el primero, se discutió un salario muy superior al consignado y el nuevo despido se produce por causas diferentes.

Al despido tácito se refiere la **STSJ de Murcia de 1 de febrero de 2001**, I.L. J 444 (recurso 1272/2000) determinando que éste se produce en el momento en el que se produce la “no ocupación efectiva al trabajador” y la falta de abono de los salarios.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Respecto a las formalidades del despido se pronuncia la STS de 29 de marzo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 532 (r.c.u.d. 2093/2000) que unifica doctrina en torno a la dimisión del trabajador, fallando a favor del despido improcedente. Motiva su decisión en que:

“No se trata aquí de la extinción del contrato por dimisión del trabajador sino de un despido acordado por la empresa, sin notificación escrita y sin alegar causa para ello, con lo que se incumplió el mandato del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, y así la decisión empresarial se considera improcedente, con los efectos previstos en el artículo 56 de la misma ley estatutaria.”

C) Algunas cuestiones conexas

En el conjunto de las resoluciones analizadas existen dos sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en unificación de doctrina, relativas a los efectos que produce sobre la prescripción, en materia de despidos, el trámite de audiencia de los delegados sindicales del sindicato al que esté afiliado. La STS de 31 de enero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 51 (r.c.u.d.148/2000) y la STS de 6 de marzo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 467 (r.c.u.d. 2227/2000), analizan el cómputo de uno de los plazos de prescripción de faltas muy graves de los trabajadores (art. 60.2 ET): “el llamado plazo de ‘prescripción corta’, que cierra el paso a la imposición de sanción o despido disciplinario por parte del empresario a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de la comisión de la falta muy grave por el trabajador.” Plazo de prescripción que se suspende –con el descuento de los días invertidos en el trámite– como consecuencia del trámite previo de audiencia del delegado o delegados sindicales del sindicato al que esté afiliado el trabajador sancionado. El Tribunal justifica la aludida solución suspensiva y no interruptiva, entre otras razones, porque “Los plazos de prescripción del artículo 60.2 del ET no son en realidad plazos de prescripción de acciones sino plazos de prescripción de faltas”, y porque “el empresario que demorare injustificadamente el cumplimiento de dicho trámite conseguiría la ventaja inmerecida de la reapertura del plazo de prescripción completo”.

Por otra parte y como señala la STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2001, I.L. J 132, “la negativa del trabajador a recibir la carta de despido o la imposibilidad de su entrega por ausencia del mismo exime a la empresa de cualquier responsabilidad”, por lo que la fecha a tener en consideración a los efectos de posible prescripción de la falta, es aquella en la que el trabajador tuvo posibilidad de enterarse del contenido de la carta.

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 STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de febrero de 2001, I.L. J 300 (recurso 925/2000) estima la procedencia del despido objetivo al existir la necesidad efectivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. Señala la Sala:

“lo que deberá probarse por consiguiente es la relación de necesidad entre la amortización del puesto de trabajo y las decisiones de carácter técnico-organizativo que adopte el empresario, Y más concretamente, comprobar si existe una situación económica de crisis en la empresa que aconseje, con objeto de garantizar su futura viabilidad, la amortización del puesto de trabajo (...) Constando la crisis empresarial, la empresa lo que pretende es conservar la viabilidad a través de otras vías (cuales son las decisiones extintivas), quedando plenamente justificado el despido al quedar constancia que han disminuido los clientes que compraban al actor y que al existir grandes pérdidas en la empresa se vio necesitada de amortizar el puesto de trabajo”.

La **STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 862 (recurso 3822/2000) analiza un supuesto de ineptitud sobrevenida de un trabajador con posterioridad a la contratación, declarando la procedencia del despido objetivo, con motivo del reconocimiento de la incapacidad permanente parcial del trabajador.

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La **STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 391, concluye que la falta de preaviso no es causa de nulidad. Entiende además la Sala que no determina la nulidad del despido objetivo la ausencia de puesta a disposición de la trabajadora (junto con la indemnización legal) de la cantidad que corresponde a los salarios equivalentes a los días de preaviso omitidos.

La **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 692 (recurso 78/2001) confirma la procedencia de la extinción de los contratos por causa objetiva en un supuesto de “mero error de cálculo” de la indemnización. Justifica la Sala su decisión en que:

“con independencia del referido error, debidamente subsanado, la demandada condenada cumplió todos los requisitos exigidos para el despido objetivo por causas económicas, al existir comunicación de los despidos a los demandantes, con la puesta a disposición de las indemnizaciones, con independencia de que fueran rechazadas por los actores; consecuentemente resulta aplicable el contenido del artículo 122.3 de la vigente LPL al establecer, en relación con la extinción de los contratos por causas objetivas, que no procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador; error de cálculo el sufrido que no es motivo de nulidad”.

La **STS de 23 de abril de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 784 (r.c.u.d. 1915/2000) falla a favor de la nulidad del despido objetivo en un supuesto en el que se produjo una demora de tres días en la puesta a disposición al trabajador de la indemnización desde la notificación de la decisión extintiva. Recoge el Tribunal el criterio unificado en torno a que:

“el requisito de simultaneidad que el precepto legal exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

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”.

La STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2001, I.L. J 855 (recurso 694/1988) con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo, reconoce que el límite que opera en la responsabilidad del FOGASA para las indemnizaciones por despido objetivo viene referido al salario mínimo interprofesional en sentido estricto, sin prorrateo de pagas extraordinarias.

5. DESPIDOS COLECTIVOS

A) Concepto y causas

La STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2001, I.L. J 692 (recurso 78/2001) declara la inexistencia de despido colectivo confirmando la procedencia de la extinción de los contratos por causa objetiva. En opinión de la Sala:

“no puede entenderse como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo que afectan, no a la totalidad de la empresa, y cuando ésta es menor de cinco y se observa la temporalidad recogida en el artículo 51.1, como ha ocurrido en el supuesto ahora enjuiciado, que señala la reducción de plantilla de la demandada, debida a bajas voluntarias, despidos y finalizaciones de contrato, hasta llegar a componerla un solo trabajador”.

B) El expediente de regulación de empleo. Tramitación

La STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2001, I.L. J 704 (recurso 289/2001) reconoce la inexistencia de despido en un supuesto de tramitación de expediente de regulación de empleo tras la declaración de quiebra; por lo que, como señala, no puede hablarse “de despido individual, sino de la situación contemplada en el artículo 51.10 ET”.

La STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de febrero de 2001, I.L. J 851 (recurso 276/2000) analiza la indemnización legal correspondiente tras un expediente de regulación de empleo así como la responsabilidad del FOGASA. Falla que “nos encontramos ante el supuesto especial establecido en el apartado 8 del art. 33 del Estatuto que es el que reconoce dicha obligación directa que no subsidiaria y determina que el Fondo abonará directamente el 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda”, siendo la indemnización legal la fijada en el párrafo 8º del art. 51 del Estatuto de 20 días por año de servicio.

C) Otras cuestiones conexas

La STS de 5 de abril de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 749 (r.c.u.d. 487/2000), confirma la tesis mantenida por el FOGASA declarando la existencia de unos topes máximos de aseguramiento de las retribuciones a cargo del FOGASA, en caso de insolvencia del empresario,

relativos a las indemnizaciones del despido colectivo y del despido por causas económicas regulados en los artículos 51 y 52.c) del ET y a los llamados “salarios de tramitación”.

Señala el Tribunal que “estos topes o límites máximos están cifrados, para los salarios de tramitación en ‘ciento veinte días’ de retribución diaria debida en tal concepto al trabajador siempre que la misma no supere ‘el duplo del salario mínimo interprofesional diario’ (art. 33 E.T); y para la indemnización básica de despido en ‘una anualidad’ de la retribución ‘sin que el salario diario, base de cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional’, y calculándose tal indemnización ‘sobre la base de veinticinco días por año de servicio’ (art. 33.2 ET)”.

La **STS de 24 de abril de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 790 (r.c.u.d. 2102/2000), analiza el plazo para reclamar al FOGASA, tras un expediente de regulación de empleo, y en concreto si en éste cabe la interrupción del plazo de prescripción con motivo de un acuerdo privado con el empresario. La Sala Cuarta ratifica la interpretación del FOGASA, ya que la prescripción interrumpida para la empresa, al existir un acuerdo privado, no puede perjudicar al FOGASA, dado que la posición jurídica de éste es “la más parecida a un fiador con responsabilidad subsidiaria”, al que no perjudicarán reconocimientos privados del deudor.

6. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

El ejercicio de la acción contra el despido caduca a los veinte días hábiles siguientes de aquel en que se hubiera producido, según dispone el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores. Estiman la caducidad diversas resoluciones. Entre ellas la **STSJ del País Vasco de 9 de enero de 2001**, I.L. J 190 (recurso 2601/2000), que recoge el cuerpo jurisprudencial creado al efecto en el sentido de que los días son hábiles y el plazo es de caducidad a todos los efectos: La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de enero de 2001**, I.L. J 112 (recurso 2363/2000), reconoce que el agotamiento del ejercicio judicial de la pretensión en tiempo hábil, determina la extinción del derecho de impugnación, y por ende la ineficacia de la voluntad contraria al despido. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2001**, I.L. J 376 (recurso 1743/2000) confirma la caducidad de la acción porque el trabajador, conocido el despido verbal, no ejercitó la correspondiente acción en el plazo de caducidad de 20 días, significando la Sala que “la fecha de efectos del despido será aquella en la que de manera indubitada e inequívoca pueda tener conocimiento el trabajador de la voluntad extintiva del empresario”.

La **STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 417 (recurso 288/2001) aprecia la caducidad de la acción y confirma la sentencia que inadmite la demanda sobre tutela de derecho fundamental –incurra en fraude de ley– cuya única finalidad es evitar la caducidad de 20 días para accionar por despido.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2001, I.L. J 641, analiza la suspensión del cómputo del plazo de caducidad. Con motivo de la solicitud de abogado de oficio, determina que, en defecto de fecha fehaciente de recepción por el trabajador de la notificación de la designación de letrado, “no puede establecerse una presunción lesiva para el derecho del trabajador” y habrá que estar a la fecha de recepción que el trabajador reconoce, a efectos de tal cómputo.

La STS de 23 de abril de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 785 (r.c.u.d. 4361/1999) declara la responsabilidad del FOGASA al reconocer la ineficacia de la excepción de caducidad opuesta por el Fondo extemporáneamente, en un supuesto en el que el Fondo ha sido parte en el proceso por despido desde el primer momento, y nada alegó al respecto en su momento.

B) El procedimiento por despido

La STSJ de Extremadura de 10 de enero de 2001, I.L. J 139 (recurso 626/2000) falla a favor de la aplicación del artículo 66.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que el precepto no otorga al juzgador facultad alguna y por tanto se “deberá apreciar temeridad o mala fe” motivada en la incomparecencia injustificada de la empresa al acto de conciliación, al coincidir la sentencia esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación.

La STSJ del País Vasco de 9 de enero de 2001, I.L. J 188 (recurso 2542/2000) recuerda que, en los supuestos de extinción de socios trabajadores en cooperativas, se aplican preferentemente los trámites previstos en la Ley de Cooperativas, quedando expedita la vía judicial en el orden social, una vez agotados los trámites previos de impugnación del acto de expulsión de la cooperativa, ante los órganos competentes de la misma.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo [art. 54.2.a) ET] que dan lugar al despido son analizadas en la STSJ de Madrid de 9 de enero de 2001, I.L. J 158 (recurso 4497/2000). En ella se considera una falta de puntualidad de 35 minutos por sí sola como grave, con perjuicio al servicio y a la empresa. Su comisión junto al hecho de haber sido sancionada en un año por seis veces, hace merecedor al despido de la calificación de procedente.

A la indisciplina o desobediencia como causa de despido [art. 54.2.b) ET] se refiere la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de enero de 2001, I.L. J 97 (recurso 865/2000) justificando la procedencia de éste en que:

“la conducta del actor, es constitutiva de incumplimiento contractual grave y culpable, (...) pues ya fue advertido de que cesara en la referida conducta, habiendo sido sancionado

incluso dos veces por la empresa, y aún así siguió observando la misma conducta, desobediendo (...) a una orden empresarial sin que conste acreditada causa alguna que pueda justificar dicha desobediencia”.

La **STSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 625 (recurso 402/2001), considera procedente el despido de un trabajador motivado en la grave indisciplina y desobediencia de las órdenes dadas por el empresario, sin que esas órdenes atenten a su integridad o dignidad profesional, por lo que no puede oponerse el ‘ius resistentiae’.

La **STSJ de Galicia de 23 de marzo de 2001**, I.L. J 670 (recurso 1197/2001), considera causa de despido –declarando la procedencia de éste– por las ofensas verbales o físicas de un trabajador [art. 54.2.d) ET] que reacciona desmesuradamente, amenazando con un instrumento peligroso y posteriormente insultando al Director de una Escuela-Taller.

La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2.d) ET], motivadora de la extinción contractual, es analizada en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de febrero de 2001**, I.L. J 302 (recurso 946/2000). En ella se estima la procedencia del despido de un empleado de banca que “llevó a cabo operaciones de riesgo que contradijeron las órdenes de sus superiores, constituyendo (...) un quebranto en la buena fe que debe presidir las relaciones laborales, y ello al deber seguir las órdenes dadas por sus superiores”. Asimismo, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2001**, I.L. J 362 (recurso 924/2000) declara la procedencia del despido de un trabajador que durante su situación de baja colabora en el negocio de restaurante que regenta su esposa. Razona la Sala que:

“la buena fe es consustancial al contrato de trabajo (...) la esencia de su incumplimiento no está en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores (...) Si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que viene obligado contractualmente, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea en interés propio o ajeno, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la Seguridad Social, y en su caso por la empresa”.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de febrero de 2001**, I.L. J 301 (recurso 987/2000) falla la procedencia del despido de una trabajadora, miembro del comité de empresa, que se excede en la utilización de horas de crédito horario, considerando inaplicable la licencia prevista en el artículo 9.1.a) de la LOLS, que contempla la concesión de permisos retribuidos a quienes ostentan cargos electivos, por no concurrir los requisitos exigidos en el precepto.

La trasgresión de la buena fe contractual en un supuesto de reincidencia en falta grave es abordada en la **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 589 (recurso 3138/2000), confirmando la procedencia del despido al reunir el incumplimiento contractual del trabajador las notas de gravedad y culpabilidad.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2001, I.L. J 420 (recurso 474/2001) confirma la procedencia del despido de un delegado de personal que presta servicios en otra empresa durante jornadas nocturnas, pese a encontrarse en situación de incapacidad temporal.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La morbilidad del trabajador como posible causa de despido, regulada en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, es enjuiciada por la **STS de 29 de enero de 2001**, I.L. J 49 (r.c.u.d. 1566/2000). En ella se debate la calificación que corresponde al cese de un trabajador motivado en las “bajas médicas”, cuando éste ha permanecido en activo durante todo un año menos de cuatro meses y, por tanto no resulta rentable para la empresa. Declara el Tribunal la improcedencia del despido, ya que la causa de extinción no es lícita pues, el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores la somete a un cúmulo de condiciones que no se han cumplido en este caso.

La falta de acreditación de las causas que justifican el despido provoca la improcedencia de éste, de conformidad con lo previsto en los artículos 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores. Falla la improcedencia del despido la **STSJ de Aragón 22 de enero de 2001**, I.L. J 56 (recurso 1026/2000), en un supuesto de extinción de contrato de obra o servicio determinado condicionado al mantenimiento del contrato de arrendamiento de servicio de limpieza.

La improcedencia del despido se justifica en que “No se ha producido una extinción del vínculo entre la empresa principal y la contratista, sino una modificación de su contenido, que aun reducido, sigue justificando la necesidad de personal esta última en las instalaciones de la primera. Subsisten, en consecuencia, las circunstancias que adornan la naturaleza causal del pacto, y sin perjuicio de la facultad legal de la empresa –de la que no consta ni se invoca haber hecho uso– para acomodar la plantilla a las nuevas condiciones objetivas en que habría de desenvolverse la prestación de sus servicios de limpieza a partir de la renovación convenida, lo cierto es que la opción por la rescisión indiscriminada del contrato de la actora contraría tal naturaleza.”

Reitera este criterio la **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2001**, I.L. J 178 (recurso 4943/2000) declarando improcedente el despido de un trabajador con contrato de obra o servicio determinado, porque la empresa no puede hacer valer una causa de extinción que para su validez necesita haber sido pactada expresamente y consignada en el contrato; o la **STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 411 (recurso 5751/2000). En ella resuelve la improcedencia de la extinción de un contrato por obra o servicio determinado, dado que “las características no se acomodan al contrato suscrito por la empresa dedicada a la fabricación de carrocerías con un peón-tapicero destinado a prestar servicios en el ciclo productivo normal, habitual y permanente”.

La STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001, I.L. J 421 (recurso 5054/2000) confirma la improcedencia del despido por no existir un error en el contrato de trabajo que invalide –como pretendía la empresa– el consentimiento, al recaer sobre aquellas condiciones que principalmente han dado motivo para celebrarlo.

La STSJ de Cantabria de 25 de enero de 2001, I.L. J 84 (recurso 23/2001) califica como improcedente el despido de un trabajador que comete una irregularidad en la conducción del vehículo de la empresa calificado por la Sala como “un mero despiste, sin mayores consecuencias, al no ser desencadenante de daños propios o a terceros y no constar riesgo de accidente alguno”.

Se niega la Sala a incluir como hecho probado el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal en un procedimiento abreviado incoado con motivo de un presunto delito contra la seguridad del tráfico, dado que “La acusación del Ministerio Fiscal tiene carácter provisional en función de las diligencias y atestado existente en el procedimiento penal seguido, debiendo dichas pruebas ser ratificadas a presencia judicial en el plenario, no constituyendo, en modo alguno documento fehaciente y siendo por ello irrelevante a efectos de duplicación”.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de enero de 2001, I.L. J 100 (recurso 899/2000) declara asimismo la improcedencia del despido de un carpintero que, en lugar de depositar los desperdicios en el cubo de la basura, como hacía habitualmente, se los lleva en su vehículo, a la vista de cualquiera. No queda probada la intención dolosa del trabajador.

El cese de contratos de interinidad es analizado por diversas resoluciones. Entre ellas, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de enero de 2001, I.L. J 103 (recurso 757/2000) declara la improcedencia del cese de una trabajadora que ocupaba interinamente una plaza, motivado en la solicitud y adjudicación de una plaza diferente a otra trabajadora. La STS de 7 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 217 (r.c.u.d. 2665/2000) unifica doctrina sobre el cese de un interino por nombramiento de un funcionario en comisión de servicios, considerándolo improcedente.

Se motiva la decisión en que “Una cosa es que vacante una plaza o desierta, celebrado el concurso pueda ser cubierta nombrando a un funcionario en comisión de servicios, y otra muy distinta que a una persona ya nombrada interina para un puesto de trabajo pactando como condición resolutoria que el cese sólo puede producirse en la forma prevista en el contrato y RD 2546/1994 se la cese nombrando a un funcionario en comisión de servicios”.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 2001, I.L. J 607 (recurso 1597/2000), resuelve la improcedencia del despido de un trabajador con contrato de interinidad motivado en que “la causa de extinción aducida –cobertura de la plaza vacante por el titular resultante del concurso reglamentario– carece de efectividad puesto que desde el inicio de la relación laboral que se instrumentó como contrato de interinidad

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

para cubrir una plaza (...) ha desempeñado un cometido totalmente distinto”, (...) por lo que, señala la Sala, la relación se ha de tener por indefinida aunque sin obtener la fijeza de plantilla.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2001**, I.L. J 90 (recurso 1381/2000) analiza la extinción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, y falla en favor de la improcedencia del despido. Aduce la doctrina jurisprudencial (STS de 11 de marzo de 1997) conforme a la cual “para el válido acogimiento de la modalidad contractual eventual por circunstancias de la producción no sólo se requiere que se concierte para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea consignada con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique, y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de tales tareas”.

En similares términos se manifiesta la **STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2001**, I.L. J 195 (recurso 2819/2000), respecto de un contrato temporal por exceso de pedidos, cuya extinción resulta improcedente ya que, como señala la Sala, “no se identifica una causa real en el contrato, y la misma no se ajustaba a la actividad cierta de la empresa”.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2001**, I.L. J 91 (recurso 1362/2000) califica como improcedente el despido realizado a un trabajador que no dio cumplimiento a determinadas órdenes dadas por el encargado, puesto que no se enmarcaban en el ámbito de la categoría profesional de aquél, ya que “siendo tractorista, se le mandó la limpieza de una nave o la poda de viñas”.

Y ello porque “Toda orden empresarial dirigida al ámbito laboral y adoptada por personas competentes goza de presunción de legitimidad y ha de ser cumplida por el trabajador, dicha regla general quiebra, legitimando la resistencia del trabajador, cuando la orden sea manifiestamente irregular, implique riesgo, resulte vejatoria o constituya un abuso manifiesto (por todas, STS de 25 de abril de 1991)”, habiendo matizado la doctrina jurisprudencial que “la desobediencia en el trabajo ha de ser de índole grave y producirse de forma reiterada”(…) “En el presente caso, es cierto que el trabajador no dio cumplimiento a determinadas órdenes dadas por el encargado, órdenes que por cierto no se enmarcaban en absoluto en el ámbito de la categoría profesional de aquél,(…) pero tal desobediencia no reviste las características de gravedad y trascendencia necesarias para justificar el despido disciplinario; medida que no guarda la debida proporcionalidad con la falta cometida que además se vería atenuada por la concurrencia de una incompleta causa de justificación, cual es la situación abusiva del empresario de impartir órdenes laborales que manifiestamente exceden del cometido del trabajador, situación esta que (...) justificaría la desobediencia del trabajador frente a órdenes de realizar trabajo que no se corresponde con la categoría del trabajador.”

La **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2001**, I.L. J 171 (recurso 4946/2000) resuelve la improcedencia del despido, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social, en un supuesto relativo a una carta de protesta o reivindicación de una trabajadora, consideran-

do la Sala que carece de entidad o gravedad suficiente para erigirse en causa bastante para justificar la máxima sanción laboral.

En unificación de doctrina, el Tribunal Supremo enjuicia dos supuestos de extinción de la relación laboral con motivo de la jubilación del empresario, pronunciándose en ambos casos en favor de la improcedencia del despido. En la **STS de 9 de febrero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 221 (r.c.u.d. 1106/2000) se trata del caso de un trabajador cuya relación laboral se extingue por jubilación del empresario habiendo mediado entre la jubilación y la extinción contractual cinco años. Estima el Tribunal el recurso de casación para unificación de doctrina al ser necesario que exista una proximidad razonable entre la jubilación del empresario y la extinción del contrato de trabajo para que opere el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores como causa de extinción de la relación laboral. En la **STS de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 230 (r.c.u.d. 978/2000) se declara la improcedencia del despido de un conductor de taxi, al entender que se ha producido sucesión empresarial, con motivo de la venta del vehículo y su licencia, tras la jubilación del empresario titular. [Vid *supra* apartado 2.B).b)]. Declara el Tribunal:

“Lo esencial para que la jubilación del empresario extinga o no el contrato de trabajo, es que dicha jubilación vaya acompañada del cierre de la actividad, que no tiene que ser simultánea con la jubilación, bastando con que se produzca en un plazo razonable (...) Si se vendió al otro codemandado el vehículo y la licencia que habilitaba la explotación de aquél, es decir los dos elementos de trabajo, (...) hay que concluir que lo transmitido era la misma unidad económica de producción, cuya actividad, no había cesado por la jubilación del empresario, dándose los requisitos para que prospere (...) la existencia de sucesión empresarial, pues como enseña la doctrina de esta Sala se produjo la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permitan la continuidad de la actividad empresarial (Sentencia de 27 de octubre de 1986 y 17 de julio de 1998 entre otras).”

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de febrero de 2001**, I.L. J 299 (recurso 936/2000) declara improcedente el despido de una trabajadora de empresa de limpiezas que, tras la nueva adjudicación del servicio a otra empresa no lleva a cabo la subrogación empresarial en los derechos y obligaciones de la trabajadora.

La **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2001**, I.L. J 162 (recurso 4911/2000) revoca la sentencia de instancia fallando en su lugar la improcedencia del despido de una trabajadora realizado por la Universidad, motivado en la “falta de acreditación de la terminación de la obra o la no cobertura de la plaza”.

La **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 588 (recurso 3152/2000), resuelve la improcedencia del despido de un trabajador con contrato para la formación, en el que se produce “el más radical de los incumplimientos” por parte del empresario, al no cumplir con las obligaciones formativas, “limitándose a encomendar al trabajador una especie de deberes para casa y a ciertas empresas dedicadas a esta actividad, la corrección de

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

dichas tareas”, lo que provoca la nulidad de la cláusula de temporalidad del contrato de trabajo.

La STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2001, I.L. J 691 (recurso 239/2001), revoca la sentencia de instancia fallando a favor de la improcedencia del despido de una trabajadora que ante la fuerte discusión entablada entre su novio y el director de la empresa mantiene una actitud pasiva.

La STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2001, I.L. J 698 (recurso 743/2001), analiza la posible vulneración de la “garantía de indemnidad”, no apreciando el Tribunal que la decisión extintiva haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que “la notificación del cese no obedeció a represalia alguna por el hecho de haber presentado reclamación previa los trabajadores –solicitando el reconocimiento de la condición de contratos indefinidos, que prosperó–, sino que se trata de contratos temporales sujetos a término”. Por tanto, se pronuncia a favor de la improcedencia del despido.

En idéntico sentido falla la STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2001, I.L. J 728 (recurso 309/2001) resuelve el caso de un trabajador que solicita permiso para realizar un examen en la UNED, que se celebraría el día 10 de junio, pidiéndose también el día anterior, cuando según el certificado aportado por el trabajador a la empresa el examen se celebró el día 9 de junio. Considera la Sala que si bien “la conducta es sancionable, por no ser ajustada a la buena fe, es excesiva la sanción de despido”.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, I.L. J 428 (recurso 5654/2000) califica como readmisión regular la realizada con un trabajador en otro centro de trabajo en las mismas circunstancias anteriores al despido, sin que a ello obste que la empresa se viese obligada a readmitir en otro centro de trabajo.

Como señala la Sala “El cambio de lugar de trabajo que no implique cambio de residencia no puede dar lugar a una irregularidad en la readmisión, puesto que no es considerado en el ET ni como un supuesto de movilidad geográfica ni como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.”

La STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001, I.L. J 683 (recurso 4742/2000) resuelve un supuesto en el que, declarada la improcedencia de un despido la empresa optó por la consignación judicial de la indemnización, falla en contra de la condena a la empresa al abono de los intereses que se pudieron devengar con motivo del recurso de suplicación interpuesto por la propia trabajadora, que no fue impugnado de contrario, ya que la empresa no incurrió en demora alguna.

a) La indemnización: cuantía y cálculo

Como señala la STSJ de Madrid de 11 de enero de 2001, I.L. J 162 (recurso 4911/2000), en el cálculo de la indemnización por despido improcedente no se computa como tiem-

po trabajado aquel en que el actor estuvo prestando el servicio militar ya que, según ha reconocido el Tribunal Supremo en resoluciones como la de 30 de junio de 1997 (recurso 2698/1996), “el módulo de 45 días de salario que establece el art. 56.1.a) del ET actúa sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida”. También la **STS de 5 de febrero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 211 (r.c.u.d. 2450/2000) unifica doctrina sobre la distinción entre antigüedad a efectos de incrementos salariales y antigüedad en la empresa a efectos de indemnización por despido, acudiendo al criterio jurisprudencial consolidado, manifestado entre otras en las Sentencias de esta Sala de 16 de enero y 30 de octubre de 1984, 20 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 25 de febrero y 30 de abril de 1986, 5 de mayo, 2 de junio y 21 de diciembre de 1987, 28 de abril, 8 de junio y 14 de junio de 1988, 24 de julio y 19 de diciembre de 1989, 15 de febrero de 1990 y 27 de junio de 1991. Según la Sala:

“No es confundible la antigüedad que pudiera asignarse al trabajador en el contrato de trabajo que inicie relación laboral, derivada de respetar la lograda con anteriores contratos, respecto a los cuales, aquél no constituye subrogación, con el tiempo de servicios que se genere en desarrollo de éste, siendo sólo tal tiempo de servicios el que ha de ser computado para el cálculo de la indemnización que correspondiera, si dicho último contrato se extinguiera por despido, que impugnado, fuera declarado improcedente, salvo en los supuestos en los que al asignarse la mayor antigüedad, se pactare que la misma había de operar a todos los efectos –incluidos por tanto, los del cálculo de la indemnización por despido improcedente– o así se estableciere en el orden normativo aplicable.”

En la **STS de 4 de abril de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 744 (r.c.u.d. 3195/2000), el Tribunal se muestra partidario de computar, en el cálculo de la indemnización por despido improcedente, los servicios prestados, tanto bajo la relación administrativa como laboral, ya que “los años computables a efecto de indemnización de despido son los de trabajo por cuenta ajena del mismo empleador, sin que sea relevante el que una parte de los servicios se prestara bajo cobertura formal de un contrato administrativo”.

La responsabilidad del FOGASA en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, regulada en el artículo 33.2 del ET, le obliga a abonar las indemnizaciones reconocidas –como consecuencia de sentencia o resolución administrativa–, en favor de trabajadores a causa del despido o extinción del contrato de trabajo. El Tribunal Supremo ha dictado en unificación de doctrina dos resoluciones al respecto: la **STS de 22 de enero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 35 (r.c.u.d. 933/2000), y la **STS de 72 de febrero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 219 (r.c.u.d. 4430/1999). En ambas recoge un criterio ya unificado señalando, en la primera de ellas, que se encuentra “contenido en las Sentencias de 1 de junio de 1999, 28 de febrero, 10 y 23 de marzo, 10 y 17 de abril de 2000” por cuya virtud el FOGASA ha de hacerse cargo de la indemnización establecida en el auto, que en ejecución de lo acordado en conciliación administrativa, en la que se reconoció la improcedencia del despido, con obligación de readmisión y abono de salarios de tramitación, declaró extinguida la relación laboral, fijando las correspondientes indemnizaciones.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

Establece el Tribunal: “Aunque el supuesto en el que la indemnización ha sido fijada por auto no se menciona expresamente en el precepto citado, hay que concluir que ese supuesto debe asimilarse a la fijación de la indemnización por sentencia.”

Idéntico criterio se reitera en la segunda de las resoluciones del Alto Tribunal, con remisión expresa a la anterior.

La **STSJ de Valencia de 12 de enero de 2001**, I.L. J 316 (recurso 1674/1998) exige de responsabilidad en el pago de la indemnización por despido objetivo al FOGASA, por no cumplirse las exigencias formales del artículo 53, así como los límites numéricos y temporales establecidos en los artículos 51.1 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Conforme tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 1999:

“Para que nazca la obligación del FOGASA de abonar el 40 por ciento de la indemnización ex art. 33.8, “es en todo punto necesario que nos encontremos ante uno de los dos supuestos (...) esto es, que se trate de un despido colectivo del art. 51 del ET, (...) o de un despido objetivo del art. 52.c). Si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, falta el requisito fundamental e ineludible para que (...) el art. 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del FOGASA en relación al pago directo del 40 por ciento de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse.”

b) Salarios de tramitación

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario principal, en los supuestos de empresas subcontratistas, la obligación de responder durante el año siguiente a la terminación de su encargo, de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la **STS de 23 de enero de 2001**, I.L. J 75 (r.c.u.d. 1706/2000), exime a la empresa principal de su responsabilidad en el pago de los salarios de tramitación en un despido improcedentemente realizado por la empresa subcontratista, justificando su decisión en la doctrina jurisprudencial interpretativa del precepto. Según dicha doctrina jurisprudencial:

“El artículo 42 del ET se refiere a las obligaciones de naturaleza salarial, y los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas –Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 7 de julio de 1994 (recurso 93/1994) y la de 14 de julio de 1998 (recurso 3482/1997)– y por ello tanto si se concluye que constituye un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal.”

En la determinación de los salarios de trámite se han de descontar los salarios que esté percibiendo el trabajador, en caso de ser inferiores, cuando el despido hubiese encontrado colocación antes de dictarse sentencia y se probase por el empresario lo percibido. Y tal extremo ha de probarse en el acto de juicio oral, pero nunca dejarse para el trámite

de ejecución de sentencia según reconoce la **STSJ de Murcia de 29 de enero de 2001**, I.L. J 186 (recurso 1259/2000).

El ofrecimiento y posterior consignación ante el Juzgado de Instancia de la indemnización y los salarios de tramitación, tras el reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido, limita los efectos económicos a la fecha de celebración del acto de conciliación [art. 56.2 ET], siempre que el depósito efectuado sea correcto. La **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001**, I.L. J 422 (recurso 5387/2000) ante una consignación insuficiente por no haber incluido el importe del “bonus” pactado de hasta 3.000.000 de pesetas brutas anuales, obliga a “extenderse la condena por salarios de trámite hasta la fecha de notificación de la sentencia de Instancia”. Asimismo niega el efecto enervante de los salarios de trámite que siguieron devengándose, la **STSJ de Cantabria de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 598 (recurso 107/2001), dado que en el acto de conciliación la empleadora reconoció la improcedencia del despido y ofreció al trabajador la indemnización pactada, no ofertando cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación.

La **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 590 (recurso 2889/2000), determina que no ha lugar al descuento de los salarios de trámite de la cantidad percibida por la actora en concepto de prestación por desempleo, ya que la trabajadora ha sido requerida para su reintegro.

No procede el pago de salarios de tramitación según señala la **STS de 26 de abril de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 796 (r.c.u.d. 1302/2000), en los supuestos de despido improcedente de altos cargos conforme la doctrina reiteradamente sentada por esta Sala en sus sentencias de 15 de marzo de 1989, 9 de octubre de 1989, 12 de febrero de 1990, 26 de febrero de 1990, 6 de marzo de 1991, 12 de marzo de 1993 y 4 de enero de 1999. Sintetiza la Sala la doctrina en:

“a) La ordenación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el Decreto 1382/1985, rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil (art. 3 Decreto 1382/1985); b) La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el art. 11 del Decreto 1382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al artículo 56 ET, por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable; c) La relación de trabajo de alta dirección es una relación singular, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a la readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización de salarios de tramitación”.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

9. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Nuestro ordenamiento sanciona con la nulidad aquellos despidos producidos dentro de los períodos de protección que abarcan desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad. Reconoce la existencia discriminación por esta causa la **STC 20/2001, de 29 de enero**, I.L. J 3 (recurso de amparo 2064/1998), al considerar que se conculca el derecho a la igualdad y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, con el cese de una funcionaria interina durante el período en que se encontraba disfrutando de un permiso por maternidad. Trae el Tribunal a colación sentencias en las que se ha declarado la nulidad de los despidos contrarios al derecho a la no discriminación por razón de sexo, citando expresamente la **STC 136/1996**, de 23 de julio.

Señala que “La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca.” Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológicamente incontrovertible, “(STC 240/1999, de 20 de diciembre) incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio). En estos pronunciamientos se ha subrayado que, tanto de los Tratados internacionales como del ordenamiento comunitario, se desprende que tal extinción causal del contrato de trabajo de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo”. (...) Por ello como señala la **STC 203/2000**, de 24 de agosto “no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad”.

No considera nulo el despido, sino improcedente, la **STS de 29 de enero de 2001**, I.L. J 49 (r.c.u.d. 1566/2000), que delibera sobre la calificación que corresponde al cese de un trabajador motivado en las “bajas médicas”, que hacen que su prestación de trabajo “no sea rentable para la empresa”. Como señala el Tribunal “cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia”. Considera el Alto Tribunal que el móvil no es discriminatorio porque:

“Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, es, como dice la Sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.”

No se produce atentado contra la libertad de expresión del trabajador, en el supuesto analizado por la **STC 80/2001, de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 539 (recurso de amparo 4874/1997) desestimatoria del amparo solicitado. Según reconoce el Tribunal Constitucional, la sentencia recurrida estimó, de forma suficientemente motivada, que los hechos que dieron lugar a la decisión extintiva, obedecían a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La **STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 723 (recurso 118/2001) estudia el supuesto de extinción del contrato a una trabajadora que tras anunciar su embarazo es despedida por no haber superado el período de prueba. Declara la Sala la nulidad del despido al no haber probado en autos la presunta ineptitud de la trabajadora.

B) Distribución de la carga probatoria

La **STC 80/2001, de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 539 (recurso de amparo 4874/1997) desestima el recurso de amparo interpuesto por vulneración de la libertad de expresión. La empleadora consiguió probar que existían razones ajenas al comportamiento crítico del trabajador, que explicaron la decisión de no renovar el contrato en la fecha de su vencimiento y la sentencia recoge la doctrina que viene estableciendo desde la **STC 38/1981** respecto a la distribución de la carga probatoria. El TC destaca al respecto que:

“Cuando se alegue que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexos contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Pero para que opere este desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, y presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales (...) No se impone al empresario, pues, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 6º).”

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) Secciones y delegados sindicales. B) Libertad sindical y negociación colectiva. C) Libertad sindical y derecho de reunión. D) Facultades disciplinarias de los sindicatos. E) Proceso de tutela de la libertad sindical. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Elecciones a representantes de los trabajadores. B) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores. C) Revocación del mandato de un miembro del comité de empresa. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo. B) Competencia jurisdiccional funcional y territorial en procesos de conflicto colectivo. C) Legitimación procesal. D) Conflicto colectivo y negociación colectiva. **4. Derecho de huelga.** A) Arbitraje obligatorio. B) Descuento salarial. C) Cláusulas de paz social.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 863).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Secciones y delegados sindicales

En relación con el ámbito de designación de los delegados sindicales y con el requisito legal de que se trate de empresas o centros de trabajo con al menos 250 trabajadores, en particular si esa exigencia se debe entender aplicable a cada centro de trabajo o a la empresa en su conjunto, en la **STS de 10 de abril de 2001**, I.L. J 760, se reitera la doctrina mantenida en las Sentencias de 10 de noviembre de 1998 y 20 de julio de 2000 y en el Auto de 18 de noviembre de 1999 en interpretación del artículo 10.1 de la LOLS, aunque en este caso en el ámbito de la Administración (Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos en la provincia de Guipúzcoa), en el sentido de que “la exigencia de 250 trabajadores del artículo 10.1 ha de referirse a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa”, y sin que en el ámbito de la Administración pueda equipararse a estos efectos el centro de trabajo o

empresa con las unidades electorales, constituidas en ese contexto por la totalidad de los establecimientos dependientes del Departamento o Servicio de que se trate, pues ello supondría:

“un desequilibrio, a los efectos del nombramiento de Delegados Sindicales, entre los trabajadores que prestan servicios en la Administración y los que lo hacen en la esfera privada”.

En conexión con el ámbito de designación de los delegados sindicales, pero en relación con el número de trabajadores exigido legalmente para el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en el artículo 10.3 de la LOLS, la **STS de 11 de abril de 2001**, I.L. J 780, partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el alcance del derecho de libertad sindical, estima que las empresas no están obligadas a reconocer o mantener tales derechos si la plantilla del centro de trabajo se reduce por debajo de 250 trabajadores, por cuanto que los mismos están condicionados al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, por tratarse de un contenido adicional del citado derecho fundamental, pudiendo, no obstante, ser objeto de mejora en la negociación colectiva.

En relación con la diferencia existente entre los delegados sindicales de organizaciones con presencia en los órganos de representación unitaria, contemplados en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y otras fórmulas de representación sindical, en la **STS de 25 de enero de 2001**, I.L. J 43, se discute la aplicación de un Acuerdo entre la Administración empleadora y los sindicatos, que reconoce la posibilidad de acumular los créditos horarios, que conforme al artículo 10 de la LOLS les correspondan a los delegados sindicales de las organizaciones firmantes, en una bolsa de carácter nacional, y de distribuir libremente el total del crédito mediante la designación de delegados sindicales.

Ante la pretensión del sindicato USO de que tal acuerdo le sea de aplicación y tras constatarse que esta organización no cuenta con ningún representante en los comités de empresa de la Administración empleadora, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo precisa que el tenor literal del acuerdo litigioso reconoce el derecho de acumulación de los créditos horarios respecto de los que tengan reconocidos los delegados sindicales contemplados en el artículo 10 de la LOLS, es decir, los que representan a secciones sindicales con participación en los comités de empresa o en los órganos equivalentes de las Administraciones, condición que no cumple el citado sindicato.

En relación con los derechos de información de los representantes sindicales, en la **STS de 5 de febrero de 2001**, I.L. J 210, se discute sobre el derecho de la sección sindical estatal de CGT en AENA a ser informada sobre los planes de formación de la empresa adoptados conforme al II Acuerdo Nacional de Formación Continua (Resolución de 14 de enero de 1997) y la Resolución de 18 de febrero de 1998, sobre los cuales sólo venían siendo informadas las secciones sindicales con presencia en la denominada Coordinadora Sindical Estatal de la empresa, de la que, conforme al Convenio colectivo

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de AENA, forman parte los sindicatos con al menos un 10 por ciento de representatividad en el ámbito estatal, por lo que no participa en ella el sindicato CGT.

Estima la sentencia que la canalización de la información y el control de los citados planes formativos a través de la Coordinadora Sindical Estatal, organismo que aglutina las competencias del comité intercentros previsto en el artículo 63.3 del ET, con la correspondiente exclusión del sindicato CGT, no vulnera las normas sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de formación profesional contempladas en los artículos 64.1.c) de esa Ley y 10.3 de la LOLS, ni las reglas sobre la Comisión Paritaria de Formación contenidas en el Convenio colectivo de la empresa.

En tal sentido, entiende la Sala que la información específica sobre los planes de formación contemplados en el Acuerdo Nacional de Formación Continua tiene una configuración propia y separada en parte de las reglas generales sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores, como pone de relieve su misma regulación, que constituye un sistema normativo específico susceptible de canalizarse a través de la repetida Coordinadora Sindical Estatal, en la que están presentes los sindicatos con representatividad suficiente en ese ámbito.

También se trata sobre los derechos de información de los delegados sindicales reconocidos en el artículo 10.3 de la LOLS, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sentencias de 3 de febrero, 11 de marzo y 26 de julio de 1999), pero en sentido negativo, en la **STSJ de Aragón de 30 de enero de 2001**, I.L. J 61, que estima que el derecho de información de los delegados sindicales alcanza a los mismos extremos que el reconocido respecto de los representantes unitarios de los trabajadores, pero sin que deba ir más allá de esos términos y por tanto extenderse a informaciones no proporcionadas a éstos.

Finalmente, en conexión con los derechos de información y comunicación de los delegados sindicales con los trabajadores, la **STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 860, trata sobre la negativa de la empresa al acceso de un delegado sindical a la sala de descanso en un centro de trabajo. La sentencia estima que esa actuación empresarial constituye una vulneración del derecho de libertad sindical, pues el hecho de que la empresa considere el descanso entre la jornada diaria como de trabajo efectivo no significa que en esa pausa se trabaje realmente y por tanto que el acceso y la comunicación sindical en ese tiempo y lugar suponga una alteración de la producción; y la previsión legal de un tablón de anuncios y de un local para actividades sindicales como medios de comunicación e información sindicales (art. 8.2 LOLS), tampoco supone que estos medios deban ser exclusivos y excluyentes a tales efectos.

B) Libertad sindical y negociación colectiva

La **STC de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 541, de amparo sobre tutela de la libertad sindical, tiene su origen en la impugnación de una negativa municipal a una propuesta del sindicato CCOO solicitando el inicio de un proceso negociador en materia de jornada y horarios de trabajo en ese ámbito. La negativa de la Administración empleadora se basa-

ba en que en ese momento estaba abierto un proceso negociador en la Mesa general de negociación del convenio de esa corporación pública, en la que, además, estaba presente el citado sindicato. Recuerda el Tribunal Constitucional que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se integra en el contenido adicional del derecho constitucional de libertad sindical y se configura legalmente de modo diverso al reconocido respecto de los trabajadores de régimen laboral, estando condicionado y limitado en función de lo que se establezca legalmente. En esos términos, conforme a la Ley 9/1987, de 12 de junio (sobre órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación de los funcionarios públicos), el proceso de negociación en este ámbito está delimitado de forma indisponible para las partes, tanto en relación con las materias susceptibles de transacción como respecto de los sujetos u órganos negociadores, por lo que una pretensión negociadora de un sindicato al margen de esas reglas no puede entenderse válida, ni consecuentemente constituye una vulneración del derecho de negociación colectiva y de libertad sindical una negativa a tal solicitud.

Recuerda igualmente que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido adicional y de configuración legal del derecho de libertad sindical, la **STS de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 251, que resuelve sobre la impugnación por parte de la Confederación de Trabajadores Independientes del Acuerdo Marco Laboral para las empresas de exhibición cinematográfica, por entender que vulnera su derecho de libertad sindical, de igualdad y de negociación colectiva, al imponerse por parte de las organizaciones sindicales que lo negociaron y al no haber participado en el mismo. Constatada la escasa representatividad del sindicato recurrente en el ámbito de aplicación del convenio impugnado (13 representantes de un total de 169), la Sala recuerda que la negociación colectiva es un derecho de configuración legal y que la normativa que lo regula, el Estatuto de los Trabajadores, reconoce la legitimación para negociar convenios a los sindicatos con mayor representatividad, entre los que no se encuentra el recurrente, por lo que no pueden entenderse vulnerados sus derechos por su falta de participación negociadora.

También resuelve sobre una impugnación de un convenio colectivo, en este caso extra-estatutario, la **STS de 1 de marzo de 2001**, I.L. J 457, que tiene su origen en un proceso de negociación colectiva en la empresa RENFE, del que se desvincularon los sindicatos SEMAF (Sindicato español de maquinistas y ayudantes ferroviarios), CGT y CCOO, y que finalmente fue firmado por la empresa y por el sindicato UGT como Convenio extra-estatutario, con eficacia limitada respecto de los trabajadores que, teniendo vigente su contrato en el momento de la firma del Convenio, estuvieran afiliados a esta organización o voluntariamente se adhiriesen al mismo en su integridad. Se pretende por los sindicatos que abandonaron la negociación, que la firma al margen de la representación legal de los trabajadores constituye una vulneración de su derecho de negociación colectiva, en relación con el de libertad sindical; y que la cláusula novena del mismo, en la que se prescribe que durante la vigencia del Convenio no podrán convocarse ni secundarse huelgas que tengan por objeto materias previstas en ese pacto, salvo incumplimiento de la empresa, supone una vulneración del derecho de huelga.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Respecto de la primera pretensión y analizando el devenir del proceso negocial, en el que inicialmente participaron los sindicatos recurrentes y en el que tras una huelga se dieron por rotas las negociaciones con tales organizaciones y se decidió por la empresa continuar la negociación con el sindicato UGT, estima el Tribunal Supremo que la empresa no actuó de mala fe ni incumplió su deber de negociar, que no impone la culminación del acuerdo, y que la continuación de las negociaciones con otro sindicato y la firma de un convenio extraestatutario, admitido además en nuestro ordenamiento junto con el convenio de eficacia general, no puede considerarse en ese contexto que constituya una lesión de los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical de las organizaciones recurrentes, teniendo en cuenta, por lo demás, que al repetido Convenio se adhirió el 91 por ciento de la plantilla y, finalmente, el propio sindicato Comisiones Obreras.

Respecto de la pretendida vulneración del derecho de huelga como consecuencia del acuerdo de paz social de la cláusula novena del Convenio, estima el Alto Tribunal que no puede apreciarse, por tratarse de un pacto libre, no prohibido y limitado a las partes firmantes y a la vigencia del Convenio.

C) Libertad sindical y derecho de reunión

La **STC de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 537, resuelve un recurso de amparo sobre la posible vulneración de la libertad sindical, pretendidamente no salvada en la jurisdicción ordinaria, causada por la negativa empresarial a ceder un local a un sindicato para celebrar una asamblea con el fin de iniciar un proceso de elecciones a representantes de los trabajadores.

La argumentación del Alto Tribunal comienza por delimitar el objeto litigioso desde la dimensión constitucional, excluyendo de análisis la pretendida vulneración de los derechos constitucionales de reunión y de participación en asuntos públicos y en elecciones periódicas, por no haber sido alegados en la vía judicial precedente y como consecuencia del principio de subsidiariedad en la actuación de ese Tribunal, y del derecho a la tutela judicial efectiva, por no haberse invocado en la demanda de amparo.

Centrado el debate en la eventual vulneración del derecho de libertad sindical, el análisis se realiza desde dos perspectivas, la pretendida finalidad promotora de elecciones sindicales de la asamblea solicitada y el derecho de reunión.

Desde la primera de estas perspectivas, se constata que, si bien el derecho a participar y promover elecciones a representantes de los trabajadores forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, la asamblea pretendida no tenía por objeto la iniciación de un proceso electoral, por cuanto que ninguna de las actuaciones legalmente establecidas para tal promoción fue realizada por el sindicato recurrente, teniendo como fin el simple tratamiento del proceso de elecciones sindicales y, en función del resultado de la asamblea, iniciar los trámites legales para la efectiva promoción electoral.

En cuanto al derecho de reunión, distingue también el Tribunal entre el propio de la actividad de los sindicatos y sus afiliados, incluido en el contenido esencial del derecho de

libertad sindical [arts. 2.2.d) y 8.1.b) LOLS], que no es el afectado en este supuesto, en el que el sindicato pretende convocar a todos los trabajadores de la empresa, y el derecho de reunión de los trabajadores (arts. 77 a 80 ET), para cuya convocatoria no está legitimado el sindicato aquí actuante, por lo que no existe la vulneración del derecho de libertad sindical pretendida:

“máxime cuando, como el resto de los derechos fundamentales, el derecho de reunión no es ilimitado y, por ello, no puede afirmarse que comprenda, de forma absoluta e incondicionada, el que un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad ni que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo”.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 338, resuelve sobre una vulneración del derecho de libertad sindical, causada por una resolución del Ministerio de Defensa que deniega la celebración de una asamblea en un centro de trabajo de carácter militar, cuyo objeto era informar a los trabajadores por parte del sindicato convocante sobre temas de clasificación profesional.

El Tribunal parte de que el derecho de reunión sindical en el centro de trabajo no forma parte del contenido esencial o mínimo del derecho de actividad sindical (descrito en el artículo 2.2 de la LOLS), sino del adicional [en este caso contemplado en el artículo 8.1.b) de la LOLS]; y de que las limitaciones al ejercicio del derecho de libertad sindical en establecimientos militares, contempladas en la Disposición Adicional Tercera de la citada Ley Orgánica de Libertad Sindical, deben interpretarse restrictivamente, lo que conduce en este supuesto a restringir su aplicación respecto del contenido mínimo del derecho de libertad sindical debatido, sin que alcance por ello a la asamblea objeto de litigio. Por lo demás, aprecia la Sala que la asamblea solicitada tenía por objeto la información sobre clasificación profesional, por lo que en nada podía entenderse que comprometiese el interés de la defensa nacional y por lo que se concluye estimando la lesión invocada.

Por último, en la **STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 702, se debate sobre la eventual vulneración de los derechos de libertad sindical, reunión y expresión, producida por una negativa empresarial a una solicitud de asamblea a celebrar durante la pausa para el bocadillo, cuyo objeto era conocer, mediante referéndum, la opinión de un colegio de trabajadores (especialistas y no cualificados) sobre el despido de dos compañeros. La negativa empresarial se justificó en que la finalidad de la reunión anunciada no estaba contemplada entre los supuestos legales (art. 78 ET) y que la consideración que por Convenio tenía la citada pausa durante la jornada, como de trabajo efectivo, la hacía incompatible con la celebración de una asamblea. Aunque con ciertos avatares conflictivos, en los que se impidió su realización en las instalaciones de la empresa, finalmente la asamblea y el referéndum se celebraron al término de la tarde y en la carretera que se hallaba enfrente de tales instalaciones.

La sentencia estima que aunque la empresa puso ciertos obstáculos a la celebración de la asamblea y el referéndum, los mismos no supusieron un impedimento de suficiente tras-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

cendencia para que se estimen vulnerados los citados derechos de los trabajadores, que finalmente pudieron celebrar la reunión consultiva; y que durante el descanso para el bocadillo, una vez que se considera tiempo de trabajo, no se puede celebrar una asamblea, salvo aceptación por parte de la empresa.

D) Facultades disciplinarias de los sindicatos

El complejo litigio resuelto por la SAN de 12 de enero de 2001, I.L. J 354, en el que se producen hasta cinco procesos (instancia ante un Juzgado de lo Social, suplicación, instancia ante la Audiencia Nacional, casación ordinaria y devolución de actuaciones a la Audiencia), tiene por objeto la impugnación de una sanción de expulsión del sindicato impuesta a un afiliado que, a su vez, tenía atribuidos distintos cargos de responsabilidad en el ámbito andaluz y en el sector hostelero en la organización CCOO.

La actuación procesal de la Audiencia Nacional proviene de la devolución de actuaciones decidida por el Tribunal Supremo en recurso de casación ordinaria frente a una anterior sentencia de aquel órgano, en la que se apreciaba la caducidad de la acción del representante sindical sancionado por su organización, en aplicación analógica del plazo de veinte días previsto para la impugnación de las sanciones empresariales (art. 114 LPL), estimándose en casación que el plazo a aplicar analógicamente a las acciones de impugnación de sanciones sindicales es el de prescripción general de un año del artículo 59.1 del ET, conforme a la doctrina establecida en su Sentencia de 2 de noviembre de 1999.

Resolviendo el fondo de la impugnación planteada, entiende la Audiencia Nacional que a pesar de que las sanciones sindicales se desenvuelven en un ámbito privado, las mismas son susceptibles de revisión judicial, conforme al principio de tutela judicial efectiva consagrado constitucionalmente (art. 24 CE), debiendo observarse igualmente para su imposición los principios de tipicidad y audiencia del sancionado.

En tales términos, no sólo se constata que la pretendida infracción imputada al representante del sindicato no está tipificada en los Estatutos de la organización, sino que ni siquiera se aprecia en su conducta mala fe, lo que conlleva la nulidad de la sanción impuesta. Pero, a mayor abundamiento, también se constatan irregularidades en la tramitación del expediente sancionador, consistentes en el rechazo a la práctica de la prueba propuesta por el representante sancionado, lo que igualmente afecta a la validez del citado expediente, limitando, por lo demás el ulterior control judicial de la actuación impugnada.

En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de marzo de 2001, I.L. J 622, si bien reconoce que en el ejercicio de las facultades disciplinarias por parte de un sindicato respecto de sus afiliados no son aplicables las normas de las Leyes procesales civil y criminal, por tratarse de un ámbito privado, el hecho de que las sanciones impuestas en ese contexto sean susceptibles de revisión judicial, presupone que el ejercicio de tales facultades no puede ser arbitrario, debiendo respetar los principios de legalidad, tipicidad y audiencia, contradicción y defensa, conforme a lo que establezcan los estatutos de la organización.

En el supuesto concreto de la sentencia se entienden cumplidas tales exigencias, por cuanto que el expediente se inició por acuerdo del comité ejecutivo, interviniendo en su instrucción la comisión de garantías y comunicándose al interesado su incoación y la suspensión cautelar de sus funciones, y aunque no se le recibió declaración antes de formularse el pliego de cargos, se le dio traslado del mismo una vez realizado, para que pudiera alegar y proponer pruebas, por lo que tuvo la oportunidad de manifestarse en su defensa, lo que efectivamente hizo por escrito, y de aportar pruebas, de modo que no se apreció ningún vicio procedimental con relevancia material suficiente para justificar la nulidad de la sanción.

Finalmente, en relación con la competencia funcional para la impugnación de sanciones impuestas por los sindicatos a sus delegados, con ámbito de representación territorial superior al de una comunidad autónoma, que suponen la limitación en el ejercicio de sus funciones representativas, la **STS de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 522, adoptada en Sala General, modifica la doctrina precedente, que reconocía esa competencia en favor de la Audiencia Nacional, estableciendo una especie de aforamiento de los cargos sindicales (entre otras, las Sentencias de 20 de mayo de 1995, 21 de julio de 1998, 26 de abril de 1999, 25 de junio de 1999, 4 de febrero y 6 de julio de 2000). El nuevo criterio parte del carácter excepcional de la atribución de competencias a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, conforme a las reglas de distribución de competencias establecidas en la LOPJ, y de los efectos directos que generan ese tipo de sanciones sindicales impuestas a sus representantes, que no se extienden a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma ni afectan al funcionamiento del sindicato en el nivel territorial superior a ese ámbito, incidiendo solamente de forma directa en las relaciones entre el sindicato y el afiliado sancionado, por lo que resulta competente el Juzgado de lo Social que corresponda territorialmente.

E) Proceso de tutela de la libertad sindical

En relación con la competencia jurisdiccional para resolver los litigios sobre tutela del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, la **STS de 6 de febrero de 2001**, I.L. J 214, estima la incompetencia del orden social, reiterando el criterio mantenido por la precedente Sentencia de 28 de diciembre de 1999 y en aplicación del artículo 3.1.a) de la LPL.

En este caso se trataba de un funcionario del Servicio de Vigilancia Aduanera de Murcia, que a su vez era delegado sindical y miembro de la Comisión Ejecutiva del sindicato UGT, y que en una rueda de prensa convocada por la citada Comisión hizo unas declaraciones, posteriormente publicadas en diversos medios de comunicación, sobre la existencia de determinados ficheros en el seno de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que contenían información sobre la vida privada de algunos contribuyentes y funcionarios, motivo por el cual le fue incoado un expediente disciplinario. Impugnada esta actuación ante la jurisdicción social, en instancia se apreció la vulneración de los

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

derechos de libertad sindical y de expresión, desestimando la excepción de incompetencia de la jurisdicción alegada por la representación de la empleadora, siendo confirmada esa resolución en suplicación, y finalmente anulada en casación para la unificación de la doctrina, por declararse la incompetencia del orden jurisdiccional social.

En relación con la competencia territorial en los procesos de tutela de la libertad sindical, la **STS de 24 de abril de 2001**, I.L. J 788, estima que debe seguirse el criterio del ámbito de afectación de la lesión invocada, como corrector del ámbito donde se produce la lesión, cuando ambos sean diferentes, como ocurre en el supuesto enjuiciado, en el que se discute sobre la composición de la mesa negociadora del Convenio para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Asturias, constituida en la ciudad de Oviedo, pero cuyas consecuencias se extienden a toda la región, por lo que se estima competente el Tribunal Superior de Justicia del Principado.

También se discute en esta Sentencia la adecuación del procedimiento de tutela de libertad sindical cuando la demanda también es susceptible de articularse en un proceso de conflicto colectivo, estimándose que aquél es el proceso adecuado cuando la pretensión sea de tutela de ese derecho, bastando con que se afirme la existencia de una lesión del mismo, y sin que a ello obste que la pretensión también pueda encauzarse en la modalidad del conflicto colectivo, pues ésta no se incluye entre las de carácter obligatorio y excluyente del artículo 182 de la LPL.

En la **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2001**, I.L. J 173, se discute sobre la indemnización fijada en instancia por los perjuicios causados por una actuación empresarial constitutiva de una vulneración del derecho de libertad sindical, en su manifestación en el derecho a promover elecciones sindicales. Una vez sentado que la indemnización por una violación del derecho de libertad sindical no constituye una condición necesariamente unida a la declaración de la vulneración del derecho, sino que la misma debe solicitarse y cuantificarse expresamente en la demanda y razonarse sobre los perjuicios que justifican su reconocimiento y su cuantificación, se estima la existencia de los daños, aunque se reduce la cuantía establecida en la instancia precedente.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de enero de 2001**, I.L. J 557. Una vez que el fallo de instancia que trae causa a esta sentencia de suplicación declara la vulneración del derecho de libertad sindical de determinadas trabajadoras como consecuencia de una conducta empresarial impeditiva del ejercicio de su derecho de asamblea, pero sin condenar a la empresa a indemnizar a las trabajadoras por esa actuación, se discute en este recurso sobre la indemnización procedente en los procesos de tutela de libertad sindical con sentencia estimatoria de la vulneración alegada. Siguiendo la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo sobre el particular (Sentencias de 28 de febrero y 23 de marzo de 2000), la Sala desestima el recurso, por cuanto que la indemnización en estos supuestos no es una consecuencia automática del fallo estimatorio, sino que debe acreditarse el perjuicio sufrido y precisarse y justificarse su cuantificación a efectos indemnizatorios, habiéndose limitado las demandantes en este proceso a solicitar determinada cuantía en términos genéricos, sin especificar elemento alguno que lo justificase y sin concretar siquiera el destinatario de la indemnización pretendida.

En relación con el carácter hábil del mes de agosto para los procesos de tutela de libertad sindical, la **STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 571, declara la nulidad de lo actuado en relación con un recurso de suplicación interpuesto frente a una sentencia dictada en un proceso de vulneración del derecho de libertad sindical con fecha de 27 de julio de 2000, por haberse anunciado el recurso el 30 de agosto de 2000. Una vez que aprecia que el mes de agosto es hábil respecto del proceso de tutela de libertad sindical, tanto en instancia, como en vía de recurso, es claro que se han superado holgadamente los cinco días previstos legalmente para la citada actuación procesal (art. 192.1 LPL), por lo que concluye con la indicada declaración de nulidad.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Elecciones a representantes de los trabajadores

Es destacable el número de sentencias que en el período objeto de análisis resuelven conflictos electorales, incluidos dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. En el primero de ellos, culminado por la **STC de 29 de enero de 2001**, I.L. J 2, con voto particular, se discute la eventual vulneración del derecho de libertad sindical, producida por una sentencia que anula una candidatura electoral por dos motivos:

“la falta de legitimidad de dos de los candidatos por su condición de miembros de la mesa electoral sin haber renunciado previamente a sus cargos en ella” y “el vicio grave en el proceso electoral, consistente en la doble circunstancia de que el día de presentación de la candidatura en que se integraban dichos dos candidatos actuaron como miembros de la mesa electoral, y de que la proclamación de las candidaturas al día siguiente de cerrarse el plazo de presentación se hizo por uno solo de los miembros de la mesa”.

Una vez centrados los términos del debate constitucional, vinculando el derecho de los sindicatos a presentar candidaturas a elecciones a representantes unitarios de los trabajadores al contenido adicional del derecho de libertad sindical y limitando el análisis a la constatación de si la interpretación llevada a cabo por la sentencia recurrida salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho de libertad sindical por su carácter motivado y no restrictivo del derecho concernido, el Alto Tribunal pasa a valorar los dos motivos de anulación de la candidatura antes transcritos.

En relación con el segundo de los motivos, de doble dimensión, el Tribunal Constitucional estima que no resultan convincentes los vicios apreciados por la sentencia recurrida. Respecto de la actuación de los candidatos como miembros de la mesa, simultáneamente a la presentación de candidaturas, por no ser obstáculo para ser candidato el hecho de formar parte de la mesa, siempre que se renuncie a este cargo y, a mayor abundamiento, por no precisarse en la sentencia recurrida a qué actuación de la mesa se refiere; y respecto de la proclamación de candidaturas por parte de un solo miembro de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la mesa, porque, de aceptarse como vicio, debería afectar a todo el proceso electoral y no sólo a una de las candidaturas.

En cuanto al primero de los motivos de nulidad de la candidatura apreciado por la sentencia recurrida, constata el máximo intérprete constitucional que no se refiere a la interpretación de los artículos 73.4 del ET y 5.3 del RD 1844/1994, sobre la irrenunciabilidad de los cargos de la mesa y la incompatibilidad de los mismos con la posición de candidato a elecciones sindicales, sino a la inexistencia de una previa renuncia eficaz para poder hacerlo. En tales términos, estima el Tribunal Constitucional que la no aceptación por parte de la sentencia recurrida de las pretendidas renunciaciones de los dos candidatos en quienes concurría la condición de candidatos electorales, por producirse una en el último momento del plazo de presentación de candidaturas y la otra por mediación indirecta del sindicato y de forma verbal, y, en ambos casos, en el período de vacaciones de los demás miembros de la mesa, no merece un reproche de irrazonabilidad de relevancia constitucional y tampoco supone una restricción indebida del derecho del sindicato promotor de la candidatura anulada, en tanto que la presentación de una candidatura gravemente viciada no puede entenderse acomodada a la configuración legal de su derecho de participación en elecciones sindicales.

Finalmente, en cuanto a la afectación de la ineficacia de la pretendida renuncia de los dos miembros de la candidatura sobre el conjunto de ésta, se estima que es una deducción obligada de la exigencia legal de listas completas, sin que pueda acudirse a las reglas sobre subsanación de listas que incluyen candidatos faltos de legitimidad [arts. 71.2.a) ET y 8.5 RD 1844/1994], por tratarse de una situación distinta, en la que las vicisitudes se producen tras la presentación de la lista y no como en el caso debatido, en el que se trata de la propia validez de la lista.

En el segundo recurso de amparo, resuelto por la **STC de 12 de febrero de 2001**, I.L. J 266, también sobre tutela de la libertad sindical, se trata de una trabajadora, candidata por CCOO en las elecciones a representación unitaria en su empresa, que es despedida pocos días antes de su proclamación como tal. Como consecuencia de estas actuaciones, por la empresa se impugna su proclamación como candidata electoral (previo el correspondiente laudo), por no pertenecer a la plantilla en ese momento; y por la trabajadora se impugna el despido por entender que se debe a su participación en el proceso electoral y que por ello vulnera su derecho de libertad sindical. Ambas pretensiones son estimadas por esos motivos en distintos juzgados, si bien se declara en primer lugar la nulidad de la proclamación de la candidatura y con posterioridad la del despido.

Ante esta situación, se recurre en amparo frente a la sentencia que anula la proclamación de la candidatura electoral, por entender que vulnera el derecho de libertad sindical de la trabajadora despedida, al suponer en último término la imposibilidad de su candidatura.

El Tribunal Constitucional constata que formalmente la sentencia recurrida se ajusta a la legalidad ordinaria, por resolver sobre la materia electoral objeto del proceso y por tratarse, efectivamente, de una trabajadora despedida en el momento de la proclamación de

su candidatura. Sin embargo, estima que una vez que por el juzgador se conocía la pendencia del proceso de despido, cuyo resultado podía comprometer el alcance del proceso electoral, por existir fundados indicios de conducta antisindical, debería haber actuado de forma que garantizase la protección del derecho de libertad sindical comprometido. En tal sentido y teniendo en cuenta las dificultades procesales en orden a conseguir la debida tutela del derecho fundamental (imposibilidad de resolver sobre el despido en el proceso electoral o de acumular ambas acciones), el Alto Tribunal propone la suspensión del juicio o, en su caso, del plazo para dictar sentencia; y resuelve el recurso estimándolo y declarando la nulidad del proceso electoral y la validez de la candidatura de la recurrente.

El problema relativo a la determinación de la unidad electoral para la elección de delegados de personal, en empresas con un elevado número de centros de trabajo dispersos por la geografía nacional, que en la mayoría de los casos no cuentan con el número de trabajadores suficientes para constituir una unidad electoral suficiente para la designación de representantes unitarios (delegados de personal), es resuelto en una escrupulosa interpretación y aplicación de las normas legales, no exenta de matices y críticos en términos de *lege ferenda*, por la STS de 31 de enero de 2001, I.L. J 53, y la STS de 19 de marzo de 2001, I.L. J 494.

Ante la pretensión sindical de constituir unidades electorales provinciales que aglutinen a los trabajadores de los distintos centros de trabajo de tales circunscripciones territoriales y en una interpretación literal del artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores, la Sala entiende que la unidad electoral en empresas de estructura compleja se constituye por los centros de trabajo y que:

“no es posible, en ningún caso, la celebración de elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten con menos de 6 trabajadores”,

Sin que legalmente se permita la agrupación de una pluralidad de centros de trabajo con el objeto de constituir una unidad electoral de delegados de personal:

“posiblemente, por considerarla innecesaria, en atención a que (...) los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados, y no llegan a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una representación de intereses generales”.

Ni la designación de un delegado de personal conjunto, todo ello sin perjuicio de que el modelo de representación unitaria establecido legalmente pueda ser mejorado por convenio colectivo, cuestión que no se discute en el recurso.

Finalmente, para la STSJ de Madrid de 23 de enero de 2001, I.L. J 172, no constituyen una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical determinadas actuaciones empresariales destinadas a impedir la promoción de elecciones a comité de empresa con-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

junto, por entender que en sus centros de trabajo no se cumplen los requisitos legales establecidos para la constitución de ese órgano de representación (art. 63.2 ET), cuya interpretación, por lo demás, es ajena al proceso especial de tutela de la libertad sindical.

B) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores

La STS de 10 de abril de 2001, I.L. J 763, trata sobre el medio utilizado por el comité de empresa para transmitir información a los trabajadores representados, constituido en este caso por la utilización del servicio de estafeta o valija interna de la empresa (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), puesta a disposición de aquéllos a tales efectos a través de una Circular de la empresa vigente desde 1980 y que no ha sido expresamente derogada desde entonces. A partir de determinado momento, la empresa decide negar la utilización de ese medio al citado comité de empresa, por entender que su uso sólo le corresponde a las secciones sindicales, impugnándose esa decisión por el repetido órgano de representación unitaria. La Sala entiende que la indicada Circular es un acto propio de la empleadora y una fuente de obligaciones para la misma y de derechos para los trabajadores y sus representantes y puesto que no fue objeto de derogación expresa sigue siendo exigible, sin que ello suponga incumplimiento alguno del artículo 68.d) del ET.

En la STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2001, I.L. J 117, se debate sobre el mantenimiento del derecho acordado por una empresa y los sindicatos presentes en el comité, consistente en una cantidad como compensación de los gastos de desplazamiento realizados por los representantes de los trabajadores en el cumplimiento de sus funciones, consecuencia del elevado número de centros de trabajo de aquélla. En un momento determinado, la empresa decide dejar de abonar esa cantidad alegando que los representantes de los trabajadores disponen ya de un local para celebrar reuniones. Impugnada esta decisión empresarial, la Sala del TSJ de Cataluña estima que la supresión del citado derecho, acordado colectivamente, no puede ser decidida unilateralmente por la empresa, y que tampoco puede invocarse por ésta la cláusula *rebus sic stantibus*, por no haberse alterado sustancialmente las circunstancias que justificaron el reconocimiento de la cantidad referida, pues la alegada puesta a disposición del local de reuniones no sólo no supone una alternativa a la necesidad de desplazamientos de los representantes ni a su compensación económica, sino que, además, es un derecho establecido legalmente.

Para la STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001, I.L. J 165, el cese de un trabajador como jefe de unidad y desarrollo estrategia de red, puesto de libre designación, tras haber sido elegido presidente del comité de empresa, no constituye una vulneración de su derecho de libertad sindical, pues es:

“razonable pensar que el cese del trabajador en principio obedece a razones de organización y eficacia ya que ningún trabajador nombrado para un puesto de libre designación posee la inmunidad absoluta, sea o no representante sindical, lo que conlleva que la empresa puede nombrarlo o cesarlo”.

Por el contrario, para la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2001, I.L. J 180, constituye una vulneración del derecho de libertad sindical, la absorción y compensación de un

complemento voluntario con el incremento salarial anual, adoptada por la empresa respecto de una trabajadora que a su vez es delegada de personal y afiliada al sindicato CCOO, sin que se acredite justificación alguna y sin que se imponga a ningún otro trabajador.

En la **STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 7, sobre vulneración de los derechos de reunión, expresión y libertad sindical en el contexto de una asamblea a celebrar en la pausa para el bocadillo, ya vista (crónica VII.1.A), se añade otra pretensión de tutela del derecho de libertad sindical. En este caso se trata de dos afiliados al sindicato CCOO y miembros del comité de empresa, que habían sido despedidos y que por ello habían cedido su crédito horario a otros miembros de la representación unitaria, a los que se impidió el acceso al centro de trabajo alegándose que interrumpían el proceso productivo. La sentencia también estima en este supuesto que no existió vulneración del derecho de libertad sindical, por cuanto que una vez que los representantes estaban despedidos y habían cedido su crédito horario, no podían ejercer las funciones representativas que les permitían el acceso al centro de trabajo.

Finalmente, en la **STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 722, se discute sobre del ajuste del número horas del crédito horario de los miembros del comité de empresa a las fluctuaciones de la plantilla en una empresa con actividad variable de temporada (helados), cuyo Convenio colectivo cuantifica tal crédito en un mínimo de treinta horas mensuales, sin perjuicio de lo establecido legalmente. Por los demandantes se solicita que se mantenga el crédito en 35 horas mensuales con independencia de las alteraciones en la cuantía de la plantilla, desestimándose su pretensión por entenderse más ajustado a la finalidad del crédito horario la adecuación de su cuantía al las fluctuaciones del número de trabajadores en la empresa.

C) Revocación del mandato de un miembro del comité de empresa

En la **STSJ de Asturias de 12 de enero de 2001**, I.L. J 68, se debate sobre la revocación de un miembro del comité de empresa, el representante del colegio de técnicos y administrativos, acordada en asamblea convocada por los trabajadores de ese colegio, declarándose nula por defectos en la constitución de la asamblea revocatoria, consistentes en que la reunión no fue presidida por la representación unitaria de los trabajadores (art. 77.1 ET), y no fue notificada con antelación a la empresa (art. 79 ET) ni a la oficina pública [art. 11.c) RD 1844/1994, de 9 de septiembre].

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo

En el primer trimestre del año 2001 son particularmente significativas, por su elevado número, las resoluciones que tratan sobre la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, si bien en cuanto a su alcance se limitan a reiterar la doctrina sentada y

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

asentada sobre ese particular por el Tribunal Supremo (SSTS de 22 de marzo, 1, 6, 18, 22 y 25 de junio y 21 de julio de 1992, 27 de mayo de 1996, 19 de mayo de 1997, 2 de febrero y 12 de mayo de 1998, 17 de julio y 17 de noviembre de 1999, 28 de marzo y 12 de julio de 2000 y 26 de febrero de 2001), en el sentido que:

“las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1. Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerado, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y 2. Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”.

Así, estiman la adecuación de este procedimiento, las SSTS de 15 de enero de 2001, I.L. J 15; de 14 de marzo de 2001, I.L. J 48; de 29 de marzo de 2001, I.L. J 533; y de 30 de abril de 2001, I.L. J 822; y la STSJ de Cantabria de 14 de febrero de 2001, I.L. J 305.

La STS de 15 de enero de 2001, I.L. J 15, estima la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para articular una demanda sobre reconocimiento del derecho al disfrute de un economato laboral por parte de un grupo de trabajadores bancarios de nueva contratación (vinculados a la empresa desde determinada fecha). Tras sintetizar la reiterada doctrina de la Sala Cuarta del TS sobre los elementos constitutivos del proceso de conflicto colectivo, la sentencia constata su concurrencia en el objeto de debate, estimando la adecuación del proceso de conflicto colectivo para su planteamiento jurisdiccional. Así, respecto del elemento subjetivo caracterizador del proceso de conflicto colectivo, la existencia de un grupo genérico de trabajadores, el mismo se entiende conformado por los trabajadores contratados desde determinada fecha, con independencia de que sean susceptibles de individualización; y en cuanto al elemento objetivo, constituido por el interés general, se estima concurrente por el interés de los trabajadores en la supresión de una práctica empresarial que les excluye del derecho al disfrute del economato laboral de la empresa.

También aprecia la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo la STS de 14 de marzo de 2001, I.L. J 48, en relación con una impugnación de una decisión de traslado de varios trabajadores sin abonarles la indemnización prevista en Convenio colectivo, por no tratarse de un debate individualizado sobre esos traslados y las respectivas reclamaciones de cantidad, sino de una cuestión susceptible de generalización en relación con cualesquiera traslados de un centro de trabajo a otro, suscitada por la interpretación de determinadas reglas del Convenio sobre esa materia, en relación con el ajuste de la decisión empresarial a tales normas.

En el mismo sentido, estima la adecuación del proceso de conflicto colectivo para resolver sobre una pretensión empresarial relativa a la exclusión de determinados derechos respecto de las clases pasivas de la misma (compensación por el cierre de los economa-

tos y compensaciones sociales previstas en Convenio colectivo), la **STS de 29 de marzo de 2001**, I.L. J 533, por entender que se trata de una cuestión que, aunque susceptible de individualización, afecta de manera homogénea e indiferenciada a un conjunto de trabajadores, no estando restringida esta modalidad procesal a la tutela de derechos de titularidad colectiva o a los intereses y derechos comprendidos en lo que doctrina científica tradicional solía denominar “derecho colectivo del trabajo”.

Por su parte, en la **STS de 30 de abril de 2001**, I.L. J 822, se discute la adecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con la interpretación de determinados preceptos de un Convenio colectivo de empresas de seguridad o quizá mejor de determinadas omisiones, respecto del cómputo de la jornada de trabajo en ciertos períodos en los que no se trabaja la mensualidad completa. La cuestión debatida se centra en determinar si la actuación judicial que se insta es la de interpretación de la norma pactada o si se pretende que tal intervención jurisdiccional supla a la autonomía negocial en relación con esa materia. Partiendo de que *“las pretensiones se definen e identifican como regla general de acuerdo con los fundamentos que proponen, como origen y basamento de la petición que a la postre se deduce”* y siendo claro que la parte propuso la controversia sobre una cuestión interpretativa de determinados preceptos de un Convenio colectivo, la Sala estima la adecuación del procedimiento.

En la **STSJ de Cantabria de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 305, se discute la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para resolver una reclamación salarial de un grupo de trabajadores que como consecuencia de un expediente de regulación de empleo pasaron de la empresa “ABB Reinosa, SA” a “Alfatel, SA”, y respecto de los cuales se había pactado el mantenimiento íntegro de su salario bruto anual, resultando que percibieron la mitad de la paga extraordinaria de julio de 1999.

Desestimada su demanda en instancia, por estimarse la inadecuación del procedimiento, en suplicación se revoca la sentencia precedente, estimándose adecuado el procedimiento de conflicto colectivo, por entender que el tema debatido afecta a un interés general estructurado en un grupo homogéneo de trabajadores y exige la interpretación de normas de carácter general, cuales son el acuerdo de mantenimiento retributivo y la resolución del expediente de regulación de empleo, lo que supone la existencia de *“un interés general que aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que ha de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”*, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

En términos más significativos, también ha apreciado la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para resolver pretensiones sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de alcance colectivo que no han sido adoptadas a través del procedimiento contemplado a tal objeto en el artículo 41 del ET, en tanto que el proceso especial del artículo 138 de la LPL está previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que se adoptan con la cobertura formal del citado artículo 41 del ET, la **STS de 15 de enero de 2001**, I.L. J 14, confirmando en ese sentido la doctrina de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la Sala (SSTS de 18 de julio de 1997, 7 y 8 de abril de 1998, 11 de mayo de 1999, y 10 de abril y 18 de septiembre de 2000).

No obstante, la **STS de 9 de abril de 2001**, I.L. J 807, estima aplicable el plazo de caducidad de veinte días del artículo 59.4 del ET, a las acciones de conflicto colectivo interpuestas frente a decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo, aun cuando no se hayan articulado a través del proceso especial del artículo 138 de la LPL.

Por el contrario, entienden inadecuada la modalidad procesal de conflicto colectivo, por apreciar la ausencia de sus elementos objetiva y subjetivamente colectivos, las **SSTS de 17 de enero de 2001**, I.L. J 20; de **26 de febrero de 2001**, I.L. J 270; y de **6 de marzo de 2001**, I.L. J 468; de **Castilla y León (Burgos) de 19 de febrero de 2001**, I.L. J 345, y de **Galicia de 22 de marzo de 2001**, I.L. J 669.

En el contexto de una pretensión sobre declaración de nulidad de un acuerdo de sucesión de empresas amparado en el artículo 44 del ET, que fue objeto de información a los trabajadores afectados y sobre la que prestaron su conformidad la mayoría de ellos (71 de 76), instada mediante una demanda de conflicto colectivo, la **STS 17 de enero de 2001**, I.L. J 20, estima la inadecuación del procedimiento, por entender que la indicada conformidad de la mayoría de los trabajadores afectados rompe la generalidad y homogeneidad del grupo de trabajadores afectado y del interés debatido, elementos, ambos, necesarios para que el conflicto sea de naturaleza colectiva.

En la **STS de 26 de febrero de 2001**, I.L. J 270, se debate sobre un conflicto colectivo de los trabajadores de la empresa “Cubana de Aviación, SA”, en el que demandan la aplicación de determinados incrementos retributivos contemplados en el Convenio colectivo de la empresa Iberia. Constatado que la citada empresa carece de convenio propio y que tampoco existe uno de sector que le sea aplicable, y que los citados trabajadores (unos diecisiete, repartidos en centros de trabajo de Barcelona, Las Palmas, Madrid y Santiago de Compostela) ven reguladas sus relaciones por la normativa laboral general y por sus respectivos contratos de trabajo, en los que consta que a algunos les es aplicable el Convenio colectivo de comercio, a otros el de agencias de viaje y a tres el de la empresa Iberia, la Sala concluye que faltan los presupuestos del conflicto colectivo, por tratarse de situaciones individualizadas respecto de cada trabajador, motivo por el cual se desestima el recurso, confirmándose el fallo de la Audiencia Nacional, que declaraba la inadecuación de procedimiento.

También aprecia la inadecuación del proceso de conflicto colectivo la **STS de 6 de marzo de 2001**, I.L. J 468, en relación con la impugnación de una decisión de la empresa Telefónica por la que se revocan los nombramientos de determinados puestos de encargados de negociado y de encargados de agrupación, por entenderse que no se debate un interés general de un grupo genérico de trabajadores, sino una pluralidad de decisiones de movilidad individualizadas respecto de distintos trabajadores que en su momento accedieron a los citados cargos por vías diferentes (decisión libre, nombramiento provisional o concurso), por lo que la procedencia de cada cese debe evaluarse caso por caso.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 19 de febrero de 2001, I.L. J 345, estima la inadecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda interpuesta por el sindicato UGT por la que se impugnaba una permuta de residencia de dos trabajadores de RENFE, por entenderla contraria a la regulación convencional sobre esa materia. En aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en relación con esta modalidad procesal y con los elementos que la conforman, se estima que la pretensión ejercitada en la demanda no afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, ni siquiera en la hipótesis de que la permuta impugnada pudiera perjudicar a otros trabajadores de las promociones a las que pertenecían los demandados, para cuya tutela deberían ejercitarse las correspondientes acciones individuales.

Por último, la STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2001, I.L. J 669, estima la inadecuación del proceso de conflicto colectivo respecto de una impugnación de un proceso de selección de personal en una empresa mixta municipal de aguas en el que no participaron los representantes sindicales, por entenderse que el conflicto no afecta a intereses generales de los trabajadores sino a un grupo plural de los mismos, concretamente a los que presentaron su solicitud y no fueron seleccionados, frente a los que sí fueron elegidos.

B) Competencia jurisdiccional funcional y territorial en procesos de conflicto colectivo

Se plantea en la SAN de 9 de enero de 2001, I.L. J 353, un conflicto colectivo por parte de 32 trabajadores que prestan servicios de *handling* (asistencia en tierra a los pasajeros y aeronaves, mercancía y correo) en los aeropuertos de Alicante y Madrid/Barajas y que fueron cedidos por subrogación de la empresa Iberia a “Ineuropa Handling Ute”, como consecuencia de la concesión a esta empresa de tales servicios por parte de AENA. Una vez que la concesión fue realizada de forma separada respecto de cada uno de los aeropuertos, en fecha y pliego de condiciones diferentes y aun cuando la misma tuviera una misma cobertura normativa y un mismo concesionario, la Audiencia Nacional estima su falta de competencia objetiva, por tratarse de dos conflictos cuyo ámbito territorial se corresponde con dos comunidades autónomas diferentes y no de uno solo susceptible de resolución en aquella sede jurisdiccional de ámbito estatal o supraautonómico.

C) Legitimación procesal

La SAN de 25 de enero de 2001, I.L. J 355, aprecia la falta de legitimación de los comités de empresa de tres centros de trabajo de Madrid, para la impugnación de la composición de la mesa negociadora de un convenio colectivo de un grupo de empresas de ámbito nacional, en tanto que su ámbito de representación es inferior al del conflicto planteado, incluso adoptando el criterio de legitimación procesal en función de la pretensión planteada, por cuanto que no se trata ni siquiera de comités de empresa o inter-centros, sino de comités de centro.

Por el contrario, la SAN de 31 de enero de 2001, I.L. J 356, aprecia la legitimación activa de un sindicato para la interposición de una demanda de conflicto colectivo sobre la

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

determinación del convenio colectivo aplicable a una empresa, por cuanto que el sindicato demandante puede actuar y actúa en ese proceso en representación de todos los trabajadores de la empresa, y no sólo en la de sus afiliados, tal y como amparan los artículos 2.2.d) de la LOLS y 152.a) de la LPL. Por el mismo motivo se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegado por la empresa demandada por no haber sido demandados los demás sindicatos firmantes de los convenios de discutida aplicación, por cuanto que “sería sobreabundante traer al proceso a los titulares de los derechos que pueden ser protegidos por la actuación del sindicato”.

D) Conflicto colectivo y negociación colectiva

La SAN de 25 de enero de 2001, I.L. J 355, resuelve un conflicto sobre la composición del banco social de la mesa negociadora del Convenio colectivo del grupo de empresas “La Estrella”, conformado por representantes sindicales en proporción a su representatividad en el ese grupo. Actúan como demandantes los comités de empresa de tres centros de trabajo de Madrid y un sindicato, y pretenden que se declare no ajustada a Derecho la conformación de aquel banco negociador, legitimado para negociar convenios supraempresariales, por entender que la legitimación para negociar en el grupo empleador es la establecida legalmente para el ámbito empresarial.

La Audiencia Nacional estima correcta la discutida composición de la mesa negociadora, en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre legitimación negocial en estructuras empresariales complejas como los grupos de empresas o algunas Administraciones públicas (STS de 21 de diciembre de 1999), que estima aplicables las reglas del Estatuto de los Trabajadores sobre legitimación en unidades supraempresariales, respecto del banco social, por cuanto que el grupo empleador está compuesto por empresas autónomas, con estructura mercantil separada y que actúa en sectores económicos diferentes (seguros, inmobiliario y de desarrollo sanitario), lo que dificulta la aplicación de las reglas sobre legitimación negocial en unidades empresariales simples.

También reitera la doctrina sobre el criterio mixto de legitimación negocial en las unidades complejas, como es en este caso la del personal laboral de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, reconocida conforme a las reglas de legitimación empresarial, respecto del banco de la empresa, y supraempresarial, respecto del banco de los trabajadores, la STS de 24 de abril de 2001, I.L. J 788.

Finalmente, en la SAN de 31 de enero de 2001, I.L. J 356, se discute el Convenio colectivo aplicable a la empresa “Gestión de Puntos de Venta, SA”, cuya actividad se desarrolla en Madrid, Barcelona y Málaga, y cuyo objeto social está constituido por la comercialización y venta de carburantes, combustibles y otros productos en estaciones de servicio, aparatos surtidores, unidades de suministro y tiendas de conveniencia asociadas a las anteriores instalaciones, así como la prestación de servicios en las mismas, teniendo un notable peso en su actividad y en sus ingresos la venta de sus tiendas de conveniencia.

La Audiencia Nacional estima que el convenio aplicable ha de ser el de estaciones de servicio, por cuanto que se corresponde con la actividad principal de la empresa, y no el de comercio vario de la Comunidad de Madrid, pues, por una parte, la actividad de venta es complementaria de la propia de las estaciones de servicio explotadas por la empresa, aun cuando su importancia económica sea muy relevante en sus ingresos, y, por otra, su ámbito geográfico, la Comunidad de Madrid, no se corresponde con el de la empresa demandada, cuya actividad se desarrolla también en Barcelona y Málaga.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Arbitraje obligatorio

En la STS de 29 de enero de 2001, I.L. J 8, se enjuicia la licitud de una decisión administrativa de sometimiento a arbitraje obligatorio de un conflicto manifestado en una huelga, adoptada al amparo del artículo 10 del RDL 17/1977 de Relaciones de Trabajo. Teniendo en cuenta las características de la huelga (duración indefinida, precedida de un proceso de negociación iniciado en 1992 y bloqueado, con expresiones de violencia y con graves consecuencias económicas por su amplio ámbito de manifestación), se estima ajustada a Derecho la imposición del arbitraje.

B) Descuento salarial

Se cuestiona en la STS de 13 de marzo de 2001, I.L. J 480, la procedencia de la detracción del salario de los días de descanso semanal incluidos en el período de huelga, en una empresa donde el trabajo se realiza en régimen de turnos y se produce una rotación sucesiva de los descansos hebdomadarios de los trabajadores a lo largo de todos los días de la semana. Tras reflejar una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el descuento del salario por los días de descanso, con cita de las Sentencias de 26 de mayo de 1992, 22 de enero de 1993, y 24 de enero 18 de abril y 11 de octubre de 1994, en la que se pone de relieve:

“que corresponde el descuento de la retribución de los días de descanso semanal y de los días festivos comprendidos dentro del período de huelga, mientras que no cabe detracción o deducción alguna por huelga en la retribución de las vacaciones y en la de los días festivos fuera del período de huelga”,

contrasta el principio de sinalagmaticidad o conmutatividad del contrato de trabajo, conforme al cual “la prestación de trabajo y la prestación salarial mantienen una conexión de reciprocidad”, con la voluntariedad de la participación del trabajador en la huelga y la consecuente suspensión del contrato de trabajo, que “exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” [art. 45.1.l) ET] y que “impide de manera expresa el devengo de un elemento del salario pendiente de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

consolidación”, como es la retribución del descanso semanal, concluyendo con la estimación de la procedencia de los descuentos salariales debatidos.

C) Cláusulas de paz social

La STS de 1 de marzo de 2001, I.L. J 457, estima que un acuerdo de paz social incorporado a un convenio colectivo extraestatutario no supone una vulneración del derecho de huelga, por tratarse de un pacto libre, no prohibido y limitado a las partes firmantes y a la vigencia del Convenio.

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)
PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN
ÁNGELES CEÍÑOS SUÁREZ

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideraciones generales. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación. 4. Determinación del convenio sectorial aplicable. 5. Concurrencia de convenios. 6. Extensión de convenios. 7. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. 8. Impugnación “directa” del convenio colectivo. A) Por ilegalidad. B) Por lesión del interés de terceros. 9. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales. 10. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Comprende la presente crónica la reseña de las sentencias de los diferentes Tribunales laborales y del Tribunal Constitucional que han tratado cuestiones de negociación colectiva laboral en el primer cuatrimestre del año 2001, publicadas en los números 1 a 4, ambos incluidos, de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia* de Lex Nova. La lectura de tales sentencias revela, ciertamente, que una buena parte de esas cuestiones (legitimación para negociar el convenio de un grupo de empresas, determinación de los terceros legitimados para impugnar el convenio por lesión de su interés, distinción entre facultades de administración y de negociación de la comisión paritaria, etc.) ya han tenido oportunidad de ser tratadas con anterioridad por los citados Tribunales, los cuales adoptaron, en relación con las mismas, soluciones que reproducen o reiteran aquéllas.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Tiene ocasión de pronunciarse sobre la legitimación para negociar el convenio de grupo de empresas la SAN de 25 de enero de 2001, I.L. J 355, que determina la misma aplicando el criterio sentado por el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina, el cual se recuerda con la cita expresa de su Sentencia de 21 de diciembre de 1999, dictada por la Sala de lo Social constituida en Sala General (su reseña en JL, 3, 2000). Una vez comprobada la estructura compleja del grupo al que pertenece el convenio origen de las actuaciones, la Audiencia Nacional repara en las dificultades que presentaría su nego-

ciación por los órganos de representación unitaria y, a partir de ahí, declara la legitimación de los sindicatos para llevar a cabo dicha negociación:

“En el presente caso es patente que no estamos ante un grupo empresarial de estructura sencilla, esto es, que responda a un mero proceso de descentralización productiva o donde la empresa matriz ejerce un control de intensidad suficiente para considerar meras sucursales económicas al resto de los componentes del grupo.

Se trata de empresas autónomas, con estructura mercantil separada y que actúan en sectores económicos diferentes, como son el de seguros, el inmobiliario y el del desarrollo sanitario (...) En una estructura semejante resulta clara la dificultad de acceder a la negociación de un convenio estatutario del lado de los trabajadores, si se excluye la intervención de los sindicatos, pues el carácter tasado de las reglas de intervención de la representación unitaria imposibilitaría la eficaz actuación de la misma, no sólo por la inexistencia de comités intercentros, sino porque éstos no abarcarían el ámbito de la negociación (...) La elección (...) de la negociación con los sindicatos (...) es la única opción viable para garantizar la existencia de una norma laboral homogénea en todo el grupo.”

Con carácter general y, sobre todo, cuando se trata de asociaciones empresariales, respecto a la que existen importantes dificultades para determinar su representatividad, debe entenderse o presumirse que quien ha negociado el convenio colectivo tenía legitimación para hacerlo, por lo que corresponde a quien mantiene la falta de legitimación de alguno de los sujetos negociadores la prueba de tal circunstancia. Así, **STS de 25 de enero de 2001, I.L. J 44:**

“La simple participación de los representantes de la federación demandada en la comisión negociadora es prueba suficiente del carácter con el que actuaba, y que se reafirmó con el reconocimiento de la parte social como interlocutor válido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores; por consiguiente, sobre quien sostiene la concurrencia de un vicio de la voluntad de los negociadores, capaz de invalidar el negocio concertado, pesa la carga de probar tal circunstancia (...).”

“La justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones, pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial. La Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores no arroja demasiada luz sobre el problema para disipar las dudas que plantea, pues se limita a fijar los topes mínimos de representatividad de las asociaciones empresariales a distintos niveles, pero no señala los medios para cuantificar tal representatividad; para salvar esa laguna se ha acudido a la técnica de presumir que, en principio, quienes hayan negociado un convenio colectivo, reconociéndose recíprocamente como interlocutores, gozan de la legitimación y representatividad suficientes para negociar en los respectivos niveles, invirtiendo la carga de la prueba de manera que quien niegue alguna de esas cualidades habrá de demostrar que carece de ellas la asociación empresarial de que se trate,

VIII. Negociación Colectiva

y no pesa sobre la demandada el gravamen de probar la representatividad que se le niega. Hay, por tanto, una presunción de legalidad favorable al convenio que, en este caso, se fortalece aun más si, como quedó probado, la asociación empresarial demandada venía negociando el mismo convenio colectivo en el ámbito estatal desde 1993.”

3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Aunque el art. 89.1 ET dispone que de la comunicación en la que se promueve la apertura de la negociación debe enviarse copia a la Administración laboral, a efectos de registro, la anomalía que supone la omisión de ese envío no es vicio determinante de la nulidad del convenio colectivo que pueda concluirse. La inscripción y publicación de éste subsana cualquier irregularidad anterior de tipo administrativo, como la indicada (STS de 25 de enero de 2001, I.L. J 44, obiter).

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO SECTORIAL APLICABLE

Deviene nulo el pacto individual por el que la empresa y el trabajador acuerdan la sumisión a un convenio colectivo distinto del que correspondería aplicar; queda fuera de las posibilidades de la autonomía individual la elección del convenio aplicable que implique la exclusión del propio. En este sentido, STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001, I.L. J 124:

“Podría darse validez a este pacto si ello no supusiera obviar la exigencia legal de que el principio de la autonomía de la voluntad no llega en derecho laboral hasta la posibilidad de elegir el convenio colectivo a aplicar, ni tampoco permite sustraerse a la aplicación de un determinado convenio, toda vez que son las partes colectivamente consideradas, con la legitimación suficiente y en el ejercicio de su autonomía, las que únicamente pueden fijar el ámbito de aplicación de la norma colectiva a negociar (art. 82.3 ET en relación con el art. 83.1 del mismo texto legal). Es por ello que la cláusula debe tenerse por no puesta, pues no puede producir ningún efecto.”

5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Aunque se admite que los sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la correspondiente legitimación (la prevista en los arts. 87 y 88 ET) puedan negociar para un ámbito superior al de empresa un convenio “estatutario” (por ejemplo, de comunidad autónoma) que afecte a lo dispuesto en otro sectorial de ámbito superior (por ejemplo, nacional), el primero debe respetar el límite que representa la relación de las materias no negociables que establece el art. 83, párrafo tercero, ET, entre las que figuran los grupos profesionales definitorios del sistema de clasificación profesional, que no pueden verse alterados directamente ni como consecuencia de las facultades conferidas por aquél en orden a la movilidad funcional, lo que acarrea la nulidad de las cláusulas del mismo que conduzcan a tal alteración. Así, con rotundidad, STS de 5 de abril de 2001, I.L. J

746, a propósito de las modificaciones introducidas por el X convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares en relación con los grupos profesionales establecidos en el Acuerdo laboral estatal de hostelería. Sí son negociables cualesquiera otras materias no incluidas en la indicada relación, como los salarios (STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2001, I.L. J 569).

Ante la expresada concurrencia, el convenio sectorial posterior y de ámbito inferior es de aplicación preferente sobre el anterior igualmente sectorial pero de ámbito superior, siempre, claro está, en relación con las materias que no estén comprendidas entre las que el ET impide que puedan ser objeto de negociación por aquél. La admisión legal de semejante posibilidad de concurrencia entre convenios no es disponible y prevalece sobre la previsión contraria que pueda figurar en un acuerdo interprofesional o convenio ex art. 83.2 ET, según se desprende de los términos empleados en el párrafo segundo del art. 84 de igual Texto legal (“En todo caso, a pesar de lo dispuesto en el artículo anterior...”). Por consiguiente, dicha previsión contraria sería ineficaz y no podría evitar la apuntada concurrencia [de nuevo, STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2001, con cita de las del TS de 22 de septiembre de 1998 y 3 de noviembre de 2000 (recurso 1554/2000)].

Sobre la imposibilidad general de que el convenio colectivo sectorial pueda llegar a afectar al convenio de empresa anterior, STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001, I.L. J 164.

6. EXTENSIÓN DE CONVENIOS

Agotada la duración temporal de los efectos de la extensión, no cabe pretender que deban continuar percibiéndose los salarios con arreglo a lo estipulado en el convenio extendido. Así, STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de marzo de 2001, I.L. J 617:

“Al haber establecido la resolución de la Dirección General de Trabajo (...) que la extensión del convenio colectivo ‘El Norte de Castilla, SA’ al sector de prensa diaria y agencias informativas de todo el territorio nacional deberá surtir efectos a partir del 19 de noviembre de 1998 con finalización el 31 de diciembre de 1998, y referirse la presente reclamación a salarios devengados entre el 3 de mayo y el 16 de diciembre de 2000, no resulta de aplicación el citado convenio.”

7. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

Vulnera la legalidad y, en concreto, el art. 29.1 ET, la cláusula del convenio colectivo que supedita la percepción de anticipos sobre salarios ya devengados, contemplados en dicho precepto, a condiciones no previstas en él, como son la atribución de un carácter causal

VIII. Negociación Colectiva

a la solicitud del trabajador y la limitación del número de anticipos que se pueden obtener dentro de cada año. En este sentido, STS de 21 de marzo de 2001, I.L. J 506:

“La estipulación convenida agrega, a lo que la letra estatutaria dice, dos condiciones o limitaciones: 1) el anticipo se pide ‘caso de necesidad’, lo que eventualmente conduciría a acreditar de algún modo esa situación, si la empresa lo entendiera conveniente; 2) la empleadora sólo está obligada a facilitar hasta un ‘límite máximo de seis anticipos por cada año natural’, mientras que en el Estatuto no aparece techo alguno, siempre que se trate de salarios ya devengados”. Así las cosas, procede declarar la nulidad de aquélla.

8. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por ilegalidad

El demandante debe proceder a concretar tanto la disposición legal que considere vulnerada como las razones en las que basa la ilegalidad denunciada y atribuida a la cláusula o cláusulas del convenio colectivo objeto de la impugnación. Tales indicaciones deben figurar en la propia demanda [art. 163.3, en relación con el art. 162.1.a) y b), LPL], lo cual constituye una excepción a lo dispuesto en el art. 80 LPL, “donde, en principio, los fundamentos de derecho no son elemento indispensable” del contenido de aquélla (STS de 21 de marzo de 2001, I.L. J 506).

B) Por lesión del interés de terceros

Deben entenderse incluidos en el ámbito de aplicación del convenio [art. 163.1.b) LPL] los jubilados de las empresas afectados por cláusulas de éste, los cuales, por lo tanto, carecen de legitimación para la impugnación directa del mismo por lesividad. Lo anterior no contradice el derecho a la tutela judicial efectiva, pues aquéllos siempre podrán atacar o impugnar los actos concretos de aplicación de las cláusulas que reputen lesivas de sus intereses (impugnación “indirecta”) o, lo que es igual, instar la inaplicación singular o a título individual de esas cláusulas, para lo que puede resultar vía adecuada el proceso ordinario. Así, recordando su jurisprudencia sobre el particular, tres sentencias del TC de 2 de abril de 2001 (89, 90 y 91/2001, I.L. J 830, 831 y 832). De acuerdo con la primera de ellas (la 89/2001):

“Este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la conformidad del art. 163.1 LPL (que excluye de los activamente legitimados para impugnar convenios colectivos a sujetos singulares como los hoy demandantes) con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), puesto que, ‘en la medida en que existen sujetos colectivos que encarnan el interés común y que representan legalmente a los incluidos en el ámbito del convenio, los representados en dichos convenios pueden ver limitada su capacidad de acción frente a normas pactadas. Otra cosa pondría en duda, no ya la norma legal que ahora enjuiciamos, sino la mera existencia de la negociación colectiva a que se refiere el art. 37.1 CE’ (por todas, SSTC 10/1996, de 29 de enero, FJ 4º; y 12/1996, de 29 de enero, FJ 4º. Tal

limitación en cuanto a la legitimación activa para poder impugnar por lesividad o legalidad un convenio colectivo resulta ‘proporcionada a los límites que el derecho a la negociación colectiva y el carácter vinculante de los convenios justifican que se impongan a ese acceso impugnatorio. Basta para advertirlo con tener presente que el interés particular de los incluidos en el ámbito del convenio puede verse protegido por otras vías procesales que no impliquen la impugnación directa de la norma pactada, como bien pueda ser la que tenga por objeto, no dicha norma, sino actos concretos de aplicación de la misma’ (por todas, y siguiendo a las sentencias anteriormente citadas, STC 56/2000, de 28 de febrero, FJ 3º). Vale decir que, si bien les está vedado impugnar la norma con carácter abstracto, les queda abierta, sin embargo, la puerta de combatir judicialmente su aplicación concreta.”

9. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Recuerda la necesidad de distinguir entre facultades de administración y facultades negociadoras de la comisión paritaria, así como la imposibilidad de cerrar estas últimas a los sindicatos que suscribieron el convenio colectivo de que se trate, la **STS de 5 de abril de 2001**, I.L. J 746, con cita tanto de jurisprudencia constitucional (STC 184/1991) como de la propia Sala (Sentencias de 10 de febrero y 13 de diciembre de 1992 y 15 de igual mes de 1994). A los efectos indicados, constituyen facultades de administración, atribuibles en exclusiva a la comisión paritaria, aquellas consistentes en la aplicación de “una regla ya existente” o en la apertura de cauces de “cooperación sin trascendencia normativa”, como ocurre cuando el convenio impugnado, el X de hostelería de las Islas Baleares, prevé que pueda impartirse la formación a distancia del trabajador por los centros que, con conocimiento de la comisión paritaria, hayan suscrito el pertinente acuerdo con las organizaciones firmantes de aquél. Con dicha previsión “ninguna facultad se atribuye a la comisión paritaria para decidir nada al respecto”. En cambio, desde el momento en que el régimen retributivo de los trabajadores depende de la categoría del establecimiento, el estudio y la elaboración de un nuevo anexo sobre la denominación de los establecimientos de hostelería implica ya el ejercicio de una facultad negociadora, de regulación o con trascendencia normativa, el cual debe quedar abierto a la intervención de cualesquiera sindicatos con legitimación para negociar el referido convenio, aunque no hayan suscrito el mismo.

B) Por los Tribunales laborales

Sobre la interpretación de los convenios colectivos según las reglas que rigen la interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss. Código Civil), **STSJ de Aragón de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 279.

VIII. Negociación Colectiva

Un supuesto de interpretación literal, a la que “ha de acudir con preferencia, al no ofrecer dudas sobre la intención de los contratantes” (art. 1281 del Código Civil), en STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 804, dictada en casación para la unificación de doctrina.

10. COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

Aunque sus informes sobre el ámbito funcional de los convenios carecen de carácter vinculante (art. 2.1 Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre), los mismos son susceptibles de valoración a efectos interpretativos (STS de 14 de marzo de 2001, I.L. J 484, dictada en casación para la unificación de doctrina).

Por lo que respecta a sus acuerdos de someter a arbitraje las controversias surgidas en torno a la cobertura de vacíos provocada por la derogación de las ordenanzas laborales (Disposición Transitoria Sexta ET), aquéllos constituyen actos de una Administración Pública (la Comisión pertenece a la Administración del Estado) sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral y, por lo tanto, la competencia para conocer de su impugnación corresponde, no a los Tribunales laborales [art. 3.1.c) LPL], sino a los del orden contencioso-administrativo (STS de 30 de marzo de 2001, I.L. J 534).

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. D) Recargo de prestaciones.

9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. A) Recargo de prestaciones.

B) Responsabilidad empresarial. C) Responsabilidad de Mutuas. **10. Asistencia sanitaria.**

A) Urgencia vital. B) Asistencia sanitaria complementaria. **11. Incapacidad temporal.**

A) Dinámica de la prestación. B) La incapacidad temporal en los regímenes especiales.

12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social. 15. Procesos de Seguridad Social.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 863).

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

La STS de 21 de marzo de 2001, I.L. J 511, examina el caso de un doble encuadramiento de un graduado social que compatibiliza sus tareas de asesoramiento, gestión y defensa, con el trabajo por cuenta ajena en su calidad de profesor de una Escuela Universitaria de Relaciones Laborales. El Tribunal considera que no es de aplicación lo establecido en el art. 8.1 de la Ley General de Seguridad Social, que prohíbe la doble afiliación para un supuesto de “un mismo trabajo”. En este caso el actor compatibiliza dos actividades distintas cuyo título habilitante es el mismo, por lo que se está ante un caso de pluriactividad.

3. ENCUADRAMIENTO

La mayoría de las sentencias se refieren al requisito de la habitualidad en el ejercicio de actividad económica y lucrativa con relación a diversas altas de oficio practicadas en el RETA (ex art. 2º Decreto 2530/1970). Así, la **STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 350, en relación al alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos considera como indicio de habitualidad en la actividad de subagente de seguros, el montante de su retribución por entender que éste guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido (en este caso dedicado a la formación, gestión y mantenimiento de una cartera de clientes). Sobre la cuantía de la retribución, acogiendo el razonamiento de la STS de 29 de octubre de 1997 (recurso 406/1997), considera que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural constituye indicador adecuado de la habitualidad, revelando la existencia de una actividad realizada con cierta permanencia y continuidad. Con relación a este último extremo, la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2001**, I.L. J 381, en un supuesto en el que la actora colaboraba durante cuatro meses al año con su marido en la elaboración de objetos de regalo para colegios, comunidades, así como su venta a domicilio, considera no cumplido el requisito de la habitualidad por no superar la cifra anual del SMI.

También con relación al requisito de la habitualidad, la **STSJ de Castilla y León de 12 de febrero de 2001**, I.L. J 331, referida a un agente de seguros, rechazando la distinción entre administración de cartera y producción de nuevas pólizas, por ser actividad única, declara que, si bien cuando hay simple administración de cartera no es procedente el alta, cuando se está en situación activa deben computarse todos los ingresos. Conforme a estos últimos, considera que existe base suficiente para entender cumplido el requisito de la habitualidad, confirmando el alta de oficio practicada en relación al RETA. Igualmente, la **STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001**, I.L. J 194, tras recordar que el art. 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 permite la compatibilidad de la titularidad del negocio con la pensión de jubilación, entiende que la situación del actor, dando órdenes a los trabajadores, realizando gestiones con los proveedores y de la venta de pisos, es similar al empresario individual que, al igual que los titulares de profesiones liberales, ofrece productos o servicios, razón por la cual, y una vez confirmado el ejercicio habitual y directo de actividad económica y lucrativa entiende acertada su inclusión en el RETA practicada de oficio.

Tras entender la exclusión del ámbito de aplicación del ET, por razón de su art. 1.3.g), de la relación de quien realiza un servicio de transporte de personas, contando con la debida autorización administrativa, siendo titular del vehículo comercial de servicio público, y de forma no exclusiva para una empresa de transportes sanitarios, excluye la posibilidad de su alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social la **STSJ de la Rioja de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 454. Por otra, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de marzo de 2001**, I.L. J 619 considera ajustada a derecho la denegación del alta en el Régimen General de la Seguridad Social de un vendedor de cupones para un actividad de sorteo, por carecer la empresa para quien trabaja de previa autorización administrativa para ejercer la actividad de sorteo.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Infracotización por error en la determinación de la normativa aplicable. Responsabilidad del abono de prestaciones de la Mutua y no de la empleadora. El trabajador sufrió un accidente de trabajo mientras realizaba tareas de colaboración social para el Ayuntamiento de Manacor, siendo el cálculo de la prestación de incapacidad temporal inferior al debido porque el Ayuntamiento cotizó en menor cuantía de la debida. La **STSJ de Baleares de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 295, revoca la sentencia de instancia que declara responsable directo al Ayuntamiento de Manacor por incumplimiento de la obligación de cotizar. Entiende, por el contrario, que no existe una voluntad deliberada y persistente en el incumplimiento necesario para determinar la responsabilidad. Ello, en primer lugar, porque la infracotización fue producto del error en la aplicación de la norma dado que el Ayuntamiento cotizó en función de la cantidad que satisfacía en concepto de salario al trabajador y que la había indicado el INEM, cuando en realidad era aplicable la peculiar cotización que para los trabajos de colaboración social se recoge en la Orden de 26 de enero de 1998. Dicha orden establece que la base de cotización para las contingencias profesionales se calcula conforme el promedio de la base de cotización por dichas contingencias en los últimos seis meses de ocupación efectiva. Además entiende el TSJ que difícilmente puede hablarse de una aptitud deliberada de incumplimiento del deber de cotizar atendiendo a la prontitud con la cual la Administración municipal procedió a regularizar el parcial descubierto.

7. RECAUDACIÓN

En materia de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, la jurisprudencia del período puede agruparse, fundamentalmente, en torno a dos temáticas: el plazo de prescripción y la cuantía mínima de la prestación. Respecto al primer asunto, además de recordar la reducción legal del plazo quinquenal de prescripción en un año (operada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre), se establece la imposibilidad de continuar aplicando analógicamente el plazo excepcional de tres meses según lo determinado por el párrafo tercero del art. 45 LGSS, incluidos aquellos supuestos en los que la revisión de las prestaciones se deben a un error imputable a la Entidad Gestora [así **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2001**, I.L. J 389 y **STSJ de Navarra de 26 de febrero de 2001**, I.L. J 452 (recurso 66/2001)].

En lo que a la cuantía mínima de la prestación se refiere, una vez descontada, compensada o reducida la percepción que abona a los beneficiarios, esta operación no puede suponer cantidad alguna que implique reducir la pensión por debajo del salario mínimo interprofesional [STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001, I.L. J 585 (recurso 1606/2000)]. A pesar de la jurisprudencia del TS, fundamentada en la distinción realizada por el art. 40.1.b) de la LGSS de 1994 entre compensación y embargo, no resultando de aplicación analógica los límites que respecto a la embargabilidad de las pensiones establece la LEC (a la que expresamente se remite aquel precepto), se considera que el límite del SMI debe servir de tope mínimo tanto para el embargo de pensiones que estableció la jurisprudencia y que se refleja en la antigua y nueva LEC, como para los descuentos, retenciones o compensaciones.

Por otra parte, dejando a un lado el específico tema del reintegro de prestaciones indebidas, debe mencionarse la STS de 5 de febrero de 2001, I.L. J 273, Sala Tercera, en la que se establece la irretroactividad de la norma sobre fecha de devengo de intereses por aplazamiento de pago de cuotas a la Seguridad Social. La Ley de Presupuestos de 1988 modificó el art. 17.4 de la Ley de 5 de julio de 1980 de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, fijándose como fecha inicial para el cómputo de intereses en el caso de aplazamientos y fraccionamientos la de la concesión de los mismos, en vez de su exigibilidad desde el vencimiento del plazo de ingreso en período voluntario de las cuotas aplazadas, como se venía haciendo hasta entonces. Así pues, la eficacia de la modificación introducida alcanza sólo a los aplazamientos de ingresos a la Seguridad Social concedidos a partir de la entrada en vigor de esta Ley modificadora y no a los aplazamientos anteriores.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

En el supuesto analizado en la STSJ de Asturias de 12 de enero de 2001, I.L. J 67, el trabajador falleció tras sufrir un mes antes una hemorragia cerebral sin existir antecedentes de una enfermedad o dolencia preexistente. Así las cosas, la muerte ha de considerarse derivada de enfermedad común, al no acreditarse la existencia de un agente extraño o exterior causante de la lesión y otro que haya podido actuar a modo de factor desencadenante. Por tanto, tampoco se aplican las mejoras voluntarias en el convenio colectivo de la empresa para mejorar las prestaciones en los casos de muerte por accidente de trabajo.

Según la STSJ de Murcia de 15 de enero de 2001, I.L. J 183, la trabajadora (limpiadora en un hospital) se pinchó con una aguja de sutura, lo que le causó perturbaciones psíquicas por el temor a riesgos de contagio, que causalizaron la baja por accidente de trabajo. Aunque la actora conllevase solapadamente patología psíquica, con la que venía

IX. Seguridad Social

efectuando su trabajo, la afloración de los síndromes incapacitantes serían incardinables en el apartado 2.f) del art. 115 LGSS.

Para la **STS de 7 de febrero de 2001**, I.L. J 216, el fallecimiento del trabajador no constituye accidente de trabajo puesto que al sufrir el infarto de miocardio éste se encontraba en su domicilio, y no era allí donde se desarrollaba la actividad encomendada por la empresa, y ello aunque el trabajador se encontrase en situación de disponibilidad (cuando el trabajador debe estar localizable) no presupone la realización de trabajo alguno, por lo que está fuera de la jornada laboral y no puede ser considerada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias.

La **STS de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 256, señala que, en el concepto de accidente de trabajo *in itinere*, lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del mismo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo. Por otro lado, no se trata del domicilio legal, sino del real y habitual, y, en general, del punto normal de llegada y partida de trabajo. Ahora bien, en el supuesto de hecho de la sentencia, el demandante abandonó el centro de trabajo una vez concluida la jornada laboral y se dirigía hacia la localidad donde residía la mujer que le acompañaba, situado en un municipio distinto del suyo habitual, quedando rota la conexión con el trabajo. Por consiguiente, se rompió el criterio de normalidad en el itinerario a seguir, y esa circunstancia excluye la calificación de laboralidad.

La **STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 572, analiza el supuesto en que el trabajador realiza un “viaje en misión” para la reunión de la empresa que se iba a celebrar al día siguiente. En este supuesto debe entenderse que existe el necesario nexo causal entre el accidente de trabajo y las circunstancias de la labor que iba a desarrollar.

En la **STS de 10 de abril de 2001**, I.L. J 766, se estudia si concurre accidente de trabajo en un supuesto en el que el lesionado presentaba antecedentes de riesgo –de tabaquismo e hiperlipemia–, si bien sin que se determinase en qué intensidad. Estas situaciones son muy frecuentes en personas de determinada edad, lo que constituyen simplemente factores de riesgo que no impiden al trabajador realizar sus tareas. El accidentado se sintió indispuerto hallándose en el vestuario de la empresa, y, por tanto, en el centro de trabajo, por lo que hay que presumir la laboralidad del accidente. Son los posibles responsables quienes debían de haber aportado una prueba concluyente para excluir dicha presunción, lo cual no se produjo.

En la **STS de 30 de abril de 2001**, I.L. J 824, se analiza si el infarto de miocardio sufrido como consecuencia de los esfuerzos propios de la práctica del montañismo es un accidente no laboral. El Tribunal Supremo concluye que no estamos ante el concepto de accidente no laboral, puesto que lo que caracteriza la noción de accidente no laboral frente a la enfermedad común no es la lesión –que es un elemento común en ambos conceptos–, sino el ser una acción súbita, violenta y externa –en definitiva, un accidente–, lo que no concurre en el presente caso.

La STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2001, I.L. J 682, señala que no existe nexo causal entre los ingresos hospitalarios del causante, que tuvieron lugar por causa de accidente de trabajo, y la dolencia causante de la muerte –Legionella–. Tampoco puede acogerse la argumentación de la recurrente, según la cual la Legionella ha de considerarse enfermedad intercurrente con respecto al segundo ingreso hospitalario, puesto que fue necesario un período de incubación de la enfermedad que impide llegar a dicha conclusión.

La STSJ de Extremadura de 16 de marzo de 2001, I.L. J 657, recuerda que numerosas resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo comprenden en el término “lesión” las enfermedades de súbita aparición o desenlace. En el supuesto de hecho de la sentencia, si bien el trabajador padecía una estenosis congénita del canal lumbar asociada a discretos cambios degenerativos de carácter lumbar y protusión discal L5-S1, no debe pasarse por alto que las dolencias que se analizan fueron debidas al realizar un esfuerzo al empujar un tronco de eucalipto, por lo que existe una relación de causalidad entre el esfuerzo citado y la baja médica –y ello aunque efectivamente existiese una predisposición en el afectado a contraer dicha enfermedad–.

B) Indemnización por daños y perjuicios

Según la STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2001, I.L. J 425, no procede la indemnización por daños y perjuicios en un supuesto de accidente de trabajo en el que el trabajador murió por descarga eléctrica cuando estaba achicando el agua, es decir, con humedad en el suelo y sin desconectar la corriente eléctrica, ya que tal modo de proceder, en especial cuando se calzan zapatillas, se califica por la sentencia de imprudencia temeraria del trabajador fallecido.

Según la STS de 6 de febrero de 2001, I.L. J 713, la reparación total de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un accidente de trabajo puede exigir la fijación de una indemnización a cargo de la empresa, además de la prestación que el trabajador debe percibir con cargo a la Seguridad Social y del recargo por falta de medidas de seguridad impuesto por aquélla. Ahora bien, cuando concurre culpa por ambas partes, debe entrar en juego el mecanismo de la compensación para acomodar la cuantía de la reparación al grado de culpabilidad, de modo que en tales casos el juzgador de instancia puede reducir o incluso rechazar la indemnización complementaria reclamada. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 829.

La STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2001, I.L. J 718, señala que la fecha que ha de tomarse para el cómputo del período de prescripción en el caso que exista una mejora voluntaria de la Seguridad Social es la fecha en que se declara la incapacidad permanente total, puesto que el actor únicamente podía reclamar la mejora convencional una vez que se hubiese declarado dicha incapacidad. Así pues, el día del inicio del cómputo de la prescripción debe ser el día en que la acción pudo ejercitarse.

C) Responsabilidad

En la **STS de 16 de enero de 2001**, I.L. J 19, en relación con las prestaciones derivadas de accidente laboral, sigue siendo válida la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios o, por el contrario, se trate de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar. Para el primer caso se impone la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora, y en el segundo caso a la empresa con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo).

La **STS de 17 de enero de 2001**, I.L. J 26, analiza la cuestión sobre si la exclusión de las prestaciones a tanto alzado del ámbito del reaseguro obligatorio ha de aplicarse o no a un accidente de trabajo producido antes de la entrada en vigor del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, cuando la incapacidad permanente parcial se reconoció vigente después de dicha norma. Según la Sentencia, debe estarse a la fecha del accidente, porque éste es el riesgo asegurado. Y lo mismo sucede en relación con el reaseguro, pues si éste existía en la fecha del accidente con un determinado contenido, la Entidad que asume el reaseguro debe cubrir por este concepto todas las consecuencias que se derivan del accidente, con independencia de que los accidentes posteriores a la fecha de entrada en vigor del RD 1993/1995 (el 1 de enero de 1996) quedaran excluidos de esa cobertura en lo que al reaseguro se refiere. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 18 de enero de 2001**, I.L. J 27 y la **STSJ de Asturias de 2 de febrero de 2001**, I.L. J 287.

D) Recargo de prestaciones

Según la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2001**, I.L. J 163, el accidente de un trabajador es imputable a la empresa por falta de medidas de seguridad exigibles a ella, y que ha permitido el trabajo sin evitar unos riesgos perfectamente suprimibles, conclusión que no varía a pesar de que el trabajador se personase en el centro de trabajo bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Según la **STSJ de Galicia de 22 de enero de 2001**, I.L. J 150, hay que aplicar a la empresa el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad, puesto que resulta acreditado que el accidente ocurrió en el momento en que el demandante y otro trabajador se encontraban realizando tareas en una nave de reparación, sin que la empresa hubiese instalado el andamio de forma estable. Por otra parte, la responsabilidad que regula el art. 123 LGSS es independiente y compatible con la de todo orden jurisdiccional, incluso penal, que pueda derivarse de la infracción.

Según la **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2001**, I.L. J 679, del comportamiento empresarial concurren los presupuestos para imponer el recargo por falta de adopción de medidas de seguridad, pues en los carros de herramientas hay gafas de protección a disposición de los trabajadores, pero la empresa no obliga a ponerlas. De ello se deduce que el

accidente se habría evitado o aminorado si el empresario hubiera dado cumplimiento al deber establecido en el art. 14 de la Ley de Riesgos Laborales, no exonerándole el hecho de que el trabajador tampoco haya cumplido su deber, por cuanto la conducta de éste en ningún caso hubiese roto el nexo causal entre el incumplimiento patronal y el accidente.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

A) Recargo de prestaciones

Estimación de recargo por falta de medidas de seguridad. Falta de instrucción y capacitación del trabajador en el desempeño de tareas de gruista. El TSJ estima que existe infracción de las medidas de seguridad e higiene que conducen a exigir el recargo de las prestaciones a la empresa implicada. En el supuesto se constata de los hechos que el trabajador sufrió un accidente al maniobrar una grúa, habiendo recibido ese día la orden del encargado de la obra de realizar tal función, no siendo gruista habitual ni teniendo la cualificación ni la formación adecuada. Entiende el Tribunal que se ha infringido la normativa de seguridad e higiene dado que la causa del accidente fue la falta de instrucción profesional por el trabajador, instrucción que es necesaria para desempeñar tales tareas. **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de enero de 2001, I.L. J 104.**

Compatibilidad de la responsabilidad penal con la imposición del recargo. En el supuesto, la empresa y el técnico de la obra habían sido declarados autores de faltas de imprudencia grave y debían satisfacer al interesado una indemnización. El TSJ, en aplicación del art. 123.3 LGSS, entiende que la responsabilidad del recargo de prestaciones es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal. **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001, I.L. J 167.**

Responsabilidad solidaria del empresario principal, contratista y subcontratista en materia de recargo de prestaciones. La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de enero de 2001, I.L. J 103**, acoge la doctrina sentada por el Supremo en la Sentencia de 5 de mayo de 1999 para determinar en qué supuestos la responsabilidad solidaria es extensible también a la empresa principal y la contratista en caso de subcontrata a efectos del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad. En el caso enjuiciado, el trabajador que trabajaba para una subcontratista en unas obras de construcción sufrió un accidente de trabajo en las obras adjudicadas a la contratista. A tenor del Tribunal, la extensión de la responsabilidad está presidida por dos elementos: que se trate de la misma actividad y que tal evento producido en la actividad que realiza el subcontratista se ocasiona en centro de trabajo de la empresa principal. La correspondencia en la actividad de las dos empresas es clara dado que ambas se dedican a la actividad de construcción y también se concluye que el accidente se produjo en el centro de trabajo de la contratista ya que el lugar donde se desarrollaban las obras de construcción es equiparable al cen-

tro de trabajo. En consecuencia, responde solidariamente del recargo la empresa contratista junto a la empleadora que tenía la condición de subcontratista.

B) Responsabilidad empresarial

En esta crónica de jurisprudencia muchas sentencias se ocupan de determinar la responsabilidad empresarial en el supuesto de incumplimiento de cotizar. La mayoría de las sentencias se ocupan de determinar si existe un incumplimiento total y suficiente grave en su obligación de ingresar cotizaciones de manera que el empresario sea responsable último del pago de las prestaciones. Se reitera una y otra vez la necesidad de distinguir entre incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios; o bien rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar para, en el primer caso, imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS. **SSTS de 5 de febrero de 2001, I.L. J 208, 12 de febrero de 2001, I.L. J 224, 19 de febrero de 2001, I.L. J 238, 5 de marzo de 2001, I.L. J 461, y 20 de marzo de 2001, I.L. J 500. STSJ de 21 de marzo de 2001, I.L. J 507 y SSTS de 24 de marzo de 2001, I.L. J 515, y 5 de abril de 2001, I.L. J 748.** Por otra parte no se tienen en cuenta para determinar la entidad del incumplimiento las cotizaciones posteriores al hecho causante. **STS de 22 de febrero de 2001, I.L. J 246.**

Indemnización de daños y perjuicios en caso de accidente de trabajo. De la indemnización no se detrae el recargo de la infracción de medidas de seguridad pues ambas son de distinta naturaleza y responden a fines distintos. En el caso planteado se produjo un accidente laboral con resultado de fallecimiento y se impuso a la empresa empleadora un recargo del 50 por ciento por infracción de las medidas de seguridad e higiene. La Compañía recurrente había suscrito una póliza que cubría los accidentes de trabajo. Los causahabientes del fallecido presentaron demanda de reclamación de indemnización al amparo del art. 1902 CC solicitando a la empresa abonar a la actora la cantidad de 25 millones de pesetas. La sentencia de instancia condenó a la empresa y a la aseguradora a indemnizar a los causahabientes en la cantidad de 6.731.814 pesetas por entender que los daños sufridos valorados en 15.000.000 de pesetas, ya habían sido parcialmente compensados con el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Recurrida en suplicación, se revocó la sentencia de instancia y se condenó al pago íntegro de los quince millones. El TS adopta la doctrina expuesta en la STS de 2 de octubre de 2000 y entiende que esta segunda sentencia ha aplicado la doctrina correcta. Parte el Tribunal de la distinta naturaleza que tiene el recargo respecto de la indemnización ya que el recargo tiene una finalidad sancionatoria ante una infracción empresarial de las medidas de seguridad e higiene. El recargo se fija no en atención al daño causado sino de la entidad del incumplimiento efectuado. A pesar de que tanto en la indemnización como en el recargo resulta beneficiado el perjudicado o sus causahabientes, la indemnización carece del elemento público sancionatorio que tiene el recargo, dado que éste se impone por la Entidad gestora en vía administrativa sin que medie un litigio entre particulares. Por tanto, ambas responsabilidades no pueden compensarse una con la otra. **STS de 14 de febrero de 2001, I.L. J 231.**

Indemnización por daños y perjuicios con ocasión de accidente de trabajo. La obligación de indemnización no es consecuencia necesaria de un incumplimiento del empleador sino que es preciso demostrar el perjuicio. El trabajador sufrió en septiembre de 1997 un accidente de trabajo motivado por la infracción de las normas de seguridad e higiene. Como resultado de las lesiones se le declaró una incapacidad permanente parcial. Durante la situación de incapacidad temporal el trabajador percibió un complemento a la prestación de Seguridad Social a cargo de la empresa hasta el 100 por ciento del salario en el momento de accidente. En el año 1998, el trabajador se jubiló. La empresa un mes más tarde del accidente concertó con una Compañía de seguros una póliza de responsabilidad civil. La sentencia de instancia estima la pretensión del actor para percibir indemnización por incumplimiento de obligación contractual. El TSJ constata que la indemnización pretendida por el trabajador integra los siguientes conceptos: indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, indemnización por incapacidad permanente parcial, indemnización por el período de incapacidad temporal y factor corrector de los perjuicios económicos de incapacidad temporal. El TSJ entiende que para determinar responsabilidad civil se hace necesario que los perjuicios causales excedan los previstos legalmente. En el supuesto planteado, el trabajador no hace referencia a posibles daños morales o bien a la inhabilidad que le han podido causar tales secuelas en el ámbito social, familiar o de la vida cotidiana. Tomando como referencia la STS de 14 de marzo de 1995, el TSJ argumenta que tal responsabilidad es inexistente dado que la obligación de indemnización no es consecuencia necesaria de un incumplimiento del empleador sino que es preciso demostrar el perjuicio. **STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2001, I.L. J 399.**

C) Responsabilidad de Mutuas

Responsabilidades entre Mutuas en supuestos de recaídas. Pretensión de una de las Mutuas de que se declare únicamente responsable en el pago de la prestación de lesiones permanentes no invalidantes a la Mutua que aseguraba al trabajador en el momento que ocurrió el accidente. La recurrente entiende que la recaída posterior no es más que una secuela provocada por el accidente. El TSJ entiende, por el contrario, de los hechos que el trabajador se había curado tras el accidente sin secuelas si bien con posterioridad tras una recaída después del tratamiento médico adecuado le restan secuelas permanentes invalidantes. Por tanto, si bien existió un siniestro inicial del que este daño viene a ser una consecuencia, no cabe olvidar que este resultado se ha activado bajo la vigencia del aseguramiento tras una recaída en las dolencias. La responsabilidad se debe compartir, en consecuencia, entre ambas aseguradoras. **STSJ de Galicia de 11 de enero de 2001, I.L. J 145.**

Anticipo de las prestaciones por la Mutua en aplicación del principio de automaticidad en supuesto de responsabilidad empresarial. Quien satisface la prestación, en este caso la Mutua, se subroga en los derechos y acciones del beneficiario. Ante la insolvencia del empresario, la Mutua está legitimada a reclamar responsabilidad subsidiaria al INSS,

ostentando aquélla los mismos derechos y acciones que tendría el beneficiario. STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de enero de 2001, I.L. J 101.

10. ASISTENCIA SANITARIA.

A) Urgencia vital

Según la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2001, I.L. J 126, no concurren en el supuesto litigioso las notas que configuran el requisito de la urgencia vital y que determinan el reintegro de gastos médicos, puesto que el actor acudió a la sanidad privada voluntariamente sin que existiera motivo para rechazar la sanidad pública.

La STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2001, I.L. J 136, señala que no concurre el requisito de urgencia vital que determina el reintegro de gastos médicos ocasionados por la prestación de servicios médicos ajenos a la Seguridad Social en la medida en que no existió un peligro inminente para la vida, ya que no toda urgencia es de carácter vital, sino solamente aquella en que está en riesgo la vida del afectado.

La STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2001, I.L. J 634, establece que no cabe el reintegro de gastos médicos, al no concurrir el supuesto de urgencia vital, en aquel caso en que el paciente inicia la asistencia sanitaria por un aneurisma cerebral en la medicina pública, y de manera voluntaria, a los veinte minutos de la llegada, y sin ser examinada, abandona la clínica para ingresar en el centro privado dos horas después. En tal caso no se agotó la alternativa pública antes de decidir el internamiento en otro centro acreditado. Si bien es cierto que el inicio de la asistencia se vio afectado por una demora bastante larga, ello no justifica la derivación a la medicina privada.

La STSJ de 6 de marzo de 2001, I.L. J 597, señala que cabe estimar el reintegro de gastos médicos incluso durante el preoperatorio, si una mayor dilación (se trataba de un trasplante de hígado), no sólo comprometía la salud sino también la vida del paciente. Ya que para apreciar la urgencia vital no basta sólo con la existencia de un riesgo inminente en el sentido médico, sino que esta situación objetiva imposibilite la utilización de los servicios de la Seguridad Social.

Según la STSJ de 23 de febrero de 2001, I.L. J 292, no cabe apreciar urgencia vital y por tanto el reintegro de gastos médicos, en los casos en que la paciente decide no esperar los cinco días exigidos por el centro hospitalario público, para practicar una interrupción voluntaria del embarazo por malformación del feto. En tal caso no existió denegación injustificada de asistencia sanitaria, y ni siquiera la asistencia a la clínica privada fue notificada al organismo competente.

B) Asistencia sanitaria complementaria

En la STS de 27 de marzo de 2001, I.L. J 525, se discute el alcance de la prestación de asistencia sanitaria complementaria consistente en el suministro de silla de ruedas eléc-

trica. Se trata de determinar si la lista de dolencias fijada normativamente es una lista cerrada, o si pueden considerarse también acreedores al suministro de la misma otros pacientes con limitaciones funcionales del aparato locomotor de efectos o secuelas equivalentes. Y la sentencia entiende que sí cabe extenderla por analogía, en tales casos.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

En la **STS de 12 de enero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 10, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se discute en qué momento se producen los efectos de la extinción de la prestación por incapacidad temporal, si en la fecha en que se dicta por el INSS la resolución que declara que se deniega al actor la prestación por incapacidad permanente o bien en la fecha en que la misma se notifica al solicitante. Y entiende que la solución adecuada es la primera, como así ha sentado la jurisprudencia dictada por la Sala.

Según la **STSJ de Aragón de 18 de enero de 2001**, I.L. J 55, la prestación de incapacidad temporal debe prolongarse en aquellos casos en que el paciente, con posterioridad al alta médica, sigue recibiendo tratamiento a fin de conseguir una adecuada rehabilitación, y entiende el Tribunal que en tales casos sí debe prolongarse.

La **STSJ de Baleares de 26 de enero de 2001**, I.L. J 75, señala que es causa de rescisión contractual por voluntad del trabajador, el retraso en el abono de salarios o de la prestación por incapacidad temporal, siempre que sea un retraso grave y continuado. Y por lo que respecta a la prestación de incapacidad temporal, el retraso de su abono por el empresario es causa de rescisión del contrato por asimilación al pago de los salarios.

La **STSJ de Castilla y León de 8 de enero de 2001**, I.L. J 105, establece que para la existencia de la situación de incapacidad temporal, es preciso que el trabajador precise asistencia sanitaria y se encuentre incapacitado para el trabajo, circunstancias legales que no concurren en el caso concreto.

Según la **STSJ de Murcia de 8 de enero de 2001**, I.L. J 181, la situación de incapacidad temporal durante las vacaciones no altera la duración de éstas, y por tanto, una vez pactado colectivamente las fechas de disfrute de las vacaciones anuales, tal acuerdo resulta vinculante para ambas partes, ninguna de las cuales puede modificar el período previamente concertado, ni obligar a la otra a alterarlo, no siendo legítimamente exigible un nuevo señalamiento individual para quienes no hubieran podido disfrutarlas en la época fijada por causa de enfermedad, accidente o maternidad. En términos similares, la **STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2001**, I.L. J 200, señala que de coincidir los días de descanso con una situación de incapacidad temporal, se subsume ésta en los períodos de descanso.

IX. Seguridad Social

La **STSJ del País Vasco de 9 de enero de 2001**, I.L. J 191, señala que la prestación por incapacidad temporal se extingue, entre otras causas, por haberse superado el período máximo, declarándose que el trabajador no se encuentra afecto de invalidez permanente.

Según la **STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2001**, I.L. J 204, es causa de despido la demora en la reincorporación del paciente a su puesto de trabajo tras la extinción de la incapacidad temporal. Sin embargo, no es constitutivo de despido una demora de 7 días en la reincorporación al trabajo tras ser dado de alta en la situación de incapacidad temporal (STS de 29 de marzo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 532).

Igualmente y tal y como dispone la **STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2001**, I.L. J 362, cabe calificar de despido disciplinario procedente la colaboración del trabajador con la esposa en el negocio de restaurante que regenta ésta durante la situación de baja del actor y ello porque si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que viene obligado contractualmente, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la Seguridad Social, y en su caso por la empresa. En idénticos términos se pronuncia la STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2001, I.L. J 420.

La **STSJ de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 271, establece que tras la opción empresarial, la Mutua está obligada a hacerse cargo de las prestaciones económicas de incapacidad temporal por contingencia común, de todos los trabajadores de la empresa, aunque la baja sea de fecha anterior a la opción. Según la sentencia, atribuir el pago del subsidio al INSS, cuando ya la Mutua ha asumido la gestión, produciría un evidente efecto desincentivador para esta última.

En la **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 442, se señala que de encontrarse el trabajador en una situación de pluriempleo, con dos relaciones contractuales diferentes, no cabe extender los efectos de la baja por incapacidad temporal de una relación a la otra que no provoca dichas dolencias.

La **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 443, establece que de prestarse servicios en dos empresas, para el cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal, habrá que tener en cuenta la suma de las bases de cotización correspondientes a los servicios prestados por cuenta de las dos empresas.

La **STS de 20 de marzo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 503, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, establece la responsabilidad de la empresa en el pago de la prestación de incapacidad temporal, en aquellos casos en que se hubiera producido infracotización, y todo ello sin perjuicio del anticipo de la prestación a cargo del INSS.

La **STS de 21 de marzo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 507, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, declara la responsabilidad directa de la empresa por un descubierto de más de dos años, y subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la prestación de incapacidad temporal. Según la sentencia, no estamos ante

incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, sino, por el contrario, se trata de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar.

La **STSJ de Aragón de 6 de marzo de 2001**, I.L. J 577, establece la responsabilidad solidaria de la Mutua patronal y de la empresa en el abono de las prestaciones de incapacidad temporal, sin que pueda la Mutua escudarse en el incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones de colaboración voluntaria ni en el artificio de compensar el importe reclamado con las cotizaciones adeudadas por la misma.

B) La incapacidad temporal en los regímenes especiales

La **STS de 15 de enero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 11, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, establece que en el régimen especial agrario, cabe estimar una situación de incapacidad temporal, incluso cuando ésta se inicia antes de agotar el subsidio por maternidad que el paciente venía percibiendo. Pese a que nunca, desde la situación de maternidad subsidiada, pueden prestarse servicios por cuenta ajena, como indica la normativa, cabe hacer una interpretación integradora de la misma, con el fin de respetar el espíritu de trato igual a los beneficiarios de ambos sistemas de protección.

Según la **STSJ de Cantabria de 10 de enero de 2001**, I.L. J 80, en el Régimen especial agrario, pese a que constituye un requisito imprescindible el estar al corriente en el pago de las cuotas en el día del hecho causante, para causar derecho al subsidio por incapacidad temporal, sin que exista previsión alguna de plazo de gracia, tal regla no opera cuando la falta de abono se debió a un error a la entidad financiera encargada del pago. Por este motivo, y como señala la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2001**, I.L. J 318, cabe desestimar la prestación de incapacidad temporal si el trabajador, afiliado al régimen especial agrario, se hallaba al descubierto en el pago de cuotas, de modo que la efectividad de éstas fuera de plazo no subsana el defecto indicado.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2001**, I.L. J 95, se discute la fecha del hecho causante de la prestación para poder establecer si en dicha fecha el actor (trabajador autónomo) reúne las condiciones y requisitos para poder acceder a la prestación por incapacidad temporal. Según la normativa a aplicar, solamente las enfermedades de la misma naturaleza producen en sus sucesivas recaídas la acumulación de los períodos correspondientes, siempre que la actividad laboral desarrollada entre uno y otro no sea superior a 6 meses. De superarse dicho parámetro temporal, no puede entenderse que exista recaída, y por tanto se abre un nuevo proceso de incapacidad temporal. En el supuesto analizado, no transcurrió dicho período de 6 meses, por lo que es a la fecha inicial de la baja cuando han de reunirse los requisitos de afiliación, alta y cotización, y al no concurrir éstos, el actor carece de derecho a la prestación.

La **STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 2001**, I.L. J 366, señala que en el régimen especial agrario, para poder devengar la prestación económica de incapacidad temporal, es

- IX. Seguridad Social -

preciso encontrarse al corriente en el pago de cuotas al inicio de dicha situación. Y aunque el trabajador puede llegar a un acuerdo sobre aplazamiento de pago de cuotas con la Tesorería General de la Seguridad Social con anterioridad al inicio de la situación de incapacidad temporal, dicho aplazamiento no afectaba a la totalidad de la cotización adeudada.

En la **STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 401, el Tribunal desestima la pretensión de la actora de obtener el subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común, ya que la actora, al momento de solicitar el subsidio de incapacidad temporal por el Régimen especial de trabajadores autónomos, se encontraba de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, lo que impedía el reconocimiento de la prestación solicitada.

12. MATERNIDAD

La **STSJ de Castilla y León de 30 de enero de 2001**, I.L. J 113, examina la suspensión del contrato de trabajo, prevista en el art. 48 ET, y subsiguiente devengo de la prestación prevista en la LGSS para los supuestos de adopción o acogimiento familiar queda limitada a los supuestos de acogimiento tanto permanente como preadoptivo de menores de 6 años. Tanto el acogimiento preadoptivo como el permanente, si la decisión administrativa no cuenta con el asentimiento expreso de los padres o tutor, y en tanto no sea aprobada la situación por el Juez competente no genera sino una situación de provisionalidad, que por su condición legal de mera propuesta por la Administración que puede o no ser aceptada por el Juez supone una situación transitoria de forma análoga al acogimiento simple insuficiente para que se deriven de ella, los efectos previstos por el art. 48 ET, antes mencionados. El efecto constitutivo de la aprobación judicial es el que permite causar derecho a la prestación.

En la **STSJ de Cataluña de 1 de noviembre de febrero de 2001**, I.L. J 382, la trabajadora recurrente habría podido cumplir el requisito de cotización exigido para poder ser beneficiario de una prestación económica por maternidad de 1.800 días en los últimos cinco años, si la empresa hubiese cumplido sus obligaciones de afiliar, dar de alta y cotizar por lo que la empresa debe ser condenada al pago de la prestación económica por maternidad al tratarse de un incumplimiento empresarial que tiene trascendencia sobre la prestación controvertida. De acuerdo con lo previsto en los arts. 94 a 96 LGSS al tratarse de una trabajadora que estaba en alta en el momento del hecho causante corresponde al INSS el anticipo de la prestación.

El art. 124.1 LGSS como requisito general de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social exige que el beneficiario se encuentre en una situación de alta o asimilación al alta. Según la **STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 404, para poder ser beneficiario de la prestación por maternidad se exige el requisito de alta a asimilación al alta pero debe entenderse que la situación de incapacidad temporal por enfermedad común, que precede a la maternidad, sin derecho a prestaciones económicas por no preveerlo la

modalidad contractual de trabajo a tiempo parcial ha de ser interpretada como equivalente al alta.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Tras afiliarse al RETA, y no pagar absolutamente ninguna cotización durante casi tres años pese a ser requerido a ello, parece que la solicitud de una prestación por contingencias comunes estaría abocada al fracaso. Sin embargo, en el caso enjuiciado en la **STS de 16 de enero de 2001**, I.L. J 17, había un elemento importante que permite al Tribunal reconocer a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad: con anterioridad a su afiliación al Régimen Especial, el causante había cotizado varios años al Régimen General, por lo que el Tribunal ordena computar éstas en base al “principio de unidad de caja en la gestión y administración de la Seguridad Social, que proclama el artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social” (sin mención alguna al cómputo recíproco de cotizaciones). Como a partir del RD 9/1991, de 11 de enero, las prestaciones por muerte y supervivencia en el RETA se conceden en iguales términos que en el Régimen General, ello supone que debe exigirse únicamente el período de carencia previsto en este régimen común: 500 días dentro de los últimos cinco años, y no el más largo previsto en la normativa del RETA de 60 meses en los últimos diez años, período que –computando las referidas cotizaciones al Régimen General– el causante cumplía sobradamente.

En la **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001**, I.L. J 166, se examina el caso de un subagente de seguros al que la Inspección de trabajo levantó diversas actas de liquidación e infracción por falta de afiliación y cotización al RETA. En el aspecto sancionador y recaudatorio tales actas fueron anuladas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo; sin embargo, la Sala de lo Social comparte el criterio de la entidad gestora y considera que el subagente debió estar afiliado al RETA ya que no comparte el criterio por el que fueron anuladas las citadas actas de liquidación: diferenciar entre comisiones de cartera y comisiones de producción, para estimar que únicamente respecto a las segundas debe estarse para determinar si la actividad del subagente le proporciona rentas superiores al SMI que indiquen la habitualidad exigida para encuadrarse en el RETA (aunque ello no es pacífico, como puede verse en el razonamiento contrario de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 604. Razonando que los hechos que figuran en las actas del Inspector de Trabajo no han sido atacados, por lo que gozan de la presunción de veracidad; considerando que toda retribución percibida por el interesado es fruto de su actividad, con independencia de que pueda percibirse de forma diferida; y apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciada en su Sentencia de 24 de octubre de 1997, que acepta el valor indiciario del importe de tales comisiones a los efectos de determinar la habitualidad de subagente, se concluye en la sentencia comentada que el interesado debió de estar afiliado al RETA; lo cual, en un episodio más de

IX. Seguridad Social

divergencia de criterios entre los distintos órdenes jurisdiccionales, tendrá únicamente eficacia de futuro, habida cuenta de la anulación ya referida de las liquidaciones correspondientes a períodos anteriores.

Al sobrevenir a un trabajador afiliado al RETA una enfermedad que le incapacitaba temporalmente para el trabajo, el interesado no reunía el requisito de los 180 días de carencia necesarios para lucrar una prestación por incapacidad temporal por lo que se abstuvo de solicitarla; inmediatamente procedió a abonar a la Tesorería las cuotas correspondientes a dos de los años atrasados, y a solicitar un aplazamiento —que le fue concedido— por el resto de lo adeudado. Tres meses más tarde del inicial diagnóstico, y tras haber regularizado su situación contributiva, obtuvo nueva baja médica y solicitó la prestación por incapacidad temporal que le fue denegada. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2001**, I.L. J 95, considera que el hecho causante es el inicial diagnóstico médico de enfermedad coronaria, basándose para ello en las normas sobre recaída de la prestación de incapacidad temporal que consideran idéntico proceso el que tiene igual diagnóstico no separado por más de seis meses de actividad. Parece —salvo lo que más adelante se dirá— que la argumentación de la sentencia comentada es sumamente discutible, ya que las normas sobre recaída se hallan promulgadas sólo a los efectos de valorar la duración máxima de los procesos de incapacidad temporal; el Tribunal Supremo, en la STS de 24 de noviembre de 1998, precisó que los requisitos deben exigirse en el momento en que el interesado solicite la prestación, ya que de lo contrario sería ir contra los principios de eficacia y utilidad de las prestaciones. Sin embargo, no puede afirmarse claramente que la sentencia comentada se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que existe un equívoco que sólo podrá ser resuelto si media el correspondiente recurso de unificación de doctrina: en los hechos probados se dice con claridad, en el cuarto ordinal, que el interesado no solicitó la prestación cuando le fue extendida la primera baja médica; por el contrario, en el último párrafo de la sentencia, y sin mediar modificación alguna de tales hechos probados, se afirma que sí existió una primera solicitud, que le fue denegada por no hallarse al corriente en el pago de la obligación de cotizar la carencia exigible a la fecha del hecho causante; siendo este hecho de forma dispar relatado absolutamente relevante para la decisión del caso.

De acuerdo con el artículo 132.1.b) LGSS la percepción de un subsidio por incapacidad temporal es incompatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena. En la **STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 401, el Tribunal estima que el hecho de que la trabajadora continúe en alta en el Régimen General al tiempo de solicitar en el RETA una prestación por incapacidad temporal es indicio de que se sigue realizando la actividad laboral que es causa de la afiliación en el Régimen General, debiendo ser la interesada la que, por estar en sus manos hacerlo, debía destruir tal presunción “bien por extinción de la relación laboral, bien porque se encontrara también de baja médica en el Régimen General y le fuera abonado el subsidio en pago delegado por la empresa”, por lo que estima correcta la denegación del subsidio solicitado en el RETA. Tal solución posiblemente sea correcta en el caso enjuiciado y en muchos más, pero suscita algunos interrogantes, ya que en los hechos probados no se realiza descripción alguna de las tareas que se realizaban respectivamente como trabajadora por cuenta ajena y por cuenta propia, no es posible descartar la posibilidad de que las dolencias

padecidas fuesen incompatibles con el trabajo que realizase por cuenta propia pero que no representasen un impedimento para sus tareas como trabajadora por cuenta ajena; en tal caso ciertamente la Ley exige que no se disfrute simultáneamente de la prestación y se realice un trabajo, pero el médico correspondiente no puede extender la baja correspondiente al Régimen General si una persona no se halla incapacitada para el trabajo, ya que no es causa suficiente para extender tal baja médica el deseo de percibir una prestación en otro régimen; ello supone que los medios de prueba que pudo aportar el interesado podían ser otros que la baja médica o la extinción de la relación, ya que el disfrute de las vacaciones, una licencia o permiso, o cualquier otra situación en la que el interesado no prestase servicios por cuenta ajena, serían compatibles con el subsidio por incapacidad temporal del RETA. Existiendo además tales posibilidades, y dado que, durante los períodos de inactividad, en el Régimen General deben asimismo efectuarse las cotizaciones correspondientes (art. 106 LGSS), es dudoso que pueda presumirse que el alta y la cotización equivalen a la existencia de actividad, y que deba en todo caso desplazarse la carga de probar la inactividad al sujeto afectado, alterando la norma general de que los hechos impeditivos (en este caso, la actividad incompatible) deben ser probados por quien los alegue.

Régimen Especial Agrario

La tendencia a la unidad entre los regímenes especiales y el Régimen General de la Seguridad Social que se expresa en el art. 10 LGSS no es sólo un mandato cronológicamente indeterminado sino que debe inspirar las interpretaciones jurisprudenciales. En base a esta tendencia al trato igual en la protección de los beneficiarios de ambos regímenes la **STS de 15 de enero de 2001**, I.L. J 11, resuelve conceder el derecho a causar una incapacidad temporal a quien no cumplía con el requisito de hallarse prestando servicios por cuenta ajena en el momento de producirse la contingencia, ya que la beneficiaria sufrió el accidente mientras se hallaba percibiendo el subsidio por maternidad, situación esta que es incompatible con la realización de todo trabajo. Para concluir que el cumplimiento del requisito de hallarse prestando servicios debe retrotraerse al momento en el que se inicia una situación protegida durante la cual no es posible trabajar, el Tribunal tiene en cuenta además que en la regulación prevista para el Régimen General, si la madre se halla incapacitada para el trabajo al finalizar el período de descanso por parto pasa a estar protegida por Incapacidad Temporal, percibiendo el subsidio sin solución de continuidad; por lo que idéntica solución debe darse en el caso enjuiciado para este Régimen Especial, rechazando la posibilidad de que un requisito de cumplimiento imposible por la interesada pueda ser obstáculo al percibo de la prestación, y enlazando así con la jurisprudencia que —en un iter inverso— ha reconocido la posibilidad de acceder a prestaciones por maternidad desde la situación de incapacidad temporal.

Para el cómputo de los días requeridos de carencia a los efectos de causar una prestación es sabido que no pueden computarse los períodos de cotización superpuestos, salvo que por superar éstos los 15 años, pudiese causarse pensión en dos regímenes distintos. Sin

embargo, en el caso enjuiciado en la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2001, I.L. J 156, la superposición de cotizaciones durante 2.680 días presentaba una peculiaridad llamativa: unas habían sido efectuadas en Venezuela y otras en España, habiendo servido las primeras para causar una pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social venezolana. Partiendo del lógico presupuesto que la persona interesada no pudo estar prestando servicios simultáneamente en ambos países, el Tribunal deduce que las cotizaciones en España no podían corresponder a un trabajo real y efectivo, y no pudo cumplirse con el requisito exigible para el encuadramiento en el REA de que la dedicación a las labores agrarias fuese habitual y como medio fundamental de vida, por lo que accede a la pretensión de la entidad gestora de que la interesada reintegre, por indebidas, las mensualidades que ya le habían sido abonadas. Únicamente se echa en falta en los hechos probados la mención a algún hecho que permita deducir que las cotizaciones que se pagaron sin corresponder a una efectiva prestación de servicios fueron las españolas y no las abonadas en Venezuela, en cuyo caso debería haber sido la entidad gestora de aquel país la que declarase la nulidad de la afiliación y de las cotizaciones efectuadas, solicitando el reintegro de las pensiones pagadas, si de acuerdo con sus normas legales ello fuese procedente; y si tal prueba no existiese —por ejemplo, por corresponder las cotizaciones a un convenio de cotización voluntaria— quiebra el razonamiento del Tribunal que pudo haberse limitado a excluir las cotizaciones superpuestas en virtud de lo ordenado en el artículo 161.5 LGSS, sin presumir un fraude en el encuadramiento en el REA español que no consta probado.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

En las relaciones laborales y de Seguridad Social referidas a trabajadores del mar existen una pluralidad de puntos de conexión que pueden determinar la legislación aplicable. En el artículo 14 del Reglamento CEE 1408/1971 se determina que en el caso de que se realice una actividad a bordo de un buque abanderado por un Estado miembro, y que el trabajador sea remunerado por una empresa o persona que tenga su domicilio en otro Estado miembro distinto del primero, en el que resida igualmente el trabajador, la legislación aplicable será la de este segundo Estado. Con base en ello, la entidad gestora española efectuó de oficio el alta en la Seguridad Social española a los trabajadores que trabajaban en un buque con bandera británica, que residían y eran pagados en España por un apoderado de la empresa propietaria del barco, inscribiendo como empresario responsable al apoderado que efectuaba dichos pagos. La STS de 15 de enero de 2001, I.L. J 12, rechaza que pueda considerarse como empresario a tal apoderado que realizaba materialmente los pagos, no con dinero propio o desde cuenta abierta a su nombre, sino desde las cuentas a nombre de la empresa británica propietaria del pesquero y correspondientes a la tesorería de tal sociedad; no siendo suficiente para otorgar la condición de empresario el hecho de que la persona que realice materialmente tales pagos disponga de amplios poderes para manipular los fondos depositados en tales cuentas. En efecto, la norma comunitaria se limita a determinar la legislación aplicable entre las distintas en presencia (domicilio de la empresa, pabellón del buque, domicilio del trabajador, puerto de amarre habitual, etc.), pero no transforma la relación de ajenidad existente convirtiendo en empresario a quien sea simple mandatario. Cuestión distinta —y que no se estima existente en este caso— sería que pudiera considerarse que se había interpues-

to ficticiamente al empresario, y que el domicilio de la empresa en Inglaterra fuera meramente aparente y destinada a eludir la aplicación de las normas españolas; en cuyo caso, el artículo 6.4 del Código Civil proporcionaría la solución adecuada para evitar la elusión fraudulenta.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

En la STSJ de Cataluña de 4 de enero de 2001, I.L. J 114, se plantea un supuesto en el que se demanda a la Mutua y a la empresa en la que el actor presta sus servicios, asumiendo la Mutua demandada la cobertura de dicha prestación. Ahora bien, aunque la cobertura de la prestación de incapacidad temporal, por contingencias comunes y profesionales, se lleve a cabo en el presente caso por la Mutua, el carácter público de los intereses a tutelar hace necesaria, en cualquier caso, la presencia en el juicio del INSS. En definitiva, la relación jurídico-procesal no se constituyó debidamente, pero tal defecto no debe determinar, como se hizo en la instancia, una sentencia desestimatoria de la demanda, con absolución de los demandados, dejando prejuzgado el fondo del asunto, sino la retroacción de las actuaciones para constituir adecuadamente dicha relación.

La STS de 7 de febrero de 2001, I.L. J 274, concluye que no existe contradicción ni interpretación errónea de la Ley, en los términos que interesa la recurrente (Tesorería General de la Seguridad Social). Por el contrario, dicha entidad gestora lo que pretende no es tanto rectificar la aplicación e interpretación de la norma que ha realizado el Tribunal de instancia, como alterar y sustituir la apreciación de los hechos probados. En este sentido, la STS de 15 de febrero de 1999 recuerda que el recurso en interés de ley no tiene como finalidad el permitir que las Administraciones Públicas, entidades o corporaciones legitimadas, lo utilicen cada vez que las sentencias pronunciadas en única instancia y no susceptibles de casación en cualquiera de las otras dos modalidades, no satisfagan sus pretensiones o estimen las de quienes recurran sus actuaciones.

Según la STSJ de Valencia de 23 de enero de 2001, I.L. J 325, la jurisdicción laboral no es la competente en el caso de que el actor solicite la retroacción de los efectos de la baja en el RETA (solicitada en su día) a la fecha de cese en la actividad por cuenta propia que realizaba. En el supuesto litigioso no se desprende que la pretensión de baja esté en relación con las prestaciones de Seguridad Social, sino que únicamente subsiste el aspecto de los efectos de la cotización, por lo que hay que concluir en la competencia del orden contencioso-administrativo.

IX. Seguridad Social

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de febrero de 2001**, I.L. J 369, analiza la cuestión sobre si el derecho a la justicia gratuita del que gozan las entidades gestoras de la Seguridad Social, y la subsiguiente exención del pago de costas –incluidos los honorarios del letrado de la parte contraria–, se limita solamente a las actuaciones anteriores a la ejecución de la sentencia o se extiende también a dicho trámite procesal. Según el TSJ de Andalucía, la gratuidad de la justicia, para los que tengan reconocida la misma, se extiende a todas las fases del proceso y, por lo tanto, también a la ejecución. Por tanto, únicamente en casos excepcionales que tuviesen su justificación en una actuación procesalmente abusiva por parte de los Entes Públicos, procede la posible condena en costas, sólo para el caso de que el órgano jurisdiccional no promoviera de oficio en un tiempo razonable las medidas para el cumplimiento de la sentencia.

Según la **STSJ de Cantabria de 26 de febrero de 2001**, I.L. J 310, la jurisdicción laboral no es competente para conocer del reconocimiento de un grado de minusvalía del 44 por ciento, sin haber solicitado ninguna pensión de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva o no contributiva. El supuesto analizado únicamente debate el grado de minusvalía de la actora, y las acciones referentes a este tipo de actuación administrativa sobre protección de los minusválidos han de ser ejercitadas ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

La **STS de 12 de marzo de 2001**, I.L. J 545, estima que deben distinguirse dos procedimientos. Uno previo, de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, a cargo del INSS (ente gestor) sometido al orden jurisdiccional social, y otro, conexo con el anterior, concatenado funcionalmente, que es el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación de los recursos de la Seguridad Social, sometido a Derecho Administrativo y llevado a cabo por la Administración Pública Estatal. Ambos procedimientos desembocan en actos definitivos *in suo ordine*, debiendo resaltarse que en el procedimiento recaudatorio no pueden plantearse cuestiones propias del primero. La vía procedente para decidir sobre la impugnación de la corporación municipal condenada es la vía de la ejecución de la sentencia de la Magistratura de Trabajo, siendo incompetente la jurisdicción contenciosa para decidir sobre la procedencia y cuantía de la liquidación debatida, puesto que estamos ante una prestación que ha sido decidida por un órgano de la jurisdicción social, en el que el acto de liquidación y recaudación del capital coste de renta queda subsumido dentro de la ejecución de la sentencia.

Según la **STS de 21 de marzo de 2001**, I.L. J 510, el INEM tiene indudablemente la condición de Entidad Gestora de la Seguridad Social (art. 226 LGSS). Por ello, el mero criterio del vencimiento en el recurso o puede servir de base para la imposición de costas a quien goza del beneficio de asistencia jurídica gratuita, como ocurre en este caso, por disposición expresa del art. 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Y ello aun cuando es cierto que en aquellos casos en que se aprecie temeridad o mala fe en el recurrente podría, aunque disfrute de aquel beneficio, ser condenado en costas. En esta misma línea, la **STS de 28 de marzo de 2001**, I.L. J 528, el Instituto Social de la Marina es una entidad gestora de la Seguridad Social que tiene asignada la gestión del Régimen General de los trabajadores del mar, en que su patrimonio y las obligaciones de pago que le incumben han sido asumidos por la TGSS. Tal como ya ha manifestado el Tribunal Supremo en

otras ocasiones, no puede condenarse en costas a las entidades gestoras de la Seguridad Social, pues gozan del beneficio de justicia gratuita, salvo en el caso de mala fe o temeridad notoria (art. 97.3 LPL).

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2001, I.L. J 609, plantea la recurrente la interpretación del art. 45 LGP, y, en concreto, la resolución judicial que marca el *dies a quo* para el cómputo de los tres meses a partir de los cuales comienza el devengo de los intereses para la Hacienda Pública y, por remisión, para la Administración demandada. Para el Tribunal, la resolución que marca el *dies a quo* para el cómputo del devengo de intereses, cuando el acreedor sea el ciudadano, será la dictada en primera instancia, de tal forma que si la Administración deja transcurrir el plazo de tres meses sin hacer efectivo el importe de la condena, los intereses devengados deberán calcularse desde la fecha de notificación de tal resolución. Por ello, si la entidad gestora sobrepasó en tres días el plazo de tres meses de favor previsto en el art. 45 LGP para resultar exonerada del pago de intereses, dicha exlimitación temporal debe llevar aparejado el pago de las mismas, si bien no desde la fecha de la sentencia de instancia, sino desde la notificación de la misma.

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 1 a 4 de 2001 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 863).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

B) Cuestiones generales

Ante las dudas surgidas, a nuestro juicio de forma incomprensible en atención al criterio *iura novit curia*, en la doctrina judicial de algún TSJ sobre la vigencia o no del régimen sancionador previsto en el derogado art. 30.2.2 de la LISOS, a tenor del cual se sancionará con la extinción de la prestación en disfrute la falta de comunicación, “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 se haya percibido indebidamente la prestación”, la jurisprudencia unificadora ha aclarado definitivamente la continuidad de este régimen sancionador en los arts. 25.3 y art.47.1.b) TRLISOS. Así, la **STS de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 469, concluye que, la Sala de duplicación del TSJ de Cantabria, en Sentencia 12 de mayo de 1999:

“incurrió en un error material, cuando afirma que el precepto concernido, en ese momento, el artículo 30.2.2, había sido suprimido y en consecuencia devenía no sancionable la conducta en el mismo descrita, con lo que se introducía una normativa sancionadora más favorable, a la que debía otorgarse carácter retroactivo. Cuando en realidad, lo ocurrido era que la norma persistía, aunque, quizá por razones de sistemática, en otro lugar del texto legal” (en el mismo sentido SSTs de 29 de noviembre de 2000 y 31 de marzo de 2001, en relación al mismo TSJ. También la STS de 27 de abril de 2001, I.L. J 820).

C) Nivel Contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Sin poder, ni deber, entrar ahora en el espinoso, enjundioso y contradictorio problema del régimen de seguridad social de los administradores societarios que carecen de participación en el capital, o que teniéndola no alcanza el 50 por ciento, pues ya ha sido suficientemente referido en números anteriores, aquí nos limitaremos a dejar constancia de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2001**, I.L. J 94 (para las presunciones de control efectivo contenidas en la ley vid. **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 559). En ella, al recoger la consolidada doctrina según la cual la inclusión en el RGSS de aquéllos no determina el acceso a las prestaciones por desempleo, “aun cuando haya

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cotizado al Régimen General por tal contingencia”, y contrastarla con la no menos reiterada, y legalmente recibida, jurisprudencia sobre la diferente solución respecto del “socio trabajador de una sociedad anónima laboral”, considerado, no obstante la insistencia obsesiva de la legislación de cooperativas en determinar el carácter estrictamente societario de su relación, como “trabajador por cuenta ajena a todos los efectos, incluido el de percepción de prestaciones por desempleo”, queda claramente reflejada no sólo la complejidad sino también la incoherencia de la ordenación de estas cuestiones, tanto en el plano laboral como de seguridad social. El casuismo reinante también en esta materia impediría fijar reglas generales y fijas (SSTS de 9 de marzo de 2001, I.L. J 473 y STS de 24 de abril de 2001, I.L. J 806).

Pese a la reiteración de sentencias en estos últimos años que resuelven en un mismo sentido positivo la cuestión relativa al derecho de los familiares a acceder a una prestación por desempleo contributiva, cuando la empresa propiedad de sus “parientes” y para la que trabajan asume una personalidad jurídica diferenciada, los TTSSJ parecen no querer aceptar de buen grado y sin más una doctrina que parece tan contradictoria tanto con la realidad práctica como con las exigencias de racionalidad del sistema público de protección social. De ahí que, una vez más en unificación de doctrina, el TS haya recordado recientemente la tesis, en verdad algo formalista, según la cual:

“cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de los “parientes del empresario”, a efectos de excluir determinadas personas de la condición de trabajadores por cuenta ajena (...) aún cuando se traspase o levántese el velo de esa persona jurídica y se tomase en consideración la realidad de las personas físicas que lo integran (...)” (STS de 17 de enero de 2001, I.L. J 24, que recoge la doctrina fijada, entre otras, en STS de 29 de mayo de 2000).

Recoge esta doctrina y la aplica, incluso constatando la relación de filiación con un socio-fundador con el 49,9 por ciento del capital, STSJ de Cantabria de 23 de enero de 2001, I.L. J 83). El carácter extremadamente casuístico y, por tanto, las enormes dificultades para encontrar una línea interpretativa suficientemente clara al respecto queda patente en la STS de 8 de febrero de 2001, I.L. J 220 (y en la STS de 26 de marzo de 2001, I.L. J 517). Sin embargo, sí es posible detectar una cierta incertidumbre e, incluso, una diversidad de opciones en orden a profundizar más en el análisis de las circunstancias realmente concurrente en orden a la actividad efectivamente realizada o, por el contrario, atender más bien a la apariencia de licitud generada por las formas jurídico-societarias creadas. Para una clara opción en favor de enfatizar la realización de una actividad en “un fondo económico familiar común (...) al margen de formalismos societarios tanto antes en el RETA como después en el Régimen General (...)” puede verse la STSJ de Aragón de 21 de marzo de 2001, I.L. J 580.

Por lo que respecta a la incidencia de la nota de ganancialidad del régimen económico matrimonial a los efectos de determinar la concurrencia o no de la ajenidad, la STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 805, asumiendo con carácter general que “la existencia de un régimen de gananciales no afecta a la dependencia en el marco de la relación laboral” y en virtud de las “reglas orgánicas de gestión” (art. 1384 CC) de esa comunidad de bienes limitada, concluye que:

“el poder de disposición sobre las acciones que dan la mayoría corresponde al cónyuge a cuyo nombre figuran y en este sentido sólo de éste sería predicable la situación de control (...) y en este sentido la existencia de ajeneidad debe valorarse, como hizo la sentencia de contraste, teniendo presente idealmente una asignación por cuotas de los bienes gananciales (...)”.

La discutida, y muy discutible, exclusión de la prestación por desempleo del personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero, en virtud del RD 2234/1981, de 20 de agosto, que determina su inclusión en el RGSS salvo en lo que respecta a esta prestación, ha sido recogida por la elaborada STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2001, I.L. J 559.

En ella se repite la jurisprudencia consolidada, aunque no plenamente convincente, del TS al respecto, para la cual la normativa sobre seguridad social no incluiría en la acción protectora de desempleo a este colectivo, ni antes de la aprobación de la LGSS de 1974 ni la posterior. Esta drástica solución se justificaría, para ambos Tribunales, en razones eminentemente pragmáticas, ligadas al equilibrio del sistema (razones de viabilidad económica) y a la inexistencia de una auténtica laguna de protección, por cuanto el principio de territorialidad que suele regir el ordenamiento de seguridad social determinará, por lo general, una protección prestada a través de normas externas a nuestro sistema e internas al país donde se presta la actividad habitualmente (SSTS de 12 de diciembre de 1996 y 7 de febrero de 1997).

b) Requisitos de acceso a la protección

A los efectos de desacreditar la existencia de una situación legal de desempleo, la Entidad Gestora, el INEM, no podrá esgrimir como fraude de ley:

“el simple hecho de cesar en una empresa (pesquera) con contrato indefinido para suscribir otro, año y medio después, con carácter temporal (carpintería) (...), máxime cuando en el caso de autos esos servicios fueron reales y la contratación respondió al ejercicio por el trabajador de su derecho a la libre elección de empleo, sin haberse apreciado por la sentencia de instancia la existencia de connivencia con la segunda empresa” (STSJ de Galicia de 19 de enero de 2001, I.L. J 148).

Ni es posible imponer al trabajador una carga de impugnación judicial de la extinción de un contrato con causa temporal o de duración determinada, aunque incierta dado el carácter de obra o servicio determinado del mismo, pues esta acción *ad cautelam* convertiría al trabajador en “garante del ordenamiento jurídico en materia de protección al desempleo”, pero esta suerte de relación cooperadora o de colaboración con la Entidad Gestora no viene exigida legalmente. La STS de 6 de marzo de 2001, I.L. J 466, dictada en unificación de doctrina, recoge la jurisprudencia ya unificada en este punto (STS de 7 de mayo de 1994), sin embargo la radicalidad y el carácter indiscriminado que asume esta interpretación extremadamente literalista, además de “autoprotectora” del propio

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

sistema judicial frente a una presumible “avalancha” de recursos, quizás merecería una más detenida reflexión para introducir mayores matices que los ya conocidos, esto es, la prueba fehaciente de que en la extinción ha existido “*connivencia para adquisición fraudulenta de prestaciones por desempleo*”.

Tampoco cabe perjudicar la situación legal de desempleo del trabajador cuando, la Entidad Gestora, no haya realizado una adecuada indagación en orden a determinar con precisión la concreta situación laboral del trabajador, como sucede si, una vez constatada la excedencia voluntaria del funcionario al evacuar las posiciones formuladas por el Abogado del Estado, no se amplía el interrogatorio de forma tal que comprendiese todos los datos necesarios. Así, se acepta que cuando el trabajador en excedencia voluntaria, sea laboral sea funcionarial, no obstante la diversidad de regímenes jurídicos, pierda el nuevo trabajo en contra de su voluntad, “*si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en el que ésta le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en la situación legal de desempleo*” (STS de 24 de marzo de 2001, u.d., I.L. J 514). Del mismo modo, las dudas existentes con respecto a la exclusión del demandante de la situación legal de desempleo no tienen que perjudicar, al menos de modo necesario y en todos los casos, al solicitante o demandante de la prestación, máxime si concurren “*especiales circunstancias*”, como la constatación tardía de tal situación y en prueba de confesión, pues en tales circunstancias:

“sostener que la afirmación del actor de ser funcionario excedente es razón bastante para entender que no se encuentra en situación legal de desempleo, implica situarlo en indefensión, pues en ese momento procesal ya no se podía acreditar ningún extremo o particularidad de la excedencia que fuese determinante de su inclusión en esa situación legal de desempleo”.

La eventual lesión de un derecho fundamental se convierte, así, en un argumento favorable al reconocimiento de la prestación. El TS, en vez de anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo esta eventual posibilidad de indefensión, según un principio de tutela procesal, adopta una regla favorable al reconocimiento, *in dubio pro beneficiario*, de la prestación. A la vista de estas observaciones, la doctrina aquí sentada presenta múltiples aspectos de interés, algunos polémicos, que si bien no cabe analizar aquí sí conviene poner de relieve las posibilidades de proyección en otras decisiones de los TTSSJ, aquí también comentados, en las que parece hacerse recaer los efectos negativos de las dudas sobre la existencia o no de los requisitos legales que dan acceso a la prestación —sea en su versión de “*subsidio contributivo*” sea en la de “*subsidio asistencial*”— sobre el beneficiario, en cuanto que a él incumbiría, conforme a la regla general de distribución de la carga de la prueba, acreditar la existencia de la situación que alega, en cuanto constitutivos de ésta (también para los efectos favorables de la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva para facilitar el acceso a un derecho en otro caso problemático, *vid.* STS de 29 de marzo de 2001, u.d., I.L. J 530; no se acepta esta argumentación, en orden a la posibilidad de fundamentar una interpretación flexible del plazo para solicitar Convenio Especial *ex art.* 95.2 LEGSS, por la STS de 8 de junio de 2000).

Sí se ha apreciado, en cambio, una situación de baja voluntaria, por tanto no constitutiva de una situación protegida, cuando despedido el trabajador por causas no objetivas:

“no se reclame en tiempo y forma contra la decisión empresarial, y tal es el supuesto contemplado en autos (...), ya que la voluntad contraria del despido o cese unilateral acordado por el empresario y con eficacia extintiva de la relación laboral –art. 40 K) LET– ha de manifestarse en la forma exigida legalmente, y ésta no se agota con el nuevo trámite preprocesal en la conciliación, sino con el ejercicio judicial de la pretensión en tiempo hábil –art. 59.3 LET–, cuyo agotamiento determina la extinción del derecho de impugnación, y por ende la ineficacia de la voluntad contraria al despido, cualquiera que fuere el medio a través del que se hubiera exteriorizado, efecto que se impone en términos radicales por el legislador, al configurar dicho término como caducidad (...)” (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de enero de 2001, I.L. J 112).

También se ha apreciado la improcedencia de la prestación cuando el trabajador, que disponía de un trabajo por tiempo indefinido, cesa en dicho puesto de trabajo voluntariamente sin que se aprecie causa razonable para ello, para inmediatamente después concertar un nuevo contrato temporal de corta duración en análogas o peores condiciones laborales. En estas circunstancias sí puede “colegirse aunque aquel cese voluntario seguido de la contratación temporal de corta duración no es más que una maniobra jurídica para acceder fraudulentamente al derecho a percibir las prestaciones por desempleo”. No obstante, por enésima vez, vuelve a llamarse la atención sobre la necesidad de estar al caso concreto, sopesando cuidadosamente los diversos elementos probatorios –por ejemplo coincidencia de representante legal en las respectivas empresas– para determinar si existe o no conducta fraudulenta, ya que el fraude nunca se presume (STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2001, I.L. J 612; en el mismo sentido, si bien ahora en la modalidad de pago único de la prestación, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 de marzo de 2001, I.L. J 647, que evidencia igualmente el carácter manifiestamente abusivo de la segunda contratación; también STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2001, I.L. J 643, por falta de impugnación de despido manifiestamente arbitrario –v.g. extinción por no superar el período de prueba cuando ya había estado contratada previamente en la empresa–). En todo caso debe recordarse el valor probatorio reconocido a las Actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los conocidos términos fijados hace tiempo por la STC 76/1980, y recordada recientemente, en el ámbito del derecho sancionador en materia de desempleo, por la STS, de 23 de abril de 2001, Sala Tercera, I.L. J 840.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

No obstante el esfuerzo de la STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 823 por presentar una doctrina uniforme e inequívoca en orden a determinar si, a tenor del art. 221.1 LGSS, cabe o no derivar una presunción iuris tantum de incompatibilidad a partir de la simple constancia del alta en el Impuesto de Actividades Económicas, lo cierto es que nos encontramos con una situación aún incierta. Así, la constatable tendencia de los últimos pronunciamientos –por ejemplo, STS de 11 de julio de 2000– a identificar esta presunción, con

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la consecuencia obvia de trasladar al beneficiario la carga de enervar dicha presunción mediante la oportuna prueba que justifique la subsistencia del derecho, no deja de contrastar con la contundente doctrina de la STS de 20 de marzo de 2000 en la que se devalúa este requisito formal, de efectos eminentemente fiscales pero no jurídico-sociales.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

Aunque son cada vez más los intentos, provenientes tanto del legislador cuanto de la doctrina, de recortar las singularidades del Sistema de Seguridad Social como ordenamiento autónomo, reconduciéndolo progresivamente hacia el Derecho Público Administrativo, tanto común cuanto especial, en particular en el Derecho Financiero y Tributario, los jueces “de lo social” se resisten a aceptar tal difuminación de sus perfiles particulares. De ahí que sigan gozando de aceptación jurisprudencial, a falta de una reforma legislativa, algunas interpretaciones consolidadas por el TS que evidencian alguna disfuncionalidad, otra más, en el sistema.

Así sucede, tal y como venimos recogiendo en estas páginas, con el acotamiento de un concepto estrictamente civilista y restrictivo del concepto de “rentas”, de modo que la situación económica real del beneficiario resulta indiferente para acceder a un subsidio pretendidamente asistencial, por cuanto que el umbral mínimo de renta va referido sólo a los “ingresos periódicos” o “renta” no al “patrimonio”, si bien sí se incluyen los rendimientos derivados del capital mobiliario, cuya delimitación temporal ha de hacerse, al no ser posible conocer su concreto importe hasta el final de cada ejercicio, en atención al ejercicio anterior, salvo que se acredite que han dejado de percibirse (SSTS de 23 de mayo de 1995, 13 de mayo de 1997). Aunque los supuestos en la realidad social actual son muy diferentes, lo que impone un método casuístico de interpretación, impidiendo una valoración crítica radical y definitiva sobre este cuerpo de doctrina y jurisprudencia, la regla general subyacente no deja de plantear significativos problemas [para diversas situaciones vid. STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2001, I.L. J 122, que excluye la consideración de los rendimientos producidos por la transmisión de capital mobiliario (acciones y otros títulos valores); STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001, I.L. J 169, en la que la actora poseía un capital mobiliario de 10 millones de pesetas, si bien la inversión del mismo generó en el año considerado pérdidas; STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2001, I.L. J 96, que acertadamente descarta la consideración como renta de ingresos obtenidos por la sustitución de un bien (inmueble) por otro (mueble)...]

En todo caso, parece existir una cierta evolución convergente en orden a un doble criterio. Por un lado, parece aceptarse mayoritariamente, aunque se encuentren matices importantes en las diferentes doctrinas judiciales de los TTSSJ, el concepto de indiferencia o irrelevancia del patrimonio monetario improductivo, por muy elevado que éste sea (por ejemplo, SSTSJ de Cantabria 24 de marzo de 1998 –constata un patrimonio de 32 millones de pesetas–, 16 de marzo de 2000 –considera los incrementos obtenidos

con los fondos de inversión como no computables al no presentar la condición de periódicos, pues su percepción es por una sola vez—. Por otro, encuentra igualmente una creciente y mayoritaria acogida el juicio de valoración de la inversión realizada conforme al parámetro de la “diligencia del buen padre de familia”, o prudencia del “pequeño inversor”.

No obstante, esta laxitud o flexibilidad interpretativa no llega hasta tales extremos de considerar rentas periódicas sólo las que tienen una frecuencia mensual, por cuanto también habrá de tenerse en cuenta la percepción de rentas eventuales o esporádicas de las que disponga la unidad familiar. Otra cosa es que, al objeto de evitar disfunciones e injusticias, el cómputo se hará en todo caso a través de una técnica de prorrateo anual, pues es una exigencia del principio de proporcionalidad, principio jurídico general de plasmación constitucional. La referencias legales al carácter mensual de la renta no permite una interpretación restrictiva, so pretexto del falso principio hermenéutico *in claris non fit interpretatio*, si bien esta suavización de los términos legales tanto sirve a los intereses de la Entidad Gestora, que persigue ajustar al máximo su acción protectora a la literalidad de la norma, cuanto a los propios de los beneficiarios, que consiguen evitar la pérdida completa de la percepción del subsidio por incrementos “irregulares” o eventuales de renta (**STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2001**, I.L. J 129, con cita de SSTS de 13 de mayo de 1997 y 27 de enero de 2000, esta última ya comentada en esta Revista).

No parece ser éste el criterio seguido, sin embargo, en la **STSJ de Aragón de 26 de febrero de 2001**, I.L. J 284, en la que se confirma la corrección de una sentencia de instancia que excluye del derecho al subsidio a una persona cuyos ingresos superaban el 75 por ciento del SMI como consecuencia de la percepción de “rentas irregulares” (acepta la necesidad de prorrateo por meses, lo que presupone el cómputo, la STSJ de Castilla y León, Burgos, 3 de abril de 2000, respecto al producto —plusvalía de venta— de los fondos de inversión). Esta doctrina, claramente contradictoria con la arriba comentada (excluyen también del cómputo las rentas irregulares doctrinas de suplicación como las contenidas en la STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2000, que sigue la línea de la STS de 31 de mayo de 1999, si bien ésta sobre la renta irregular procedente de la venta de un bien inmueble), lo que abre la vía del recurso de unificación de doctrina sin duda, se fija en torno a dos argumentos.

El primero, la “voluntad de legislador tributario”, en virtud de la cual se acepta la:

“más estricta concepción fiscal (...) de un incremento patrimonial irregular imputable a un ejercicio anual, que no consistió en un mero cambio teórico de valor sino que se tradujo en la disponibilidad de recursos económicos ciertos, concretados positivamente en dinero a disposición de la interesada que supera los límites legalmente previstos como de insuficiencia de recursos”.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

El segundo, por la conformidad de esta tesis restrictiva para el potencial beneficiario del derecho

“a la naturaleza y finalidad de la prestación cuestionada, que, como razona la STS de 1 de junio de 1995, aunque se halle en determinados aspectos sometida en su reconocimiento a algún requisito propio de la prestación contributiva..., reviste un innegable carácter asistencial, puesto que tiene por objeto cubrir las necesidades vitales de los trabajadores que se halle en los umbrales de la pobreza”

Una argumentada crítica de la identificación de la finalidad de este subsidio con la “manida expresión” de umbral de pobreza se recoge en la STSJ del País Vasco de 14 de julio de 2000 y, con mayor radicalidad, la ilustrativa, aunque discutible, STSJ Cantabria 24 de marzo de 1998. En todo caso, la jurisprudencia parece contar hoy, a falta de mayores concreciones legislativas, con una amplia, quizás excesiva, libertad para determinar el concepto de “capacidad económica de la persona” beneficiaria del derecho al subsidio asistencial de desempleo (vid. STS de 9 de abril de 2001, I.L. J 751).

Interesantes respecto a esta última consideración argumental, más en el plano de política del derecho que de técnica jurídica, son las consideraciones realizadas por la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001, I.L. J 423, en la que se recuerda la doctrina judicial que integra en el concepto de renta no sólo las realmente devengadas “sino las que razonablemente se pueden obtener”, trasladando al solicitante de la prestación la carga de acreditar que determinadas propiedades no son susceptibles de generar rentas periódicas, por mínimas que sean. El test de *razonabilidad* utilizado por esta doctrina judicial está cargado de significativas consecuencias, en la medida en que plantea delicados problemas en orden a determinar cuándo existe realmente disponibilidad de rentas aunque no se estén percibiendo material o efectivamente. Así sucede, por ejemplo, como ya se vio en comentarios anteriores, respecto de la diligencia económica de la inversión, tema respecto al cual se han seguido diferentes interpretaciones desde hace unos años (en favor de incluir el concepto de “rendimiento normal estimado”, al margen de la voluntad de su titular y del éxito efectivo de la inversión, vid. SsTSJ Madrid 15.4 y 21.9.1999; contra esta tesis rígida, más favorable a valorar el criterio económico de razonabilidad conforme al parámetro del resultado patrimonial obtenido realmente y no el eventualmente alcanzable con una inversión óptima vid. SsTTSSJ Cantabria, 24 de marzo de 1998, 29 de marzo de 1999, País Vasco 14 de julio de 2000, esta última muy interesante sobre los efectos de los fondos de inversión con resultado negativo).

Y así sucede también, ahora en relación a un criterio de diligencia jurídica, en relación al controvertido tema de los efectos respecto del subsidio por desempleo del reconocimiento de pensiones compensatorias o alimenticias en el ámbito de los procesos civiles de separación o divorcio, cuando tales pensiones no se pagan efectivamente. A estos efectos, una reiterada doctrina judicial de los TTSSJ considera que:

“el simple impago de la pensión derivada de un proceso de separación matrimonial no equivale a inexistencia de rentas, toda vez que, procediendo éstas de lo resuelto en sen-

tencia firme, puede acudir al órgano judicial competente para obtener la ejecución forzosa de la ejecutoria y obtener así la regularización del abono de la pensión”.

Sólo si tras esta actuación judicial no se obtuviese un resultado positivo podrá considerarse la inexistencia de rentas disponibles, consecuentemente:

“ el importe de la pensión reconocida judicialmente pero no abonada no debe computarse como ingreso a los efectos del art. 215.2 de la LGSS, si la interesada instó diligentemente el abono forzoso de aquélla, aunque sin resultado” (STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2001, I.L. J 380, que hace repaso de su doctrina).

No se sigue estrictamente, tampoco, aquel criterio de integración de lagunas del ordenamiento de la Seguridad Social conforme a conceptos de origen civilista en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de enero de 2001, I.L. J 110, que rechaza otorgar efectos determinantes a la figura de la “ganancialidad” para fijar la forma de computar los ingresos o rentas incluidos en el régimen económico matrimonial ordenado conforme a esta modalidad. Aunque parte de la falta de unidad de criterio, existiendo dos tesis opuestas, aquélla (a) que imputa la totalidad de las rentas gananciales al cónyuge solicitante del subsidio de desempleo, con fundamento en la disponibilidad legal que tiene sobre las mismas para solventar la subsistencia, que viene a cubrir el subsidio por desempleo, y aquélla (b) que considera existente una comunidad de bienes, lo que determinaría bien la necesidad de acreditar la procedencia o causa generadora de los ingresos (posición mayoritaria en las doctrinas de suplicación, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 1997, 12 de junio de 1998) bien, a falta de prueba del origen —o de presunción de igual participación ex art. 393 C.C. (SSTTSSJ de Andalucía, Granada, de 8 de julio de 1997; Castilla y León, Valladolid, de 16 de febrero de 1997)—, una imputación por mitad (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 3 de abril de 2000), así como de las ventajas e inconvenientes de una y otra tesis, la comentada doctrina de suplicación opta finalmente por la segunda, pues con ella se descarta otorgar relevancia a la ganancialidad o no de un bien, pues se haría depender el acceso o no a una prestación asistencial del régimen legal a que estuviesen sometidos los cónyuges. Por eso, concluye, conforme a su propia doctrina judicial reiterada en ocasiones precedentes en esta misma materia, que ha de estarse:

“a la teoría defensora de la procedencia o causa generadora de los ingresos y a falta de acreditación a la división por mitad, por basarse en bases más objetivas evitando discriminaciones según el régimen económico matrimonial (...)”.

La coordinación y perfeccionamiento de la doctrina fijada en las SSTS de 27 de febrero de 1997 y 8 de julio de 1998, en relación a la interpretación de ajuste que salve la contradicción existente entre la norma legal (inscripción como demandante de empleo durante el plazo de 1 mes ex art. 215.1 LGSS) y la reglamentaria (inscripción ininterrumpida desde la situación legal de desempleo hasta la solicitud), no está encontrando un seguimiento por igual en todos los TTSSJ. De ahí que recientemente, la STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 800, haya debido volver sobre el tema fijando la doctrina correcta,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

en la que se relativiza en extremo tal requisito, hasta prácticamente inaplicarlo, tal y como ya resulta de la precedente STS de 17 de abril de 2000, ya comentada en esta misma Revista. Pese a todo, la “rebeldía”, o cuando menos la inobservancia —pues no es desconocimiento— de esta doctrina legal, por parte de algunos TTSSJ continúa, como revela la STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de enero de 2001, I.L. J 846, que, aún reconociendo la existencia de esta interpretación flexible, considera lícito inducir o presumir la voluntad de o acceder al mercado de trabajo en atención sólo y exclusivamente del dato cuantitativo, lo que precisamente rechaza la doctrina del TS.

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

Frente a las tesis que sostienen que ha de computarse, a efectos de completar la carencia exigida, también los períodos de IT pago directo, para acceder a la jubilación y a la invalidez permanente, la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2001, I.L. J 127, rechaza tal posibilidad. Así, sostiene que no es posible computar tales períodos porque, de conformidad con el art. 94.2 LGSS, no constituyen “cotizaciones efectivamente realizadas”, pues:

“en el caso de pago directo por el INSS no se cotiza, y a los efectos de la jubilación se hace paréntesis, que se integra con bases mínimas a los efectos de la base reguladora, de manera que (...) la actora no tiene cotizados los días necesarios”.

d') Otros Subsidios especiales

Por lo que respecta a la modalidad de subsidio “contributivo” de desempleo contemplado en el art.216.2.b) LGSS, y ante la existencia de diferentes doctrinas dictadas en suplicación, incluso por un mismo Tribunal Superior, la STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 821, ha excluido de cualquier responsabilidad a la Entidad Gestora por el incumplimiento de su obligación de cotizar durante al menos 6 meses cuando, no obstante la previsión expresa del Convenio Colectivo, tal deber no “sea fáctica y jurídicamente posible. Así, según esta doctrina de unificación, no cabe aceptar que por la existencia de un convenio colectivo que impone en abstracto un deber de cotizar al empresario, en un supuesto en el que se ha acreditado que los trabajadores no trabajaron ni un solo día por tener el contrato suspendido debido a la mala situación económica de la empresa, quede vinculado el INEM en modo alguno, pues:

“la responsabilidad que los actores invocan de acuerdo con el principio de automaticidad —art. 220 LGSS— sólo puede quedar referida, de acuerdo con el principio de legalidad por el que se rige, a los supuestos de incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización entendiendo por tales las “obligaciones legales”, o sea, las obligaciones que derivan de las previsiones que en materia de cotización se contienen en los arts. 103 y ss. de la LGSS”.

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.

– Período de carencia específico.

En la **STS de 7 de marzo de 2001**, I.L. 1/2001, LN-55, ante la cuestión de determinar si quienes pertenecieron a la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) hasta que pasaron a situación de excedencia voluntaria y, desde esta situación, pretenden jubilarse con posterioridad al 1 de abril de 1993 fecha de integración de dicha Mutualidad en el Régimen General de la Seguridad Social, tienen que acreditar o no el período de carencia específica –o “cualificada”– que exige la Ley General de la Seguridad Social, se establece dicha obligación dado el sometimiento que legalmente se prevé de este colectivo al Régimen General de la Seguridad Social, sin que haya una razón que pudiera justificar un trato distinto y sin que pueda alegarse la aplicación de la situación anterior. Y ello en la medida en que cuando la MUNPAL se extinguió esa posibilidad no pasaba de ser una expectativa de futuro y teniendo en cuenta que la legislación aplicable en materia de Seguridad Social es la vigente en el momento de la producción del hecho causante.

– Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados.

Una cuestión reiteradamente planteada es la relativa 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. Concretamente la principal cuestión planteada es la relativa a si pueden considerarse cotizados, a efectos de percibir la pensión de jubilación, los períodos en los que los sacerdotes o religiosos anteriormente secularizados prestaron los citados servicios. La segunda cuestión en relación a esto mismo plantea si pueden considerarse cotizados, a los mismos efectos señalados, los períodos trabajados en el extranjero en tal condición religiosa.

La primera cuestión ha sido resuelta 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, considerando que la tardía incorporación del clero y de los miembros de las comunidades religiosas al régimen público de la Seguridad Social les ocasionó un grave perjuicio ya que al no serles permitido cotizar, por su falta de inclusión en el Sistema de Seguridad Social, o bien no podían reunir el período de carencia necesaria para el percibo de la pensión de jubilación o bien el por-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

centaje de la base reguladora de la misma que les correspondía sería inferior al que percibirían de haberse computado estos períodos. De esta forma, la **STSJ de Aragón de 30 de enero de 2001**, I.L. J 60, declara que deben computarse para los sacerdotes y religiosos/as secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el Sistema de Seguridad Social, incluyendo “todos los períodos que sean necesarios y que coincidan en el tiempo con el ejercicio del ministerio o de religión”, sin que este cómputo de carácter ficticio pueda ser limitado por referencia a la creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como fecha de inicio de dicho cómputo ficticio (en el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2001**, I.L. J 205, que aplica además el principio *in dubio pro operario o beneficiario* en el supuesto de que existieran dudas sobre la legislación aplicable).

Sin embargo, el criterio impuesto por el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, tiene un alcance más restrictivo al establecer que “en ningún caso el período “asimilado a cotizado” a reconocer a los secularizados en razón de su actividad religiosa, podrá ser anterior a la creación del Régimen Especial de Autónomos en el que se integraron” (**SSTS de 28 de febrero de 2001**, u.d. I.L. J 259; de **28 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 260; de **28 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 261; de **1 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 458; de **5 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 459; de **6 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 465, y de **2 de abril de 2001**, u.d., I.L. J 735). Considera el Tribunal Supremo que, si bien respecto al período asimilado a cotizado de estos colectivos legalmente se determina el *dies ad quem*, que coincide con la fecha de integración de los mismos en el sistema de Seguridad Social, nada se dice respecto al *dies a quo*; pero de ello “no cabe extraer también la conclusión de que la Ley 13/1996 pretenda, además, establecer para el colectivo de sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados, un nivel de protección para la jubilación superior al que se dispensa al resto de trabajadores que quedaron incluidos en el RETA desde el mismo momento de su creación y venían desarrollando ya su actividad en tiempo anterior” (**SSTS, ud, de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 260; **STS, de 28 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 261; de **1 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 458; de **5 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 459 y de **6 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 465). Por todo ello el Tribunal Supremo considera acertado el criterio del INSS de considerar como *dies a quo* del cómputo el 1 de enero de 1962, pues sólo a partir de esa fecha pudieron realizarse cotizaciones eficaces a la primera Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos (aunque ésta fuera la de la Alimentación). En conclusión, señala el Tribunal Supremo (**SSTS de 28 de febrero de 2001**, I.L. J 259 y de **28 de febrero de 2001**, I.L. J 261) que:

“es evidente que no son, en modo alguno, equiparables los períodos en que no fue posible cotizar porque el colectivo de pertenencia aún no había sido incluido en el sistema de Seguridad Social, pese a que éste ya existía —que son los únicos que la Ley autoriza a equiparar a cotizados—, y aquellos otros períodos en los que no fue posible cotizar, porque aún no había nacido el sistema en el que poder hacerlo”.

La otra cuestión controvertida en relación con el cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados es si son o no computables los períodos trabajados en el extranjero en tal condición religiosa. También ésta ha sido objeto de pronuncia-

mientos contradictorios. Así, la **STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2001**, I.L. J 205, considera que, “en ausencia de regulación, la ordenación del sistema de Seguridad Social, se inspira en el principio de territorialidad, pero el propio art. 7 LGSS que lo sienta permite su excepción admitiendo la posibilidad de que el Gobierno establezca medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España”, posibilidad que se ha hecho efectiva en algunos casos. Ello, junto a la aplicación del principio interpretativo “pro operario o pro beneficiario” lleva a este Tribunal a declarar que deben computarse esos períodos de actividad en el extranjero en tal condición religiosa. Interpretación que, sin embargo, no es compartida por la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001**, I.L. J 424, que, aplicando más rígidamente el principio de territorialidad contenido en la LGSS, considera que no son computables los períodos servidos en el extranjero en la realización de una actividad religiosa por los religiosos posteriormente secularizados.

b) Contenido de la prestación

a’) Base reguladora

– Determinación de la base reguladora.

La cuestión, siempre problemática y casuística, de la determinación de la base reguladora es objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales en el período que se reseña. Dentro de este casuismo, la jurisprudencia ha ido determinando que un complemento de cuantía fija mensual, denominado Horas Extras A, establecido en el Pacto Colectivo de Empresa, que perciben los conductores de la empresa por superar la jornada semanal pactada, y por el que cotizaba por la contingencia de horas extraordinarias, tiene efectivamente la naturaleza de horas extraordinarias por lo que no se integra dentro de la base reguladora de la pensión de jubilación (**STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2001**, I.L. J 650).

Cuestión más compleja, ya abordada en la crónica de jurisprudencia correspondiente al núm. 1 de la Revista *Justicia Laboral*, es la de la determinación de la base reguladora cuando se ha cotizado sucesivamente a la Seguridad Social española y a la de otro país comunitario. En la **STS de 30 de abril de 2001**, u.d., I.L. J 826, se mantiene la línea interpretativa seguida por este Tribunal a partir de la Sentencia de 9 de marzo de 1999, I.L. J 442, dictada en Sala General, una vez conocida la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 1998 resolviendo una cuestión prejudicial (aunque es de destacar el Voto Particular formulado en esta sentencia que mantiene un criterio discrepante). De acuerdo con esta línea interpretativa no se pueden tomar en consideración, a los efectos del cálculo de la pensión teórica española, las bases medias de cotización de los últimos años trabajados por el interesado en el extranjero.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

- Incrementos injustificados en las bases de cotización.

El Tribunal Supremo mantiene la doctrina ya sentada respecto al tratamiento de los incrementos injustificados en las bases de cotización que no tienen otra finalidad que la de conseguir una pensión superior a la que en realidad correspondería aplicando unos incrementos objetivamente razonables o normales. En este sentido, la **STS de 30 de enero de 2001**, u.d., I.L. J 50, mantiene la doctrina sentada en el sentido de extender el campo de reducción de las bases de cotización a todo el período en que se ha cometido el abuso y no limitado a dos años, considerando que “no se trata de ampliar el plazo legalmente previsto de dos años, sino de sancionar conductas fraudulentas y antisociales, no comprendidas en el espíritu de la norma”, ya que lo contrario supondría autorizar el fraude. Doctrina que es acogida también en la **STSJ de Cataluña de 8 de enero de 2001**, I.L. J 115.

b') Cuantía de la prestación

- Reintegro de prestaciones

En el período acotado en esta crónica siguen planteándose continuos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, en relación con un tema que da lugar a continuas sentencias contradictorias por parte de los Tribunales Superiores de Justicia (véanse las anteriores crónicas de jurisprudencia relativas a esta cuestión), reitera la doctrina de que el INSS está facultado para llevar a cabo de oficio la acomodación de la cuantía de la pensión que él abona a los límites máximos fijados en las leyes de presupuestos, pero ello no significa, de ningún modo, que dicha entidad gestora tenga idénticas facultades en lo que atañe al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por tal causa por el pensionista, ni siquiera en caso de incumplimiento de las obligaciones de los beneficiarios. Por el contrario, la entidad Gestora está obligada a formular ante los Tribunales de Justicia la pertinente demanda en solicitud de que se le devuelvan estas cantidades, siendo estos Tribunales quienes decidirán esta cuestión (**STS de 23 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 272).

c) Dinámica de la protección

- Fecha de efectos de la pensión de jubilación.

El derecho a la pensión de jubilación nace cuando se produce el hecho causante que será el día del cese en la actividad laboral cuando el trabajador está en alta, siendo la fecha de efectos el día siguiente al del hecho causante, y el día de la presentación de la solicitud en situaciones de carencia de alta y en las asimiladas a la de alta, surtiendo efectos entonces a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud. Ésta es la doctrina que se aplica en la **STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 703, en el supuesto de un trabajador que se encontraba en situación de no alta, por encontrarse percibiendo una prestación de incapacidad permanente total al tiempo de cumplir la edad de jubilación. Sin embargo, el pronunciamiento de la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2001**, I.L. J 120, rompe con esta regla al establecer como fecha de efectos de la pensión de jubila-

ción de un trabajador que en el momento de la solicitud de la misma se encontraba en situación de Incapacidad Temporal (y que solicitó la pensión de jubilación con fecha de efectos desde el día que cumplierse 64 años) la determinada por la voluntad del mismo en base al carácter voluntario de la jubilación. Así, frente a la decisión de la Entidad Gestora de establecer como fecha del hecho causante y de efectos de la pensión de jubilación el día siguiente al de la presentación de la solicitud, la citada sentencia considera que:

“en nuestro Ordenamiento Jurídico de la Seguridad Social, la jubilación –salvo supuestos excepcionales– tiene carácter voluntario, es por lo que la tramitación de un expediente de prestación por jubilación se inicia, exclusivamente, a instancia de parte, no pudiendo tramitarse de oficio por parte de la Entidad Gestora. De ahí que (...), aun presentada, todavía cabe la posibilidad de retractarse, por las razones que sean, de una inicial petición de pensión de jubilación, al ser prevalente la voluntad del presunto beneficiario”.

Consecuencia de ello, según la Sentencia, es que la fecha de efectos, cuando además, como en este caso, ha sido consignado expresamente en el impreso de solicitud, debe fijarse de acuerdo con la voluntad del beneficiario.

d) Derecho transitorio

Resulta interesante la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2001**, I.L. J 632, porque se plantea la cuestión de la eficacia de las cotizaciones anteriores a los 14 años a efectos de acreditar los 1.800 días exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez-SOVI. Si bien la jurisprudencia ha venido considerando que las cotizaciones efectuadas al subsidio de vejez, luego SOVI, con anterioridad a la edad de 16 años eran eficaces para las prestaciones SOVI, en el caso de cotizaciones anteriores a los 14 años, la citada Sentencia estima que este trabajo estaba expresamente prohibido por lo que se produce la nulidad de los efectos de tales trabajos y de las consiguientes cotizaciones, siendo por tanto un supuesto de nulidad radical, prevenida en el art. 6.3 del Código Civil. Consecuencia de todo ello es la no eficacia de estas cotizaciones a efectos de la pensión de vejez-SOVI.

e) Jubilación anticipada

En el ámbito del personal laboral de la Administración General del Estado, la jubilación anticipada a la edad de 64 años prevista en el Convenio Colectivo no constituye un derecho absoluto, “sino que tal jubilación está subordinada a que existan los necesarios créditos presupuestarios y que se den razones de urgencia y necesidad, requisitos estos que han de ser apreciados por la Administración Pública a quien afecta” (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de enero de 2001**, I.L. J 107).

Se reitera, en base a la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo, la validez de las cotizaciones efectuadas por el Instituto Nacional de Empleo, por jubilación, durante el período en que la demandante ha sido perceptora de subsidio por desempleo para mayores

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de 52 años a efectos de completar períodos carenciales (STSJ de Galicia de 31 de enero de 2001, I.L. J 157). De esta forma, como ha señalado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de marzo de 1997 en unificación de doctrina, las cotizaciones efectuadas por el INEM en estos casos son prestaciones comprendidas en el ámbito del Sistema español de Seguridad Social y tienen plena validez y eficacia respecto a la obtención de la correspondiente pensión de jubilación. Igualmente a efectos de completar los períodos carenciales exigidos por el Reglamento Comunitario para la obtención de la jubilación anticipada.

La STSJ de Madrid de 30 de enero de 2001, I.L. J 179, reconoce el derecho a la jubilación anticipada aunque el trabajador no hubiese estado afiliado ni hubiese cotizado de la empresa en el período que da derecho a la jubilación anticipada, en aplicación de la interpretación amplia que la jurisprudencia más moderna da al principio de automaticidad de prestaciones, lo que determina que la entidad gestora debe adelantar el pago desde el primer momento y ello sin perjuicio del resarcimiento de la misma frente a la empresa, a la cual incumbe, en cualquier caso, constituir el capital coste de renta que proceda.

f) Jubilación complementaria

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo declara el complemento de pensión de jubilación establecido en el art. 151 del Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de 1975 como un complemento variable constitutivo de una mejora voluntaria de carácter temporal, en cuanto que consiste en el derecho a percibir un complemento que sumado a la pensión abonada por el INSS garantice lo que percibía en activo en el momento de la jubilación; no tiene, por tanto, carácter fijo, por lo que variará en función de los cambios que experimente la pensión de jubilación. Recogiendo esta jurisprudencia, las SSTS de 4 de abril de 2001, u.d., I.L. J 743, y de 10 de abril de 2001, I.L. J 768, consideran que de la citada naturaleza del complemento de pensión se deriva la legitimación del INSALUD, en base al citado art. 151 del Estatuto, para adaptar el complemento a las variaciones de la pensión básica de jubilación, pudiendo revisar de oficio la prestación.

g) Compatibilidad e incompatibilidades

Declara la compatibilidad entre la pensión de jubilación, reconocida en el Régimen General, y la prestación de incapacidad permanente total reconocida en el RETA la STSJ de Aragón de 7 de marzo de 2001, I.L. J 578. Establece esta sentencia que “nada se opone a la compatibilidad de dos pensiones, cada una de diverso Régimen, si contemplando aisladamente la dinámica del interesado en cada uno de ellos reúne los requisitos necesarios (cosas distintas son los efectos de concurrencias, topes mínimos, complementos y revalorizaciones)”.

B) Jubilación no contributiva**b) Requisitos generales**

De interés es la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 2 de marzo de 2001**, I.L. J 549, por referirse a un supuesto de reiterada aparición. La cuestión planteada es determinar si un marroquí con residencia legal en España puede tener derecho a la prestación de jubilación en su modalidad no contributiva. Recogiendo la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo, la solución es negativa cuando el reconocimiento de esta prestación se realiza al amparo del Convenio Bilateral de Seguridad Social existente con el Reino de Marruecos, ya que en el ámbito de aplicación del mismo no se encuentran las prestaciones no contributivas. Sin embargo, la solución jurisprudencial es distinta cuando el reconocimiento de la prestación no contributiva se solicita por un súbdito marroquí que ha trabajado y reside legalmente en España o sus familiares, ya que entonces resulta aplicable el Acuerdo de Cooperación entre el Reino de Marruecos y la Unión Europea (Reglamento de la CEE 2211/1978, art. 41.1), según el cual los trabajadores marroquíes quedarían equiparados a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, debiendo ser tratados en las mismas condiciones que se establecen para los trabajadores comunitarios.

C) Gestión, financiación y pago

– Cese de la obligación de abonar la pensión de jubilación.

Cuestión relativa a la gestión de prestaciones se plantea en la **STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2001**, I.L. J 697, en relación con prestaciones económicas por jubilación derivadas de síndrome tóxico. Según doctrina jurisprudencial reiterada, y recogida en la citada sentencia, las ayudas económicas otorgadas a los afectados conforme al art. 1.3 del RD 2448/1981, en cuanto medidas protectoras del sistema de la Seguridad Social “tienen un carácter provisional como anticipo a cuenta de la indemnización que por responsabilidad civil se otorgue, suspendiéndose su pago al percibir ésta, y caso de no mediar la ayuda o pensión se convierte en definitiva”. Consecuencia de ello es, según declara la sentencia, que “si se producen situaciones o hechos nuevos sobrevenidos después del acto de reconocimiento del derecho que puedan ser determinantes de la suspensión o extinción del mismo por disposición legal, no cabe hablar de revisión del derecho sino de gestión de prestaciones”.

– Error de la Entidad Gestora.

En relación con el reconocimiento de una pensión SOVI, la **STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2001**, I.L. J 400, establece que “las modificaciones de las pensiones debidas a errores de la Entidad Gestora, producirán efectos desde la fecha inicial del reconocimiento del derecho, sin perjuicio de que opere la prescripción de cinco años frente a la concreta percepción de cantidades derivadas de tales efectos”.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

– Automaticidad de las prestaciones y anticipo a cargo de la entidad gestora.

La aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones y el consiguiente anticipo del pago de la prestación por parte de la entidad gestora, “para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad”, no plantea hoy día ninguna duda para la jurisprudencia, que lo aplica en los supuestos de falta de cotización o de infracotización. No obstante, si se ha de destacar la existencia de una doctrina jurisprudencial consolidada que busca la moderación o atenuación de la responsabilidad empresarial por defectos de cotización, imponiendo una regla de proporcionalidad entre el incumplimiento empresarial y la trascendencia del daño. En esta línea se inscriben la **STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 678 y la **STS de 3 de abril de 2001**, u.d., I.L. J 739, que declaran la automaticidad del pago de la prestación completa a cargo de la entidad gestora (abono inmediato e íntegro de la prestación por parte del INSS), sin perjuicio de declarar la responsabilidad de la empresa –en ambos casos el Estado– limitada a los períodos en los que se produce el defecto de cotización.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b’) Incapacidad permanente parcial

En relación con los efectos sobre la relación de trabajo de la declaración de incapacidad permanente parcial, merece reseñarse la **STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 862, que estima legítima la extinción de la relación laboral del actor por la causa contenida en el art. 52.a) ET, ineptitud sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa.

c’) Incapacidad permanente total

En el período acotado 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, estimatorias de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para incluir concretos estados patológicos en la situación contemplada en el art. 137.4 LGSS, son: **STSJ de Asturias de 5 de enero de 2001**, I.L. J 63, respecto de las dolencias de un barnizador y colocador de parqué; la **STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2001**, I.L. J 121, para el caso de un Gerente-albañil, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; también estimatoria la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2001**, I.L. J 175, que, tras recordar los rasgos configuradores de la incapacidad permanente en nuestro Sistema de Seguridad Social, concluye que es perfectamente posible que las enfermedades cardíacas

puedan dar lugar a la incapacidad permanente, como ocurre en el caso enjuiciado, declarando al actor, fotomecánico de artes gráficas, inválido permanente total. Igualmente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de febrero de 2001**, I.L. J 333, estima que quien presenta epilepsia, con crisis generalizadas cuando no observa el tratamiento pautado, no se encuentra incapacitado para el desempeño de cualquier tipo de actividad profesional, si bien tal dolencia es impeditiva de tareas como la habitual del sujeto declarado afecto de incapacidad permanente total (conductor de camiones de gran tonelaje). También estiman que las dolencias padecidas son constitutivas de incapacidad permanente total la **STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2001**, I.L. J 386, por cuanto impiden el correcto desempeño de las principales tareas propias de su profesión habitual de operario en fábrica de elaboración de caucho; la **STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2001**, I.L. J 388, para el caso de un taxista por cuenta propia, del RETA; la **STSJ de Cantabria de 28 de marzo de 2001**, I.L. J 602, que declara que la situación física y psíquica del demandante (albañil) no constituye una incapacidad permanente, grado de absoluta, ya que conserva la capacidad de realizar funciones secundarias o auxiliares compatibles con su aptitud profesional; por lo que el Tribunal entiende tal situación constitutiva de incapacidad permanente total, calificación jurídica que es, de igual modo, la estimada por la **STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2001**, I.L. J 637, frente a la pretensión del actor (Ferrallista pulidor) de obtener el grado de absoluta; pretensión y calificación como incapacidad permanente total que también acoge la **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2001**, I.L. J 639 respecto a las dolencias de un Mecánico-tornero. Estimatorias de la calificación de incapacidad permanente total son, también, las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 20 de febrero de 2001**, I.L. J 849 y J 850, respecto a las dolencias de un peón de carpintería, la primera, y de un peón agrícola la segunda.

Por el contrario, son desestimatorias de la declaración de incapacidad permanente total la **STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2001**, I.L. J 135, para el caso de las dolencias de un peón de carga-descarga; la **STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2001**, I.L. J 395, respecto a las dolencias de la actora, de profesión planchadora; y desestimatoria de grado invalidante alguno la **STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 418, al enjuiciar las dolencias de un cocinero. También desestimatoria la **STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 349, respecto a las dolencias cardíacas y artrósicas de un ganadero autónomo, que, pese a las mismas, puede desarrollar con profesionalidad, asiduidad y rendimiento aceptables las fundamentales tareas de su profesión habitual. Igualmente desestimatoria la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de febrero de 2001**, I.L. J 853, por entender que no concurre el requisito de permanencia en la secuela sufrida por la actora.

d') Incapacidad permanente absoluta

Por lo que hace a este concreto grado, en los números de I.L. J reseñados en esta crónica, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2001**, I.L. J 377, estima, frente a la pretensión del INSS, la concurrencia de la situación de incapacidad permanente absoluta de un trabajador, empleado de banca, tras entender que el mismo evidencia cir-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cunstancias laborales que no satisface las exigencias jurisprudenciales respecto a cómo ha de desarrollarse la actividad laboral, dada la patología e intensidad de las dolencias de etiología intelectual que padece el trabajador.

Desestimatorias, en cambio, resultan la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2001**, I.L. J 131, que entiende que el trastorno depresivo ansioso de la actora carece de entidad suficiente para provocar una imposibilidad para realizar cualquier trabajo, y la **STSJ de Extremadura de 13 de marzo de 2001**, I.L. J 655, que enjuicia las dolencias de una churrera autónoma, recordando el Tribunal la doctrina jurisprudencial según la que se apreciará la situación de incapacidad permanente absoluta cuando la persona afectada carezca de facultades reales para consumir con eficacia y un mínimo de profesionalidad y rendimiento las tareas componentes de cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral (STS de 5 de marzo de 1990).

b) Requisitos del beneficiario

Por lo que hace a los requisitos generales para ser beneficiario de las prestaciones por incapacidad permanente, en los números de I.L. recogidos en esta crónica, cabe reseñar los siguientes pronunciamientos: La **STS de 3 de abril de 2001**, u.d., I.L. J 740, mantiene la conocida interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de prestaciones que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando así rigideces que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social. Aplicando tal doctrina al caso enjuiciado se entiende que se cumple el requisito de situación asimilada al alta toda vez que pervive el *animus laborandi* pese a las rupturas temporales (alejamiento intermedio del sistema).

La **STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2001**, I.L. J 856, estima igual *animus laborandi* para el caso de un trabajador autónomo que, tras su baja en RETA, pasó a inscribirse en la oficina de empleo, situación en la que continuaba al solicitar la declaración de invalidez. Tal decisión de estar presente en el mercado de trabajo como demandante de empleo equivale a la consideración de parado involuntario a los efectos del requisito de situación asimilada al alta. El hecho de que el art. 36.1 del RD 84/1996, de 26 de enero, exija que el paro involuntario asimilado a la situación de alta sea aquel que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo no debe ser obstáculo para que se aprecie tal asimilación respecto de los asegurados en RETA que carecen del derecho a las mismas (STS de 19 de diciembre de 1999).

Como es sabido, la cuestión de si puede ser declarado en situación de invalidez permanente quien no ha estado sujeto a la previa situación de incapacidad temporal ya ha sido resuelta por el TS en unificación de doctrina (STS de 10 de noviembre de 1999, u.d.,) en sentido positivo, doctrina que ahora viene a reiterar la **STS de 16 de enero de 2001**, u.d., I.L. J 16, toda vez que si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro, de tipo transitorio, hay realidades patológicas en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible. Doctrina que es igualmente la contenida en la **STS de 13 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 226, y que es ignorada por la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2001**, I.L. J 177, que continúa manteniendo

que la incapacidad permanente debe derivar de una situación de incapacidad temporal, entendiéndose, erróneamente, que toda vez que no consta que se haya iniciado esta situación, no es necesario examinar el alcance incapacitante de las secuelas.

c) Prestaciones económicas

a) Clases y cuantía de las prestaciones

La **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2001**, I.L. J 119, en línea con la doctrina de la STS de 8 de julio de 1999, I.L. J 1045, declara que el incremento del 20 por ciento de la pensión vigente en el Régimen General para la incapacidad permanente total cuando el trabajador tenga más de cincuenta y cinco años y no tenga otro empleo (la doctrinalmente llamada incapacidad permanente total cualificada), no es aplicable en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, donde el artículo 38.1 de su Decreto regulador (Decreto 2530/1970) se limita a reconocer la prestación en el 55 por ciento de la base reguladora, sin prever ninguna posibilidad de incremento en los términos establecidos para el Régimen General.

Respecto a mejoras voluntarias de las prestaciones, la **STSJ de Valencia de 1 de febrero de 2001**, I.L. J 573, tras determinar el convenio colectivo aplicable, concluye que el mismo establece que la mejora voluntaria procede únicamente en caso de contingencias derivadas de accidente laboral y no de contingencias comunes, como es el caso de autos.

b) Base reguladora de las prestaciones

Como hemos advertido en anteriores crónicas, a partir de la STS de 7 de febrero de 2000, u.d., seguida por otras muchas, se produce un giro en la doctrina jurisprudencial respecto a la integración de los vacíos de cotización. En tal cambio de rumbo jurisprudencial se abandona el criterio de que los vacíos de cotización generados en los períodos en que la antigua ILT se prolongaba más allá de la vida del contrato de trabajo habrían de integrarse con los mínimos del Régimen General existentes en cada momento, sustituyéndose tal criterio a partir de tales sentencias por el entendimiento de que el art. 10.4 LGSS ha de interpretarse de manera que se obvien (doctrina del paréntesis) los períodos sin cotización debidos a invalidez provisional o prórroga de incapacidad temporal, debiendo calcularse la base reguladora a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar. Doctrina del “paréntesis” que es reiterada por la **STS de 14 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 229; por la **STS de 13 de marzo de 2001**, u.d., I.L. J 477.

Tal doctrina del paréntesis es retomada por la **STS de 5 de febrero de 2001**, u.d., I.L. J 209 para aplicarla al Régimen Especial de Empleados de Hogar, señalando que no hay razón para llevar a cabo una aplicación diferente del art. 140.1 y 2 LGSS, pues las razones son las mismas.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

La STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2001, I.L. J 633, estima que la reciente doctrina unificadora del TS está proclamando la aplicación del paréntesis a todos los supuestos en que no existió obligación de cotizar (invalidez provisional, paro involuntario, incapacidad temporal en pago directo, prórroga de incapacidad temporal).

Respecto a la base reguladora de la invalidez permanente derivada de enfermedad profesional de silicosis se pronuncia la STSJ de Asturias de 2 de febrero de 2001, I.L. J 285, en el sentido resuelto por las SSTS de 31 de enero de 1992 y 12 de marzo de 1993, a cuyo tenor la base reguladora de la prestación económica por invalidez permanente derivada de enfermedad profesional de silicosis, cuando dicha dolencia es diagnosticada una vez que el trabajador ha cesado en el puesto que ocupaba con riesgo pulvígeno, se determinará estando, en primer lugar, al salario que correspondería al inválido de seguir en activo en su empresa, con la misma categoría y condiciones, y de no ser posible, porque la empresa haya desaparecido, ha de estarse al salario normalizado fijado para la categoría profesional que ostentó en su día el inválido, no al salario fijado para dicha categoría en el Convenio Colectivo. Aplicando tal doctrina al caso enjuiciado, declara la sentencia que no cabe acudir al salario fijado en Convenio Colectivo (Hunosa), puesto que tal salario es el mínimo del sector y de lo que se trata es que el inválido silicótico reciba la pensión con arreglo a los salarios reales que percibiría de estar en activo. En el mismo ámbito, base reguladora de la prestación de incapacidad derivada de enfermedad profesional de silicosis incide la STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001, I.L. J 584, señalando que para el cálculo de la base reguladora deben tenerse en cuenta los salarios que hubiera percibido de estar en activo (a tenor del Convenio, salario base y complemento fijo, antigüedad y gratificaciones extraordinarias) sin que proceda la inclusión de la bonificación a que hace referencia el art. 43 del Convenio, pues la misma sólo se devenga por día trabajado.

Finalmente, la STS de 10 de abril de 2001, u.d., I.L. J 765, atiende a la cuestión del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral. En concreto, dice el Tribunal, se trata de saber cuál es la norma aplicable para fijar el dividendo y el divisor de la operación aritmética que determina la base reguladora de la prestación mencionada, concluyendo que “en el complejo ordenamiento de la Seguridad social existe una norma no derogada dedicada específicamente a la fijación de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente total por accidente no laboral, que no es otra que el art. 7 del Decreto 1646/1972”.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

Por lo que hace a esta cuestión, la STS de 17 de enero de 2001, u.d., I.L. J 25, resuelve la cuestión de la responsabilidad del pago de una indemnización prevista en convenio colectivo, para cuya cobertura se suscribe una póliza que no se halla al corriente de pago en la fecha en que se produjo el hecho causante, rescindiéndose la póliza por parte de la aseguradora con efectos de fecha también anterior; abriéndose paso a la cuestión de la interpretación del art. 15 de la Ley de Contratos de Seguros 50/1980, de 8 de octubre, determinando el TS que la aseguradora está exonerada de responsabilidad, exoneración

que no viene determinada por la fecha en que se acordó la rescisión de la póliza, sino del hecho de que cuando se produjo el siniestro no se había pagado la prima por el asegurado, existiendo una suspensión de la cobertura tal y como se establece en la norma legal citada, por lo que la responsabilidad del pago de la indemnización recae en el Ayuntamiento de Marbella y en la Empresa Municipal de Residuos Sólidos.

En el campo de las mejoras de convenio incide también la **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 591, que absuelve a la compañía aseguradora toda vez que existió un incumplimiento por parte de la empresa codemandada de las obligaciones adquiridas en el pacto colectivo aplicable acerca del aseguramiento de la mejora prevista. Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 351, recogiendo la doctrina de la STS de 18 de febrero de 1985, declara que el hecho de que la aseguradora entendiera, por razones que han sido rechazadas, que el accidente no quedaba incluido en la cobertura no la exonera del pago de los intereses del recargo. A mejoras de convenio refiere igualmente la **STSJ de Cantabria de 29 de enero de 2001**, I.L. J 87, que declara que toda vez que las fuentes fundamentales reguladoras de las mejoras de prestaciones de seguridad social son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de Convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario, ha de entenderse que, dado que el Convenio establece la mejora voluntaria para aquellos trabajadores que inicien el expediente de invalidez permanente y no para los que colaboren en su tramitación, no resulta aplicable tal mejora al caso enjuiciado, ya que no fue la trabajadora quien instó el procedimiento.

En materia de responsabilidad es reseñable la **STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2001**, I.L. J 695, que declara la procedencia de que sea la empresa la responsable directa del pago del 100 por ciento de la pensión correspondiente a una invalidez permanente absoluta, por incumplimiento de sus deberes en materia de Seguridad Social, entendiendo el Tribunal, con detenida argumentación, la concurrencia del presupuesto de obligación del anticipo del pago por el INSS. Por su parte la **STS de 9 de abril de 2001**, u.d., I.L. J 757, resuelve la cuestión de determinar si el INSS debe anticipar la pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común reconocida al actor aunque la sentencia recurrida ha declarado exclusivamente la responsabilidad empresarial, excluyendo el anticipo a cargo de la gestora en atención a la falta absoluta de afiliación y cotización al Régimen General. Señala la STS que este anticipo no se produce en todos los casos, sino únicamente en los que se determinen reglamentariamente, debiendo entenderse vigente al respecto la regulación contenida en la Ley Articulada de la Seguridad Social de 2 de abril de 1966, con valor reglamentario, regulación que aplicada al caso enjuiciado, comporta que, al no estar el trabajador en alta en el momento en que causó la prestación, excluye el anticipo a cargo de la entidad gestora.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

En los números de I.L. J aquí reseñados, son varias las sentencias que inciden en este terreno, así la **STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2001**, I.L. J 398, declara la obvia

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

incompatibilidad entre la situación de incapacidad permanente total y el desempeño de tareas propias de la categoría profesional respecto a la que se produjo la declaración. Obviamente, también, la situación de incapacidad permanente total y el consiguiente cobro de la pensión es compatible, como declara la **STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2001**, I.L. J 725, con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquélla para la que el trabajador ha sido declarado incapaz.

Respecto a la compatibilidad con el trabajo lucrativo de la percepción del cobro de la pensión de incapacidad permanente absoluta, la **STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2001**, I.L. J 566, tras analizar los requisitos exigidos por el art. 141.2 LGSS estima la compatibilidad con un trabajo (control de vehículos en un garaje) que considera actividad puramente marginal sin que constituya una profesión como tal.

Por su parte la **STSJ de Extremadura de 5 de febrero de 2001**, I.L. J 346, declara la compatibilidad entre la pensión de invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo del Régimen Especial Agrario (REA), con la de jubilación anticipada en el Régimen General; y la **STSJ de Aragón de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 578, la compatibilidad entre la prestación por incapacidad permanente total reconocida en el RETA y la pensión de jubilación del Régimen General, toda vez que nada se opone a la compatibilidad de dos pensiones, cada una de diverso Régimen, si el interesado “reúne los requisitos necesarios (cosas distintas son los efectos de concurrencias, topes mínimos, complementos y revalorizaciones)”.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Sólo tres sentencias se recogen en los números reseñados en esta crónica respecto a la modalidad no contributiva. La primera es la **STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2001**, I.L. J 116, que desestima la pretensión de la actora por no concurrir en la misma el grado de minusvalía exigido legalmente, entre otros requisitos, para generar derecho a la misma, toda vez que el grado concurrente se cifra en el 46 por ciento, lejos, pues, del 65 por ciento exigido en el art. 144.1.c) LGSS.

d) Dinámica de la prestación

Las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de febrero de 2001**, I.L. J 341 y 342, refieren a la modificación de la cuantía percibida, y al cese de la prestación, respectivamente, por alteración de las circunstancias atendidas en su fijación, a lo que se añade la consiguiente reclamación de cantidades indebidamente percibidas. Las sentencias desestiman en ambos casos la impugnación.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

El derecho a la pensión de viudedad (y orfandad) se encuentra condicionado a que el causante al fallecer se encontrara en alta o en situación asimilada a la de alta y hubiera completado, si la causa de la su muerte fuese enfermedad común, el período de cotización que reglamentariamente se determine (arts. 174.1 y 175.1 de la LGSS), y que no es otro que quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento (por aplicación del art. 32 del Decreto 3158/1966, que aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas y las condiciones para el derecho a las mismas). Respecto a las situaciones asimiladas al alta, el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, determina la “consideración legal” de que se continúa comprendido en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, quienes aun cuando hubieran cesado en la prestación de servicios (por extinción o suspensión) o en la actividad determinante del encuadramiento, se encuentre en alguna de las situaciones que enumera; siendo una de estas situaciones (7º), los períodos de inactividad entre trabajos de temporada. Noción que es regulada y precisada por el ET, y entre los que se considera los contratos denominados “fijos de carácter discontinuo” (STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2001, I.L. J 203).

Respecto a la exigencia de la citada carencia y el requisito de alta o asimilada, la STS de 21 de marzo de 2001, I.L. J 508, pese a no entrar en el fondo del asunto, por no concurrir la contradicción de que su imposición depende (art. 233 LPL), precisa que son dos requisitos distintos, por un lado la exigencia de carencia mínima –y en su caso la aplicación de la doctrina del “paréntesis” (entre la fecha de la última cotización y la fecha de la muerte)– y por otro el requisito de alta en el RETA; así en un supuesto en el que se reúne la carencia requerida pero el causante se encontraba en situación de alta en autónomos pero sin ingreso de cotización, situación que considera “es un alta vacía de contenido”. Si bien es cierto, que este requisito de alta hoy se encuentra muy matizado (Ley 66/1997) por el párrafo segundo del art. 174.1 de la LGSS, que permite causar derecho a la pensión sin alta o asimilada, siempre que se hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años (supuesto de aplicación a los Regímenes Especiales por la Disposición Adicional Octava.1 de la LGSS).

Así, si lo que se demanda es una prestación del RETA, el causante ha de estar al corriente en el pago de las cuotas en el momento del hecho causante (art. 28.2 del RD 2530/1970). Ahora bien, este último requisito se encuentra flexibilizado por la aplicación de la “ficción legal” prevista en el art. 42.3.B) del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que prevé que en el caso de concesión de aplazamiento en el pago de las cuotas (con anterioridad al fallecimiento), el beneficiario es considerado al corriente en sus obligaciones con la

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Seguridad Social. La cuestión determinante es considerar si esas cotizaciones aplazadas y no satisfechas se computan o no a efectos del período de carencia antes señalado. Cuestión sobre la que se manifiesta de forma positiva la **STSJ de Extremadura de 10 de enero de 2001**, I.L. J 138, al decir, refiriéndose a los efectos de la concesión del aplazamiento del pago de las cuotas “(...) concesión esta que al convertir el incumplimiento de la obligación de cotizar en las fechas reglamentariamente establecidas por una nueva obligación a plazo –arts. 1125 y siguientes del CC–, no puede menos de exonerar de las consecuencias perjudiciales que de aquél descubierto pudieran derivarse, mientras el trabajador mutualista venga cumpliendo puntual y regularmente su compromiso (...)”.

Cuestión conexas a la anterior es la resuelta por la **STS de 16 de enero de 2001**, I.L. J 17, recurso de casación para la unificación de doctrina 1733/2000, sobre si el simple dato de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin ingreso de cotizaciones, es bastante para el trabajador afiliado cause derecho a prestaciones por viudedad, cuando con anterioridad hubiera cotizado al Régimen General, o esa situación de alta sin cotización es insuficiente para causar derecho a la prestación. En primer lugar y en lo relativo al período mínimo de cotización exigido en el RETA, por aplicación de la Disposición Adicional Decimotercera del RD 9/1991, que modifica el art. 30 del RD 2530/1970, es de aplicación el que corresponde al Régimen General (500 días en el supuesto de que la causa de la muerte sea enfermedad común), y esta cotización se acredita “por aplicación del principio de unidad de caja en la gestión y administración de la Seguridad Social que proclama el art. 57 de la LGSS” (el trabajador estaba en alta en el RETA sin ninguna cotización en el momento del fallecimiento, pero había cotizado previamente a ese alta en el RETA 630 días en el Régimen General). Por lo que reunidos los requisitos exigibles de afiliación, alta y período mínimo de cotización para causar derecho a la pensión de viudedad; para los descubiertos de cuotas, los arts. 28.2 de RD 2530/1970 y 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, la situación se regulariza, si previa invitación al interesado por la Entidad Gestora para que en el plazo improrrogable de 30 días a partir de la invitación, éste ingresa las cuotas debidas.

Por el contrario, respecto de la “prestación residual, ajena a la normativa de la Seguridad Social vigente y a la existencia de una situación de necesidad” (**STSJ de Aragón de 22 de febrero de 2001**, I.L. J 280), reconocida por el reglamento de la Mutualidad de Previsión (colectivo que pese a estar incluido en el Régimen General, disfruta de un régimen de protección específico – Disposición Adicional Quinta de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, declarada constitucional por la STC 65/1987, de 21 de mayo–, y que se concreta en el RD 1220/1984, de 20 de junio), de reconocer pensión complementaria (de la del Régimen General) de orfandad, durante toda la vida del beneficiario (salvo que contraiga matrimonio); hay que considerar que ésta “no está presidida por principios de solidaridad, sino por el principio de onerosidad que establece un vínculo sinalagmático inexorable entre la obligación de cotizar por parte de los Mutualistas y la contraprestación asumida por la repetida Mutualidad”, por lo que no procede la prestación complementaria en los supuestos de omisión de cotización a la Mutualidad, sin que se subsane tal omisión el posterior ingreso por el beneficiario de las cuotas debidas (a diferencia de lo descrito anteriormente para el RETA).

Por otro lado, en la **STS de 30 de abril de 2001**, I.L. J 825, pese a no entrar en el fondo del asunto por no concurrir en caso examinado la identidad sustancial entre las cuestiones resueltas por las sentencias en comparación (requisito exigido por el art. 217 de la LPL para la viabilidad del recurso de casación), recuerda, que sin negar la existencia del requisito de alta o asimilación para causar el derecho a las prestaciones de viudedad y orfandad, éste se encuentra flexibilizado en atención a las circunstancias concretas de cada caso y que supongan cuestionar la posibilidad de que el causante se hallase en condiciones de trabajar o siquiera de inscribirse como demandante de empleo; a ello habría que añadir, el peso relevante de las cotizaciones realizadas por el mismo en su vida laboral. Supuestos en los que se aplica la doctrina del paréntesis y que suponen retrotraer la fecha del alta y el cómputo del período de carencia a la fecha en la que definitivamente el causante dejó de trabajar.

Respecto de los requisitos exigidos para causar derecho a la pensión vitalicia a favor de familiares (art. 176.2 de la LGSS), además de que el beneficiario (hijo o hermano) reúna los requisitos de convivencia, edad, estado civil, cuidados y acreditar no tener medios propios de vida, es necesario que el causante en el momento del fallecimiento fuese pensionista de jubilación o invalidez contributiva. Sobre esta exigencia, la **STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2001**, I.L. J 409, aplica de forma literal y sin tener presente la finalidad del precepto, que no es equiparable a la jubilación la situaciones de “ayuda previa a la jubilación” (regulada por la Orden de 5 de octubre de 1994), sobre la base de que pese a reconocer que el beneficiario de esta ayuda es considerado en situación asimilada al alta en el correspondiente régimen (art. 2.1 de la citada Orden), es “sólo” a efectos de continuar cotizando por contingencias comunes.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

En la **STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2001**, I.L. J 433, se trata la demanda en la que se solicita por la actora se le declare su derecho al cobro de pensión de viudedad o alternativamente, se reconozca la prestación que el art. 176.1 de la LGSS establece para familiares o “asimilados”, en un supuesto de convivencia *more uxorio*. Se desestima en la misma el recurso, en primer lugar, porque no es posible aplicar al caso analogía alguna, en los términos del art. 4.1 del CC; ni es posible realizar una interpretación extensiva del concepto jurídico indeterminado “asimilados”, pues éste es un cometido que no le corresponde al juzgador (en base al principio de separación de poderes – art. 1.1 CE–), sino al reglamento de desarrollo del precepto legal (concreción que no se ha producido en el sentido pretendido por la demandante); y por último, si hubiera que realizar asimilación, ésta sería a la de viuda, no a la de familiar, pues el art. 176 se refiere a otros familiares o “asimilados” distintos a los precitados en los arts. 174 y 175, debiéndose estar en este caso a la consiguiente reforma del arts. 174 de la LGSS, que aún no se ha producido.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

b) Orfandad

Respecto del requisito de estar incapacitado exigido a los hijos del causante mayores de 18 años (art. 175.1 de la LGSS), la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de marzo de 2001**, I.L. J 623, en un supuesto en el que el huérfano se encuentra afecto de una insuficiencia renal, estima el recurso interpuesto por la Entidades Gestoras y deniega la pensión, sobre la base de que la incapacidad ha de ser para todo trabajo (es decir, en situación de incapacidad absoluta), y tal insuficiencia renal no supone “que el actor se encuentre excluido del mercado laboral, pues puede realizar actividades sedentarias”. Pero la cuestión más destacable de esta sentencia es la negación de incidencia en el supuesto del hecho de que el huérfano fuese beneficiario de una prestación por incapacidad permanente en su modalidad no contributiva, pues “una y otra (incapacidad contributiva y no contributiva), se señalan sobre la base de distintos parámetros”.

Sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones de aplicación progresiva de la reforma introducida por la Ley 24/1997, por la que se da nueva redacción al art. 175.2 de la LGSS y que eleva progresivamente el límite de edad que extingue el derecho a la pensión de orfandad de 18 a 21 años (o 23 en el supuesto de huérfanos absolutos), en un supuesto en el que el beneficiario cumple los 19 años el día 5 de agosto de 1997, que es la fecha precisa de entrada en vigor de la reforma; la **STS de 27 de marzo de 2001**, I.L. J 524, resuelve reponer en el abono de la pensión solicitada desde que entró en vigor la reforma, pues considera que cumplir edad justamente en la fecha de entrada en vigor de la reforma, no supone superar el límite excluyente de la pensión.

c) Cuantía de las pensiones

El criterio general para determinar la cuantía de la pensión de viudedad (y en el resto de pensiones derivadas de la muerte), es que ésta se obtiene aplicando un porcentaje (en este caso el 45 por ciento) a la Base Reguladora correspondiente al causante (que es diferente en función del origen común o profesional de la muerte); y si éste es pensionista (de jubilación o incapacidad), la Base Reguladora será la que sirvió para determinar su pensión (incrementada con las revalorizaciones que se hayan producido desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación o invalidez). De esta manera, a efectos de determinar la cuantía de la prestación es necesario diferenciar conceptos diferentes, Base Reguladora y porcentaje aplicable, y sólo posteriormente se aplicarán las revalorizaciones correspondientes “que son ajenas a la misma y sólo aplicables cuando la prestación es reconocida” (**STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2001**, I.L. J 396).

Ahora bien, en el caso de que el causante fuera en un primer momento pensionista por incapacidad permanente total –derivada de enfermedad profesional– y posteriormente, hubiera optado al cumplir la edad reglamentaria por la pensión de jubilación (al ser ambas incompatibles), la Base Reguladora de aplicación a la pensión de viudedad será la de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional (salario real) si se acredita de modo suficiente y con independencia del tiempo transcurrido, la relación de causalidad entre la enfermedad profesional y el fallecimiento del causante,

por aplicación del segundo párrafo del artículo 172.2 de la LGSS (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de enero de 2001, I.L. J 108). Igualmente, es de aplicación la más beneficiosa Base Reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional (salario real), en el supuesto de un pensionista de jubilación al que posteriormente se le reconoce el derecho a la pensión de incapacidad permanente y por la que en ejerciendo su derecho opta (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de febrero de 2001, I.L. J 329).

Cuantía de la pensión de viudedad que está sometida a los mínimos legales vigentes (art. 50 de la LGSS) si el beneficiario percibe rentas de capital o trabajo que no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente LPGE. Esta cuantía mínima (y en su caso la asignación de un complemento), se refiere a la pensión inicial, lo que supone que en los casos en que la “pensión final” se reduzca, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido –por aplicación del art. 174.2 de la LGSS– (supuestos de separación o divorcio), ésta no puede ser complementada, pues como recuerda la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de enero de 2001, I.L. J 111, y evidencia el art. 179.1 de la LGSS “la prestación de viudedad no responde a compensar situación de necesidad sufrida por el fallecimiento del causante, sino la disminución o pérdida de ingresos de los que participaba aquella”, añadiendo que “la misma función cumple –en este caso– el discutido complemento”.

E) Régimen de incompatibilidades

Pese al criterio general de compatibilidad de la pensión de orfandad con cualquier renta del trabajo del propio huérfano, el legislador estableció (art. 179.3 LGSS) cuando el beneficiario es huérfano incapacitado para el trabajo (para todo trabajo), la incompatibilidad de su pensión de orfandad con las pensiones del Sistema de Seguridad Social reconocidas en razón de la misma incapacidad, lo que supone el derecho a opción por el beneficiario entre una u otra; y en este sentido hay que incluir como incompatibles la pensión de orfandad y la pensión no contributiva de invalidez –pese a su ínfima cuantía–, pues conforme a la Ley 26/1990 y al art. 38 de la LGSS (que describe la acción protectora del Sistema) “las prestaciones no contributivas están incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social” (STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001, I.L. J 125).

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
M^a NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ M^a VIÑAS ARMADA

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

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que, relacionados con la Administración Laboral, han aparecido en los últimos meses. En concreto, se trata de las sentencias publicadas en los cuatro primeros volúmenes correspondientes al año 2001 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Junto a éstas, aparecen referencias a ciertas sentencias emanadas de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no recogidas, al menos de momento, en la mencionada colección. En este caso, y como de costumbre, su identificación se efectúa mediante la cita del número de recurso.

Del conjunto de pronunciamientos seleccionados debe destacarse la **STS de 23 de julio de 2000**, Sala Tercera (recurso 452/1996), por cuanto fija determinados principios básicos relativos a la comunicación de responsabilidades empresariales derivadas del incumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene en supuestos de contratas. Por otra parte, antes de adentrarse en la crónica jurisprudencial, resulta necesario mencionar dos importantes novedades normativas con incidencia en la materia objeto de esta crónica. Se trata, por un lado, de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de *medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*; por otro, del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el *reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Ambas normas, introducen ciertas novedades en materia sancionadora: en el primer caso, se modifican los artículos 6.4, 7.5 y 19.2.e) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social –Real Decreto Legislativo 5/2000– e incluso se introducen nuevos apartados como el 6.6 o el 7.11 –este último de especial importancia por cuanto establece un nuevo tipo relacionado con los incumplimientos de deberes informativos, tanto en materia de contratas de obras y servicios como de transmisión de empresas–; en el segundo, los artículos 133 a 136 especifican ciertos criterios a tener en cuenta para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social relacionadas con el trabajo de extranjeros.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Parada obligada en estas crónicas es hacer referencia dentro de este epígrafe a los frecuentes pronunciamientos sobre auditorías de cuentas practicadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Desde luego, por lo que se refiere a las cuestiones relativas al procedimiento de auditoría, poco innovadora resulta la **STS de 13 de julio de 2001**, Sala Tercera (recurso de casación 9316/1995), donde frente al planteamiento de las alegaciones habituales, se insiste en ofrecer las soluciones clásicas sobre el tema: en concreto, se reitera que los RRDD 3307/1977 y 1373/1979, por los que se regía este procedimiento, son normas que en el momento de los hechos mantenían su vigencia —la resolución administrativa es de 1993— y que tenían suficiente cobertura legal desde el momento de su promulgación en el inicial art. 5 LGSS de 1974; que además no existe irregularidad en el hecho de que la resolución fuera decretada por la Intervención General de la Seguridad Social, ya que consta expresamente que la auditoría se ordenó previo acuerdo de la Intervención General del Estado; que no existe indefensión de la Mutua por el hecho de que sólo haya podido formular alegaciones tras la presentación del informe provisional de la Intervención; y asimismo se remarca que el expediente de auditoría y la eventual orden de modificar determinadas partidas contables no tienen carácter sancionador, por lo que al no ser aplicables las garantías específicas de este procedimiento, no existe infracción del art. 25 CE.

Más interesantes, y de mayor novedad, resultan muchas de las afirmaciones efectuadas por las sentencias del período examinado en relación a los concretos asientos contables objeto de discusión. Muestra de ello es la **STS de 3 de julio de 2001**, Sala Tercera (recurso de casación 1888/1995), que a efectos de rechazar diversas alegaciones de la Mutua frente a las incorrecciones detectadas por la auditoría, subraya reiteradamente la idea general de que, incluso antes de decirlo expresamente el RD 1509/1976, las primas recaudadas por las Mutuas siempre han tenido la condición de cuotas de la Seguridad Social, de manera que dichas entidades no pueden ser consideradas como propietarias de las mismas, sino sólo como meras gestoras de unos bienes y recursos que deben aplicar a los fines previstos y sobre los que no pueden disponer libremente. Con carácter más concreto, y de acuerdo con el art. 4 de la OM de 2 de abril de 1984, esta misma Sentencia señala que, respecto al importe de los alquileres de bienes inmuebles de titularidad de la Mutua, ésta tiene la opción de imputar el alquiler o la tasa de amortización siempre que se cumplan los requisitos exigidos —aportación de documentación y autorización administrativa—, de modo que, cuando no se cumplen estas exigencias, no es válido que la Mutua opte unilateralmente por imputar el coste del alquiler y además señale el importe que estime oportuno, advirtiendo el Tribunal de que, en materia de arrendamientos, los bienes de las Mutuas están sujetos a un régimen específico y no a las normas genéricas del ordenamiento.

XI. Administración Laboral

Por su parte, la ya citada **STS de 13 de julio de 2001**, también ratifica los acuerdos de la Intervención General, en los que decide que no pueden ser abonados con cargo a las cuotas de accidentes de trabajo recibidas de los empresarios asociados los siguientes gastos: los generados por instalaciones y obras de acondicionamiento de la sede social de la Mutua (art. 4 OM de 2 abril de 1984), los gastos particulares de personal, los provocados por el acondicionamiento de una clínica que carece de la calificación de suficiencia y autorización a que se refiere el art. 12, apartados 1 y 2, del RD 1509/1976 (actual art. 12.1 del RD 1993/1995), los gastos de asistencia sanitaria a trabajadores al servicio de empresas asociadas en tanto los pactos invocados por la Mutua no se han suscrito conforme a las previsiones del art. 12.5 RD 1509/1976 (actual art. 12, apartados 4 y 5, del RD 1993/1995), las cuotas satisfechas a determinadas federaciones y asociaciones a las que la Mutua se incorpora voluntariamente y no de manera obligatoria, el importe de una auditoría privada encargada por la Mutua, y asimismo, los gastos en concepto de material de señalización y los gastos por botiquines entregados a empresas asociadas y comprados a una empresa publicitaria, en la medida en que se consideran como gastos encaminados a captar asociados (art. 2 de la OM de 2 abril de 1984).

Por contra, estimando la pretensión de la Mutua en relación a la orden administrativa de rectificar el importe presupuestario consignado en concepto de prestaciones por cuanto el mismo se había decidido antes de constituirse la preceptiva Comisión de Prestaciones, la **STS de 6 de julio de 2001**, Sala Tercera (recurso de casación 5645/1993), remarca la improcedencia de dicha orden, ya que la indicada irregularidad se debe a que, pese a la solicitud de la Mutua, la Administración no informó en la fecha adecuada de un requisito básico para la constitución de la Comisión referida, cual es el de los porcentajes de representatividad de las centrales sindicales que deben formar parte de la misma (cfr. arts. 32 y 36 del RD 1509/1976 –actuales arts. 66.2 y 67 del RD 1993/1995–).

B) Actas de liquidación

También en estos últimos meses han sido abundantes los tradicionales pronunciamientos que, al objeto de decidir la admisibilidad del recurso de casación, recuerdan las pautas que deben seguirse a la hora de cuantificar económicamente las pretensiones derivadas de la extensión de actas de liquidación. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina de que, a efectos de la cuantía del asunto en materia de liquidaciones de la Seguridad Social, se ha de computar el valor de las liquidaciones por meses y sin incluir los recargos, insistiendo en que las cifras que deben tomarse en consideración son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos. Tras hacer aplicación de estos criterios, en todos los casos las Sentencias han considerado notorio que ninguna de las cuotas mensuales correspondientes a los períodos liquidados rebasa la cantidad mínima exigida por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para tener acceso al recurso, por lo que, llegados al trámite de sentencia, la apreciación de esta causa de inadmisibilidad ha obligado al Tribunal a desestimar los respectivos recursos de casación interpuestos (**SSTS de 20 de junio de 2001**, recursos de casación 8532/1995, 8637/1995, 8926/1995, de **18 de julio de 2001**, recursos de casación 2745/1996 y 3719/1996, y de **20 de julio de 2001**, recurso de casación 6129/1995, todas ellas de la Sala Tercera).

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

En primer lugar, en torno a la potestad sancionadora de la Administración, y concretamente respecto a uno de los principios esenciales que la inspiran, merece la pena hacer mención de la **STS de 12 de julio de 2001**, Sala Tercera (recurso de casación 428/1996), Sala Tercera, relativa a una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, tipificada en el antiguo art. 11.4 Ley 8/1988 —equivalente al actual art. 13.10 RDLeg 5/2000— y que había dado lugar a un accidente de trabajo con resultado de muerte. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo aclara que el hecho de que previamente una sentencia penal hubiera declarado la responsabilidad penal del ingeniero director de la obra no implica que la posterior imposición de una sanción administrativa a la empresa constituya una vulneración del principio *non bis in idem*, debido fundamentalmente a que no se da la necesaria identidad entre los sujetos a quienes se imputa la respectiva responsabilidad. Al mismo principio se refiere la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001**, I.L. J 167 cuando recuerda que del mismo deriva la incompatibilidad entre las sanciones penales y las administrativas, no así entre las mismas y el recargo de prestaciones.

Por otra parte, la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2001**, I.L. J 407, ante el procedimiento de oficio abierto por la Autoridad Laboral, con amparo en el artículo 149.2 LPL, declara la inadecuación del cauce procesal empleado, ya que, de los dos presupuestos que exige el precepto mencionado para la viabilidad de la demanda de oficio en este caso (de un lado, que el acta de infracción verse sobre unas materias concretas explicitadas por el artículo en cuestión; de otro, que el sujeto responsable haya impugnado el acta con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 LOPJ, es decir, que se cuestione la competencia de la autoridad laboral para continuar con la tramitación del procedimiento sancionador), tan sólo concurría el primero.

En efecto, el acta de la inspección se había levantado por una presunta infracción del artículo 95.6 ET (en la actualidad, artículo 7.2 LISOS), en concreto, se imputaba a la empresa un fraude en la contratación temporal por acumulación de tareas de un trabajador a tiempo parcial, pues a pesar de haberse concertado una jornada de 24 horas semanales, el trabajador, de hecho, realizaba 40. Pues bien, las alegaciones de la empresa se encaminaban en exclusiva a negar dicho extremo —la realización de una jornada semanal superior a la pactada—, pero en ningún momento ponían en tela de juicio la competencia de la autoridad laboral en el asunto.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

En este punto, la **STS de 23 de abril de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 840 recoge la doctrina que sobre la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo ha ido elaborando la jurisprudencia en los últimos años. Al respecto, nos remitimos a la crónica ante-

rior, pues en la misma ya se hizo referencia a esta sentencia que, entonces, aparecía identificada mediante el número de recurso – 6230/1995– ya que todavía no se había publicado en la colección.

4. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS

A) Empleo y prestaciones por desempleo

Por lo que respecta a infracciones en materia de empleo y prestaciones por desempleo, debe destacarse, en primer lugar, la **STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2001**, I.L. J 309, en la que se anula una sanción, consistente en la suspensión de la prestación, impuesta por el INEM a un perceptor que había sido citado para la realización de un cursillo al cual no compareció. El Tribunal justifica su decisión en la inadecuada o inexistente notificación al sujeto sancionado, pues estando ausente de su domicilio, simplemente se le dejó un aviso del telegrama recibido, sin que constase que en tal aviso se hiciera referencia a quién era el remitente. Por tanto, razona la sala, no resulta posible deducir una actitud pasiva por parte del actor ni que rechazara la notificación.

Por otra parte, en segundo lugar, las **SSTSJ de Cantabria de 9 de febrero de 2001**, I.L. J 306, y **de Valencia de 30 de enero de 2001**, I.L. J 324, inciden en el tema de cuando el rechazo de una oferta de empleo carece de justificación acreditada y, en consecuencia, permiten la imposición de la sanción consistente en la pérdida de la prestación. En la primera sentencia, se afirma que:

“la oferta de empleo, lo es en el mismo sector productivo y con igual categoría profesional que la ejercida en el anterior empleo a la percepción de la prestación, por lo que no es oponible, la pretendida insuficiencia de la retribución salarial. En cuanto a la distancia a que se ofrece el trabajo, el desempleado no justifica que la distancia de 25 Km implique cambio de residencia, circunstancia, no obstante, que tampoco puede justificar el rechazo, dado que previamente había manifestado su disponibilidad a trabajar en otras provincias, sin que se intente, siquiera, justificar el grave perjuicio económico que alega por el desplazamiento al lugar de trabajo, al no constar la inexistencia de transporte público o su coste cierto, o el horario incompatible con el regreso al domicilio para el almuerzo, o el coste de la comida diaria, por lo que se trata de meras conjeturas sobre el precio de los gastos que alega”.

En la segunda sentencia mencionada, se niega que los motivos personales alegados por la perceptora para rechazar la oferta, tales como el cuidado de sus hijos menores, la ausencia de transporte público con horario que le convenga hasta el centro de trabajo que distaba 7 Km o la imposibilidad de utilizar el vehículo por necesitarlo su cónyuge, constituyan razones suficientes que justifiquen su conducta.

En tercer lugar, todavía en relación con la extinción y devolución de la prestación por desempleo, existen otros dos pronunciamientos de interés: de un lado, la **STSJ de Murcia de 12 de marzo de 2001**, I.L. J 700; y, de otro, la **STS de 23 de abril de 2001**, citada más arriba.

El primero de estos pronunciamientos destaca dos aspectos relacionados con la prescripción de este tipo de faltas: en primer lugar, que al tratarse de prestaciones de tracto sucesivo, la prescripción no debe tomar como *dies a quo* la fecha de concesión, sino todas y cada una de las fechas en que se va percibiendo la prestación; en segundo lugar, al apreciarse mala fe en el percceptor —pues incumplió su obligación de comunicar al INEM las variaciones en la cuantía de una pensión que percibía de la Seguridad Social alemana determinantes de que sus rentas superasen el SMI—, el plazo de prescripción aplicable, en función de lo dispuesto en el artículo 45 LGSS, no es el de tres meses, sino el cinco años (en la actualidad serían cuatro años).

El segundo pronunciamiento, ya comentado en la crónica anterior, reconoce la posibilidad de demostrar la connivencia entre empresario y trabajador para la obtención indebida de prestaciones a través de la prueba de presunciones.

Finalmente, cierra este apartado la **STS de 17 de abril de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 839, también analizada en la última crónica. Se trata de la anulación de una sanción impuesta a una empresa de seguridad por disfrute indebido de reducciones de cuotas a la Seguridad Social. La empresa en cuestión había contratado en prácticas a vigilantes jurados cuando el título de vigilante no era válido para el tipo contractual.

B) Salud laboral

En relación a esta materia, de entrada cabe recordar la ya mencionada **STS de 12 de julio de 2001**, Sala Tercera (recurso de casación 428/1996), en la que se declara que no se conculca el principio *non bis in idem* por el hecho de que la no adopción de las pertinentes medidas de seguridad origine la sanción penal del ingeniero director de la obra y la sanción administrativa de la empresa, en la medida en que los sujetos imputados son distintos [*supra*, 3.A)].

En punto a una cuestión conflictiva bien diferente, especial interés reviste la **STS de 23 de julio de 2001**, Sala Tercera (recurso de casación 452/1996), cuyo principal atractivo reside en que se detiene a sentar algunos principios básicos sobre la responsabilidad empresarial en las contrataciones, con ocasión de un supuesto en que una empresa municipal de aguas y alcantarillados contrata con otra entidad la realización de obras de construcción y/o reparación de las instalaciones de alcantarillado, produciéndose en dicho ámbito el accidente de dos trabajadores de las empresas contratista y subcontratista, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones en materia de seguridad e higiene. Habiéndose anulado en el pronunciamiento de instancia la sanción impuesta a la empresa municipal por no concurrir los requisitos necesarios para apreciar su responsabilidad, en este recurso el Tribunal Supremo responde a las dos alegaciones presentadas por el Abogado del Estado.

De una parte, respecto al alcance de la responsabilidad administrativa del empresario principal, el Tribunal examina las normas que en los últimos años han regulado este tema

XI. Administración Laboral

—principalmente, art. 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971, art. 40 de la Ley 8/1988 y art. 42.2 de la Ley 3/1995 (actual art. 42.3 RD Leg 5/2000)—, y haciendo sobre todo hincapié en los requisitos de propia actividad y comisión de la infracción en el centro de trabajo de la empresa principal, la Sentencia se expresa en los siguientes términos:

“La interpretación conjunta de dichas previsiones normativas lleva a las siguientes conclusiones:

- a) Se trata de una responsabilidad directa del empresario principal, compatible con la responsabilidad del empresario inmediato, siempre que se dé una doble condición: propia actividad y producirse en el centro de trabajo del empresario principal.
- b) La referencia a la propia actividad debe entenderse, desde luego, de modo amplio, aunque parece excesivo aceptar la tesis del Abogado del Estado que lleva a identificar aquélla con el objeto social de la sociedad anónima. Más bien había de entenderse, (...) ‘por obras y servicios correspondientes a la propia actividad aquella que pertenezca al ciclo productivo de la empresa, constituido por el complejo de operaciones, principales y accesorias, que en circunstancias normales son necesarias e imprescindibles para alcanzar los objetivos de la misma. La necesidad e imprescindibilidad es la nota que caracterizaba la ‘actividad propia’, referidas a las operaciones encargadas al subcontratista para que la empresa principal desarrolle su objetivo de producción’.
- c) El centro de trabajo tiene en la materia de que se trata una importancia decisiva al determinar las obligaciones concurrentes de los distintos empresarios, de tal manera que sirve para señalar al titular como destinatario de las obligaciones en relación con todos los trabajadores que en él prestan servicios, aunque lo hagan para otro empresario, además de las que corresponde a cada empresa con respecto a sus propios trabajadores. (...), por ello quien es titular del lugar de trabajo debe garantizar en él las condiciones que el ordenamiento exige (...).
- d) Por último, ante el dilema de si el [anterior] artículo 40, apartado segundo, establecía una responsabilidad objetiva o si, por el contrario, no eliminaba la exigencia del elemento de culpabilidad para la imposición de la sanción administrativa, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 76/1990, de 26 de abril, por todas) se inclinan a mantener la segunda de dichas posturas.”

Aplicando estas afirmaciones generales al caso enjuiciado, el Tribunal concluye que, con independencia de cuál sea la “actividad propia” de la empresa municipal —punto sobre el que no se pronuncia—, lo cierto es que no puede apreciarse la responsabilidad de dicha empresa principal por cuanto la infracción no acontece en uno de sus centros de trabajo, ya que “no puede considerarse como ‘centro de trabajo’ de ella la obra en que se produjeron los accidentados que lo era realmente de una empresa contratista independiente encargada de su ejecución”.

En respuesta, de otra parte, a una segunda cuestión mucho más concreta, la referida STS de 23 de julio de 2001 vuelve a confirmar la improcedencia de la sanción impuesta a la empresa principal, al negar que esta entidad haya incurrido en la infracción del art. 1.1 del RD 555/1986 —actualmente derogado por el RD 1627/1997—, que puesto en relación con su Disposición Transitoria, venía a establecer la obligación de incluir en los proyectos de ejecución de obra un estudio de seguridad e higiene en el trabajo, pero sólo en determinados supuestos: entre ellos —y en lo que aquí interesa—, los casos en que el presupuesto global del proyecto de obra fuera igual o superior a 100.000.000 de pesetas. A este respecto, el Tribunal señala que, aunque la ejecución de las obras contratadas asciende a un importe de 116.832.706 pesetas, la cifra a considerar a estos efectos no es la suma total de todos los proyectos de obra contratados —cada uno con su presupuesto y de realización no simultánea—, sino la cuantía específica de aquél en que se produjo el accidente y cuyo presupuesto propio, en el caso, no alcanza el indicado límite de cien millones, razón por la cual la Sentencia considera que no resulta punible el hecho de que la empresa municipal no incluyera en la contrata de obras el citado estudio de seguridad en el trabajo.

C) Materia laboral

Finalmente, dentro de este ámbito se sitúa la STS de 13 de junio de 2001, Sala Tercera (recurso de casación 8080/1995), en la que se enjuicia la sanción impuesta a una empresa por incurrir en la infracción muy grave de lesión al derecho de huelga prevista en el vigente art. 8.10 RD Leg 5/2000, al haberse considerado probado que durante el transcurso de una huelga en el servicio de limpieza de una ciudad o en fechas inmediatamente anteriores cuando ya estaba convocada, la empresa había contratado varios trabajadores eventuales que fueron empleados en sustitución de los huelguistas, sin que se haya acreditado ni que la contratación de estos trabajadores fuera debida a razones ajenas a la huelga, ni que se tratara de trabajadores imprescindibles que continuaran prestando servicios como personal fijo. En la medida en que estos hechos no son desvirtuados por la interesada, el Tribunal Supremo entiende destruida la presunción de inocencia y en consecuencia corrobora la existencia de la infracción, considerando que datos como que los trabajadores contratados se emplearan para integrar o completar el equipo de servicios mínimos, así como la alegación de la empresa de que por imperativo del convenio sólo podía contratar en ese momento trabajadores eventuales, no son más que circunstancias que sólo pueden tenerse en cuenta para disminuir la cuantía de la sanción pecuniaria, que de diez millones en un inicio quedó rebajada en la instancia a seis millones de pesetas.

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) Contratación por Organismo Público. Derecho preferente para la contratación. B) Lanzamiento de vivienda. C) Esteticista. D) Médicos interinos. Despido por amortización de plazas. E) Competencia territorial de los Tribunales Españoles. F) Socio de Cooperativa. G) Precontrato. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Controversias fiscales sobre retenciones. B) Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. C) Libertad Sindical. Funcionario Público. D) Subagente de seguros. E) Impugnación de Junta de Accionistas. F) Socio de SRL. G) Póliza de seguros en favor de empleados.

4. Conciliación extrajudicial. A) Inobservancia del requisito de conciliación previa. Tutela de derechos fundamentales. B) Ejecución de lo acordado en conciliación. **5. Actos de Comunicación. Notificación defectuosa. 6. Demanda.** A) Acciones declarativas. B) Subsanción. C) Extemporaneidad de demanda de error judicial. **7. Excepciones.** A) Cosa juzgada. B) Falta de litisconsorcio pasivo necesario. C) Inadecuación de procedimiento. D) Caducidad. E) Prescripción. **8. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. Vulneración de derechos fundamentales. B) Valoración de la prueba. Pericial Médica.

9. Sentencia. A) Incongruencia omisiva. B) Hechos probados. Insuficiencia.

10. Audiencia al rebelde. Inadecuación de procedimiento. 11. Despido. Salarios de tramitación. A) Contratas y subcontratas. B) Descuentos. C) Ofrecimiento y depósito. D) Reclamación al Estado. E) Alta dirección. **12. Recurso de suplicación.** A) Objeto: no lo es la aclaración del fallo. B) Admisión: cabe sin proponer revisión de los hechos probados. Invalidez Permanente. C) Reintegro de gastos médicos. D) Improcedencia por razón de la cuantía. E) Afectación general. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Defectos en su preparación e interposición. 14. Recurso de revisión.** A) Documentos decisivos. B) Plazo de interposición. a) Caducidad. b) Interposición extemporánea. C) Maquinación fraudulenta. **15. Recurso de amparo. Plazo para interposición. 16. Recurso de queja. 17. Ejecución de sentencia.** A) Despido. B) Intereses. C) Subrogación. **18. Costas procesales. Beneficio de justicia gratuita.**

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 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2001 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, marginales J 1 a J 863.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Contratación por Organismo Público. Derecho preferente para la contratación

La STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2001, I.L. J 414, anula la sentencia de instancia en la que se declaró la incompetencia del orden social para conocer la cuestión planteada en la demanda, en la que la actora pretendía hacer valer su derecho preferente a ser contratada por un Organismo Público antes de otras personas que como ella habían superado las pruebas por las que se habían confeccionado las listas de selección, al haber renunciado aquéllas a otras contrataciones. El TSJ se basa en doctrina reiterada del TS que pone de manifiesto que cuando la pretensión no pide la impugnación de la convocatoria, ni cuestiona las bases de selección, ni la actuación del Tribunal de Selección que confecciona las listas, se está cuestionando la actuación del Organismo Público demandado no como sujeto investido de potestad sino como empresario y existe, por tanto, competencia del orden social.

B) Lanzamiento de vivienda

La STSJ de Aragón de 22 de enero de 2001, I.L. J 57, establece que el orden social es competente para conocer del desalojo de una vivienda cuyo uso ha sido conferido como consecuencia de la condición de portero de una Comunidad de Propietarios a modo de salario en especie, aun cuando tal desalojo no esté vinculado a un procedimiento previo de despido.

C) Esteticista

La STSJ de Cantabria de 29 de enero de 2001, I.L. J 86, señala que para determinar si una esteticista tiene relación laboral o no, debe acudirse al caso en concreto, y la nota diferencial entre una relación de carácter laboral y otra de carácter mercantil no es la prestación de un servicio por cuenta de otro, ni la percepción de una remuneración a cambio, sino la existencia de dependencia. Es decir, en la inserción del sujeto en el ámbito organicista y rector de la persona para la que realiza el servicio.

D) Médicos interinos. Despido por amortización de plazas

Las SSTS de 12 de febrero, 20 de marzo, 2 de abril y de 10 de abril de 2001, I.L. J 223, 497, 732 y 759, todas de la Sala Cuarta y dictadas en casación para la unificación de doctrina, establecen que aunque la impugnación de un acto administrativo que acuerda la

XII. El Proceso Laboral

amortización de una plaza de una institución sanitaria de la Seguridad Social corresponde al orden contencioso-administrativo, ello no impide que la comprobación de la existencia legal de dicha amortización sea conocida prejudicialmente por el orden social en un supuesto de despido objetivo.

E) Competencia territorial de los Tribunales Españoles

La STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2001, I.L. J 567, establece que la sumisión de un contrato a la legislación aplicable en los Juzgados de Bayonne (Francia), limita su alcance al contenido de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero no al de los Tribunales que han de dirimir las controversias que se susciten entre las partes, ya que la sumisión a tribunales de otro país está expresamente prohibida en materia de litigios derivados del contrato individual de trabajo y siempre que los servicios se hayan prestado únicamente en España.

F) Socio de Cooperativa

La STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2001, I.L. J 666, señala que el socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado asume un status mixto, por cuanto al mismo tiempo es trabajador y socio, y que las cuestiones contenciosas que surjan entre la cooperativa y el socio en cuanto que trabajador, se deben someter al orden social de la jurisdicción.

G) Precontrato

El compromiso de contratación laboral establecido en un contrato mercantil tiene la naturaleza de un precontrato laboral, y como tal participa de la naturaleza y las condiciones de los contratos laborales, por lo que entra de lleno en la aplicación del Derecho del Trabajo, y en caso de controversia en el orden social de la jurisdicción. Así se pronuncia la STSJ del País Vasco de 13 de marzo de 2001, I.L. J 720.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Controversias fiscales sobre retenciones

La STSJ de Valencia de 11 de enero de 2001, I.L. J 313, determina, una vez más, que la jurisdicción laboral no es competente para dirimir si han de realizarse o no retenciones a cuenta del IRPF sobre los salarios de tramitación, ni el importe de las mismas, por ser un tema que está sujeto a las leyes de naturaleza fiscal y corresponde por ello al orden contencioso-administrativo.

B) Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

La STS de 9 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 222, confirma en casación la sentencia de la Audiencia Nacional en el sentido de declarar la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación del Acuerdo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenio Colectivos por el que decidió someter a arbitraje los vacíos de cobertura ocasionados por la derogación de una Ordenanza Laboral. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2001, I.L. J 488 y la STS de 30 de marzo de 2001, I.L. J 534 (todas de la Sala Cuarta).

C) Libertad sindical. Funcionario público

La decisión que toma una Administración de incoar un expediente disciplinario a un funcionario, que en tal condición era también delegado sindical, no corresponde al orden social sino al contencioso-administrativo por tratarse de una decisión administrativa. Éste es el criterio de la STS de 6 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 214.

D) Subagente de seguros

La STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2001, I.L. J 648, concluye que no existe competencia del orden social para conocer de la demanda por extinción del contrato de un subagente de seguros que prestaba sus servicios para la empresa sin sujeción a horario ni órdenes concretas, máxime cuando en ocasiones se ayudaba para prestar los servicios de un colaborador, lo que indica que no existía dependencia.

E) Impugnación de Junta de Accionistas

La SAN de 7 de febrero de 2001, I.L. J 365, señala que el orden social es incompetente para conocer de la impugnación de la Junta de Accionistas instada en procedimiento de conflicto colectivo por el Comité de Empresa, por haber acordado la Junta de Accionistas el cese como vocal de un Delegado de Sección sindical. La competencia para conocer de esta acción es la jurisdicción civil.

F) Socio de SRL

La STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2001, I.L. J 635, considera que la relación que une al titular del 30 por ciento del capital de una sociedad de responsabilidad limitada que suscribe un contrato de prestación de servicios, no tiene carácter laboral por considerar que:

“(…) no concurren las notas de exclusividad y ajeneidad, jornada fija, normas de actuación, dependencia formal y sometimiento a la disciplina jerárquica y abono de salarios que son propias y determinantes de la relación de trabajo (…)”.

XII. El Proceso Laboral

G) Póliza de seguros en favor de empleados

La STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2001, I.L. J 724, señala la jurisdicción social no es competente para conocer del cumplimiento de una póliza de seguro suscrita por una empresa en favor de sus trabajadores, por ser las cuotas por cuenta exclusiva de los propios trabajadores y por ser de carácter totalmente voluntario su suscripción. El TSJ señala que "(...) el hecho de que se suscriba la póliza por la condición de trabajador no quiere decir que se convierta en una condición del contrato de trabajo (...)".

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

A) Inobservancia del requisito de conciliación previa. Tutela de derechos fundamentales

La STC 10/2001, de 29 de enero (recurso de amparo 1350/1996) I.L. J 1, establece que el requisito de la conciliación previa es tan nimio y escasamente gravoso para quien ha de cumplirlo que no reviste carácter de inconstitucionalidad el exigirla en casos de tutela de derechos fundamentales (discriminación por razón de maternidad).

B) Ejecución de lo acordado en conciliación

La STS de 22 de enero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 35, establece que la indemnización por despido fijada por auto del Juzgado de lo Social en ejecución de lo acordado en el acto de conciliación administrativa, debe asimilarse a la fijación de la indemnización por sentencia a los efectos de la responsabilidad del FOGASA. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de enero de 2001, I.L. J 109, estima que cabe la ejecución de lo acordado en conciliación administrativa previa a la interposición de un conflicto colectivo si tal acuerdo se puede resumir en obligaciones concretas.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

La STC 34/2001, de 12 de febrero (recurso de amparo 2489/1998) I.L. J 265, anula las sentencias dictadas por el Juzgado de instancia y por el TSJ en un supuesto en que se condenó a una empresa por despido improcedente sin que hubiese acudido al acto de juicio por no haber recibido la citación para el mismo. El TC declara que la finalidad de los actos de comunicación procesal es la de garantizar a las partes el principio contradictorio con el fin de que éstas puedan realizar una adecuada defensa de sus intereses; de lo contrario, la parte afectada queda materialmente indefensa.

6. DEMANDA

A) Acciones declarativas

La STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2001, I.L. J 611, reitera que la admisibilidad de una acción declarativa depende de poder acreditar un motivo o interés legít-

timo, concreto y actual, cuya tutela sólo pueda obtenerse por esta vía. Recogiendo la jurisprudencia mayoritaria del TS y del TC, la sentencia entiende que no pueden plantearse cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, debiéndose rechazar, por tanto, las acciones declarativas que tengan un interés preventivo o cautelar. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de febrero de 2001**, I.L. J 335, en un caso en el que se solicitaba el reconocimiento de un alta en la Seguridad Social desde determinadas fechas, pretendiendo un “pronunciamiento meramente cautelar”.

B) Subsanación

La **STC 75/2001, de 26 de marzo** (recurso de amparo 1195/1997), I.L. J 536, entiende que el archivo de la demanda, por falta de acreditación –dentro de plazo legal establecido– del requisito de conciliación previa respecto de una sola de las empresas codeemandadas, no respeta el criterio de proporcionalidad exigido por el TC y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante: con el archivo se le privó injustificadamente de la posibilidad de accionar contra la codeemandada quien, desde un principio, fue demandada en el pleito y respecto de la cual, se habían cumplido todos los demás requisitos legalmente exigidos para poder acceder al proceso.

C) Extemporaneidad de demanda de error judicial

La **STS de 13 de marzo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 479, analiza una demanda de error judicial interpuesta contra una sentencia dictada en suplicación. La demanda fue inadmitida por extemporánea, al haberse interpuesto una vez transcurrido el plazo inexcusable de tres meses establecido en el artículo 293 LOPJ, toda vez que el *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha de la sentencia de suplicación a la que se imputa el error, “(...) sin que el plazo se interrumpiera o suspendiera por la interposición de un recurso de amparo constitucional (...)”.

7. EXCEPCIONES

A) Cosa juzgada

La función negativa de la cosa juzgada es declarada por la **STSJ de Cantabria de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 599, dictada en materia de solicitud de prestaciones por incapacidad temporal. La sentencia razona que:

“(...) nos movemos en el ámbito estricto de la cosa juzgada negativa porque las partes son las mismas (el actor y la Entidad gestora), también la causa de pedir y el concreto *petitum* (se solicita en ambos la prestación de incapacidad temporal) (...)”.

XII. El Proceso Laboral

Por todo ello, la sentencia entiende que “(...) Absueltas las Entidades gestoras sin condena al anticipo o a la responsabilidad subsidiaria en el procedimiento anterior, la declaración de insolvencia empresarial en la ejecución de aquella misma sentencia ninguna trascendencia tiene para ellas (...)”. La responsabilidad de las Entidades gestoras no surge, por tanto, a partir de la declaración de insolvencia de la empresa (como es el caso del FOGASA), sino que siendo ya rechazada en el procedimiento previo, no puede volver a plantearse su responsabilidad en un nuevo proceso “(...) al amparo de un simple argumento formal (...)”. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2001**, I.L. J 628, desestima la cosa juzgada en un proceso de reconocimiento de categoría profesional y preferencia para ocupar una vacante “(...) porque en el proceso resuelto y en el presente existe identidad subjetiva parcial, pero no total (...)”, no coincidiendo tampoco la causa de pedir, pues “(...) en el primer proceso descansaba en la situación de hecho y de derecho entonces invocada, que puede no coincidir con la existente al tiempo de interponer la demanda del presente proceso (...)”. Por otro lado, la **STS de 2 de abril de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 731, considera que la cosa juzgada, en su manifestación positiva, ha entrado en el Derecho Público, al obligar al juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte, de modo que ni siquiera se exige que sea excepcionada, sino que puede apreciarse de oficio.

B) Falta de litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Cataluña de 4 de enero de 2001**, I.L. J 114, analiza en suplicación una demanda sobre incapacidad temporal dirigida contra la Mutua Patronal y la empresa. La sentencia de instancia no entró en el fondo del asunto, acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, basándose en que el INSS y la TGSS deberían haber sido también codemandadas. El TSJ declara de oficio la nulidad de la sentencia recurrida y de todo lo actuado, incluso de la providencia de admisión a trámite de la demanda, por cuanto “(...) el carácter público de los intereses a tutelar hace necesaria, en cualquier caso, la presencia en juicio del Instituto Nacional de la Seguridad Social (...)”. Sin embargo, tal defecto no debe determinar una sentencia desestimatoria de la demanda, “(...) dejando imprejuzgado el fondo del asunto, sino la retroacción de las actuaciones para constituir adecuadamente dicha relación (...)”. Por otro lado, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de enero de 2001**, I.L. J 558, estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario rechazada en la instancia, en una demanda en solicitud de tutela de derechos fundamentales, por cuanto “(...) los sujetos legitimados pasivamente –cuando de un proceso en tutela de derechos fundamentales se trata– no se agotan con la empresa/empresario, debiendo dirigirse la demanda contra cualquiera que protagonice el acto ilícito (...)”. En el presente caso las personas físicas citadas como autores directos de la conducta lesiva no fueron llamados a juicio como demandados, sino sólo como testigos, por lo que el TSJ estima la citada excepción y declara la nulidad de la sentencia de instancia y de las actuaciones posteriores a la presentación de la demanda, a fin de que el actor proceda a ampliar la demanda contra las citadas personas físicas. A su vez, en un proceso de conflicto colectivo, la **SAN de 31 de enero de 2001**, I.L. J 356, desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la empresa demandada respecto de los sindicatos, al declarar que “(...) carece de virtualidad la exigencia de un litisconsorcio, pues

sería sobreabundante traer al proceso a los titulares de los derechos que pueden ser protegidos por la actuación del sindicato (...)”.

C) Inadecuación de procedimiento

En un procedimiento de oficio planteado por una Consellería contra dos empresas, en el que se pretendía la declaración de fraude en la contratación de varios trabajadores, la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2001**, I.L. J 407, estima la excepción de inadecuación de procedimiento y declara la nulidad de actuaciones, por cuanto la demanda no cumplía el presupuesto de viabilidad exigido por el artículo 149.2 de la LPL. A su vez, la **STS de 6 de marzo de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 468, en un procedimiento de conflicto colectivo, estima la citada excepción, entendiendo que dicho procedimiento colectivo es inadecuado al no contar:

“(...) con el conjunto homogéneo de afectados que todo conflicto colectivo exige como presupuesto de partida (...) no hay una decisión de la empresa que afecte a un interés general de un grupo genérico de trabajadores, sino decisiones individualizadas de cese que afectan a la posición personal de los distintos trabajadores cesados (...)”.

También estima la inadecuación de procedimiento la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2001**, I.L. J 593, por haber interpuesto un procedimiento sobre tutela de la libertad sindical, cuando “(...) la materia era de carácter electoral (...)”. La **STC 90/2001, de 2 de abril** (recurso de amparo 1068/1997), I.L. J 832, desestima el amparo y confirma la apreciación de la excepción de inadecuación de procedimiento, porque los actores eligieron el proceso ordinario para impugnar la validez de un convenio colectivo en lugar del cauce procesal idóneo para ello (artículos 161 y siguientes de la LPL).

D) Caducidad

La **STSJ de Asturias de 5 de enero de 2001**, I.L. J 66, estima la caducidad de la acción contra una sanción de suspensión de empleo y sueldo, al presentarse la demanda fuera del plazo hábil de 20 días señalado por el artículo 103 de la LPL. La sentencia entiende que:

“(...) no hay violación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la sentencia declara motivadamente que el plazo en que fue ejercitada la acción ya había concluido (...) pues el derecho a la tutela judicial (...) no puede convertirse en un sistemático desconocimiento de las normas de carácter procesal para proteger la impericia de quien acciona defectuosamente (...)”.

De otro lado, la **STSJ del País Vasco de 9 de enero de 2001**, I.L. J 190, estima la excepción de caducidad de la acción de despido, por haber presentado la demanda una vez

XII. El Proceso Laboral

transcurrido el plazo de caducidad de 20 días previsto en el artículo 59.3 del ET. La **STS de 23 de abril de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 785, estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el trabajador, al entender que la excepción de caducidad no alegada por el FOGASA en el proceso de despido resulta inoperante en el ulterior litigio en el que el trabajador, ante la insolvencia de la empresa, exigió al FOGASA el pago de las cantidades adeudadas, denegando éste su responsabilidad.

E) Prescripción

La **STSJ de Murcia de 8 de enero de 2001**, I.L. J 182, analiza la naturaleza de una reclamación de complemento por incapacidad temporal previsto en Convenio Colectivo y el plazo de prescripción de este tipo de acciones. Se concluye que el objeto de la reclamación constituye una mejora voluntaria de la Seguridad Social por lo que, a efectos prescriptivos, no es aplicable el artículo 59 del ET, sino el artículo 54 de la LGSS, que establece en un plazo de prescripción de 5 años para el reconocimiento de prestaciones. La **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2001**, I.L. J 321, en una reclamación de salarios de tramitación, confirma la sentencia de instancia, desestimando la excepción de prescripción alegada por el Ministerio de Trabajo. Para ello, aplica como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción establecido en el artículo 59 ET el de la firmeza del auto que cuantificó los salarios de tramitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, en lugar de aplicar como *dies a quo* el del momento de la firmeza de la sentencia en que tales salarios de tramitación se establecieron. La **STSJ de La Rioja de 1 de enero de 2001**, I.L. J 453, estima la excepción de prescripción alegada por la demandada, entre otras razones, porque el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de cantidades, no se interrumpe por el ejercicio de una acción declarativa de reconocimiento del derecho de dichos conceptos retributivos, salvo cuando esa acción declarativa fue objeto de conflicto colectivo. Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2001**, I.L. J 636, revoca la sentencia de instancia que, apreciando prescripción, no había entrado a conocer del fondo del asunto. Se concluye que no concurre prescripción de la acción de reclamación de cantidad ejercitada porque con la celebración sin avenencia del acto de conciliación, en el que la parte mantuvo y reivindicó su reclamación, se produjo un nuevo acto interruptivo de la reclamación. Tampoco es obstáculo para ello el que posteriormente se archivase la demanda por no falta de subsanación de determinados defectos, ya que como ha señalado el TS, “(...) la demanda tiene efectos interruptivos, aunque posteriormente se desista de la misma (...)”.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Carga de la prueba. Vulneración de derechos fundamentales

Resulta de interés la **STC 80/2001**, de 26 de marzo (recurso de amparo 4874/1997), I.L. J 539. Dicha sentencia analiza, entre otros motivos, si la extinción de un contrato de trabajo encubría la vulneración del derecho a la libertad de expresión del trabajador. En

relación con la carga de la prueba, se declara por el TC que al empresario no se le impone la acreditación de la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental invocado de contrario, sino que basta con que pruebe la existencia de los motivos de la decisión extintiva, así como su entidad. Manifiesta literalmente el TC que:

“(…) Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, en el bien entendido que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales (…)”.

B) Valoración de la prueba. Pericial Médica

En el caso de que coexistan varias pruebas periciales médicas, cuyas conclusiones puedan ser divergentes, el error del Juzgador sólo podrá basarse en pericias médicas que acrediten mayor solvencia o relevancia científica que aquellas que fueron tenidas en cuenta por el juez de instancia para formar su convicción. Según la **STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2001**, I.L. J 290, a las periciales médicas emitidas por la sanidad pública hay que atribuirles una mayor presunción de objetividad a los anteriores efectos.

9. SENTENCIA

A) Incongruencia omisiva

Hay que destacar la **STS de 25 de enero de 2001**, Sala Cuarta, I.L. J 44, por cuanto la misma refleja la abundante doctrina del TC en relación con el vicio de incongruencia omisiva de las sentencias. La **STSJ de Navarra de 26 de febrero de 2001**, I.L. J 452, trata asimismo esta cuestión, declarando que en el caso enjuiciado no existe incongruencia omisiva, ya que aun cuando la sentencia no se pronuncie y decida sobre una de las cuestiones litigiosas, del conjunto de la resolución se deduce una desestimación tácita de la misma (cita expresamente la **STC de 21 de mayo de 1996**). Por el contrario, la **STSJ de Galicia de 27 de marzo de 2001**, I.L. J 673, estima la existencia de incongruencia omisiva y en consecuencia la nulidad de la sentencia de instancia por cuanto la misma no contiene hecho alguno ni razonamiento jurídico sobre una de las cuestiones planteadas en la demanda, ni pronunciamiento respecto de determinados aspectos de la condena postulada en su petitum.

B) Hechos probados. Insuficiencia

En un procedimiento en el que se debate si un ciudadano marroquí con residencia legal en España puede tener derecho a una pensión de jubilación no contributiva, la **STSJ de**

XII. El Proceso Laboral

Andalucía (Málaga) de 2 de marzo de 2001, I.L. J 549, declara la insuficiencia de hechos probados de la sentencia de instancia, ya que la misma no recoge todo aquello que sería necesario para que el Tribunal *ad quem* pueda formular su sentencia. En este caso, la sentencia de instancia debería haber recogido expresamente si ese ciudadano ha trabajado legalmente en España o es familiar de un trabajador marroquí que hubiera trabajado por cuenta ajena en España, ya que para determinar su derecho o no a esa prestación no contributiva esos datos son esenciales. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2001, I.L. J 651, entiende que existe un insuficiente relato fáctico de la sentencia dictada por el juez *a quo* en un procedimiento de reintegro de prestaciones por desempleo, ya que no especifica datos esenciales para que la Sala *ad quem* resuelva conforme a Derecho.

10. AUDIENCIA AL REBELDE. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La STS de 19 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 241, confirma el criterio de las SSTS de 31 de enero y 22 de noviembre de 2000:

“(…) desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997 la audiencia al rebelde ha recuperado su tradicional función y queda reservada para los casos previstos en el artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: falta de entrega a la parte, por causa a ella no imputable, de la cédula encomendada a un tercero legalmente autorizado para su recepción y ausencia del lugar en el caso de citación edictal correctamente realizada, de forma que “los supuestos de indefensión causada directamente por la irregularidad del emplazamiento, deben sustanciarse por la vía incidental abierta por dicha Ley Orgánica” (…)

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de La Rioja de 8 de marzo de 2001, I.L. J 709, que declara que el cauce adecuado para pedir la nulidad de una sentencia firme en base a una supuesta infracción de normas procesales, es el incidente de nulidad previsto en el artículo 240 de la LOPJ.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Contratas y subcontratas

La STS de 23 de enero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 37, unifica nuevamente la doctrina y declara que el empresario principal no responde de los salarios de tramitación devengados por un empleado de la contratista que fue despedido improcedentemente por ésta, por cuanto las obligaciones que impone el artículo 42 del ET se refieren a “obligaciones salariales” y los salarios de trámite “(…) nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial (…)

B) Descuentos

La STSJ de Murcia de 29 de enero de 2001, I.L. J 186, declara la imposibilidad de dejar para el trámite de ejecución de sentencia la fijación de la cuantía de los salarios de trá-

mite al encontrarse el trabajador prestando servicios para otra empresa. Razona dicha sentencia que:

“(…) el Magistrado de instancia debió pronunciarse sobre el alcance de los salarios de trámite, valorando, por un lado la existencia de relación laboral del trabajador con otra empresa (...) y, por otro lado, apreciando, conforme a la prueba practicada, el importe de los salarios percibidos para dicha empresa (...) pero, en ningún momento, puede dejarse para ejecución de sentencia la fijación de cantidades (...)”.

En relación con esta misma materia, la **STSJ de Navarra de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 706, admite que si consta la prestación de servicios para otro empleador mientras se devengan salarios de tramitación, pero no la cuantía concreta de la retribución percibida, procede descontar de aquéllos el importe del SMI; igualmente, dicha sentencia declara que si el convenio colectivo aplicable establece la obligación del empresario de abonar la diferencia entre el 100 por ciento del salario y la prestación por IT, el trabajador tendrá derecho a que en concepto de salarios de tramitación se le abone dicha diferencia por el período de IT coincidente con la tramitación del proceso. La **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001**, I.L. J 590, declara que el empresario no puede descontar los importes de la prestación por desempleo de la cuantía de los salarios de tramitación; es el INEM el único facultado para reclamar al trabajador el reintegro de dicha prestación. La determinación de las deducciones de Seguridad Social y retenciones de IRPF sobre los salarios de tramitación corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo, por lo que en trámite de ejecución de sentencia el Juzgado de lo Social no puede entrar a conocer sobre la procedencia o improcedencia de esas deducciones. Así lo ha entendido la **STSJ de Valencia de 11 de enero de 2001**, I.L. J 313.

C) Ofrecimiento y depósito

La **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001**, I.L. J 422, declara que los salarios de tramitación deben extenderse hasta la fecha de notificación de la sentencia de instancia, sin que quepa la limitación a que se refiere el artículo 56.2 del ET, al ser la cantidad ofrecida en el acto de conciliación inferior a la legalmente correspondiente, y ello por no computarse el importe del bonus percibido el año anterior y que formaba parte integrante del salario. La **STSJ de Cantabria de 7 de marzo de 2001**, I.L. J 598, se pronuncia en igual sentido, ya que el ofrecimiento empresarial en la conciliación sólo comprendía la indemnización, no los salarios de trámite hasta dicho momento.

D) Reclamación al Estado

La **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2001**, I.L. J 321, declara que el *dies a quo* del plazo de un año para reclamar al Estado los salarios de tramitación que excedan de 60 días hábiles desde el momento de la presentación de la demanda, “(…) debe situarse en el de la firmeza del auto que cuantificó los salarios de tramitación (...)” y no desde el momen-

XII. El Proceso Laboral

to de firmeza de la sentencia, ya que las circunstancias concretas en que el caso se desarrolló —concurría la IT del actor— exigían una clarificación a este respecto. La STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2001, I.L. J 638, declara que no deben excluirse de la responsabilidad del Estado los salarios de tramitación devengados durante el proceso penal iniciado por una de las partes mediante querrela por falsedad documental; en este sentido, sólo el plazo de suspensión del procedimiento laboral para acreditar la presentación de la querrela resulta excluido de dicha responsabilidad.

E) Alta dirección

Conforme la doctrina reiteradamente sentada por el TS, la STS de 26 de abril de 2001, Sala de lo Social, I.L. J 796, vuelve a declarar que no procede la condena al pago de salarios de tramitación a los altos directivos.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Objeto: no lo es la aclaración del fallo

La STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2001, I.L. J 419, entiende que el recurso de suplicación no está previsto para interpretar el fallo de instancia, pudiendo los litigantes solicitar su aclaración mediante el pertinente recurso ante el juez *a quo*, derecho que se complementa con el de exigir que las sentencias se ejecuten en sus propios términos.

B) Admisión: cabe sin proponer revisión de los hechos probados. Invalidez Permanente

Se reitera en la STS de 17 de enero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 21, la doctrina ya establecida por dicha Sala en la STS de 3 de octubre de 2000, en la que se concluye que:

“(…) en los pleitos sobre invalidez permanente, cabe interponer recurso de suplicación de carácter estrictamente jurídico-sustantivo, es decir, es posible admitir como cierto el cuadro de dolencias que el Magistrado de instancia estableció en su sentencia, y discrepar exclusivamente sobre la calificación que en derecho corresponde a las mismas (...)”.

C) Reintegro de gastos médicos

La STSJ de Valencia de 9 de febrero de 2001, I.L. J 858, admite el recurso de suplicación pues la cuestión controvertida en el mismo no es el derecho a la prestación (el derecho al reintegro se reconoció en la sentencia de instancia), sino exclusivamente su cuantía; al ser ésta inferior a 300.000 pesetas la sentencia no es recurrible en suplicación. En relación con la misma materia, la STS de 20 de marzo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 499, se plantea la procedencia del recurso de suplicación frente a sentencias de instancia que resuelven reclamaciones inferiores a 300.000 pesetas por reintegro de gastos médicos. Esta resolución razona que el derecho al reintegro presupone el derecho a la prestación,

por lo que es un proceso que versa necesariamente, sobre el reconocimiento o denegación del derecho a una prestación de la Seguridad Social; procedimiento que sí tiene acceso al recurso de suplicación.

D) Improcedencia por razón de la cuantía

La STS de 15 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 233, desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina al entender que ni siquiera era planteable el recurso de suplicación cuya doctrina se pretende casar, en un procedimiento en el que se reclama el derecho a un complemento de antigüedad. Se puntualiza que, a los efectos del art. 189 de la LPL, ha de considerarse la cantidad que correspondería percibir en un año (en el concepto discutido) en la hipótesis de sentencia de condena, cantidad que no se alcanza en modo alguno en el presente supuesto. Asimismo, la STS de 5 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 213, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por haber sido igualmente improcedente la admisión del recurso de suplicación, y retrotrae las actuaciones hasta la providencia de admisión del recurso de suplicación. La razón es que en el recurso de suplicación se aumentaron las cantidades reclamadas en la demanda, adicionando a éstas las del período posterior a la presentación de misma, cuando en dicho momento eran insuficientes para recurrir.

E) Afectación general

La STS de 10 de abril de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 767, realiza una síntesis de la doctrina unificada sobre el concepto de afectación general que permite el acceso al recurso de suplicación independientemente de la cuantía litigiosa. Tiene que existir una situación real de litigio sobre la cuestión debatida que afecta a un gran número de trabajadores, debiendo ser alegado y probado en la instancia, y tener su reflejo en el acta de juicio y en la sentencia.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. DEFECTOS EN SU PREPARACIÓN E INTERPOSICIÓN

En la STS de 20 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 242, se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina pues se evidencia la falta de una exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos, al no hacerse una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, planteándose de forma genérica lo que, en caso de estimarse el recurso, impediría incluso aplicar la doctrina correcta al supuesto objeto del recurso.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos decisivos

La STS de 4 de enero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 9, reitera la constante jurisprudencia que establece los requisitos para estimar un recurso de revisión con base en documento nuevo:

“(…) a) Que los documentos se hayan recuperado después de la sentencia firme. b) Que los mismos hubieran sido ‘detenidos’ por causa de fuerza mayor o por la parte a cuyo favor se hubiera dictado el fallo impugnado. c) Que sean decisivos para la justa decisión de la litis. d) Que el recurrente en revisión realice cumplida prueba de la causa de revisión (...)”.

B) Plazo de interposición

a) Caducidad

La STS de 16 de enero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 18, ha considerado que el plazo “corto” de tres meses que establece el artículo 512 de la LEC, es un plazo de caducidad y no de prescripción y que, en todo caso, es el demandante en revisión quien debe fijar con precisión la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos.

b) Interposición extemporánea

La STS de 22 de marzo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 513, desestima el recurso de revisión interpuesto pues se presentó transcurridos más de tres meses desde la notificación de la sentencia firme. El demandante alegó que la presentación de denuncia penal interrumpe el cómputo del plazo de tres meses hasta que concluya la causa penal; argumento este que desestima radicalmente el TS, razonando que en el momento en que se presenta la denuncia penal, el recurrente ya tiene sospechas del posible fraude y, en consecuencia, desde dicha fecha debe computarse el *dies a quo* para el cómputo del plazo de interposición del recurso.

C) Maquinación fraudulenta

Se considera por la STS de 12 de febrero de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 225, que se ha producido maquinación fraudulenta y, por consiguiente, se permite la revisión de la sentencia firme en este supuesto, en el cual, teniendo el demandante constancia del cambio de domicilio de la sociedad demandada, consignó el domicilio antiguo y se celebró el juicio sin que pudiera personarse la misma.

15. RECURSO DE AMPARO. PLAZO PARA INTERPOSICIÓN

La STC de 12 de febrero de 2001, I.L. J 263, entiende que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de presentación de la demanda de amparo por quienes, debiendo serlo, no fueron parte en el proceso previo, debe ser desde que éstos tuvieron conocimiento fehaciente de la resolución de la que se impetra el amparo. No puede considerarse que, como regla general, la publicación en el BOE de dicha resolución implica el conocimiento de la misma.

16. RECURSO DE QUEJA

Siguiendo la doctrina contenida en la STS de 27 de junio de 1998, el Auto del TSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001, I.L. J 192, desestima el recurso de queja interpuesto, pues se considera que no es recurrible en suplicación el auto que archiva una demanda en la que no se realizó la subsanación requerida por el Juzgado.

17. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Despido

La STSJ de Asturias de 2 de febrero de 2001, I.L. J 289, entiende que los trámites para indagar si se ha dado cumplimiento o no a las obligaciones de condena —en este caso, la readmisión tras sentencia declarando la nulidad del despido— deben realizarse por el cauce procesal de la ejecución de sentencia y no, desde luego, por el trámite procesal de un nuevo despido.

B) Intereses

La STSJ de Valencia de 12 de enero de 2001, I.L. J 314, recuerda la doctrina ya consolidada de que los intereses procesales del antiguo artículo 921 LEC— ahora artículo 576 LEC— no se paralizan por el hecho de que se produzca una consignación para recurrir, pues ni la consignación equivale al pago, ni la posibilidad de una ejecución provisional es necesariamente excluyente del pago de intereses. Se plantea en la STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001, I.L. J 683, la procedencia del pago de intereses procesales en un supuesto en que la empresa optó por la indemnización tras la declaración de improcedencia del despido en instancia, consignó la indemnización y los salarios de tramitación sin recurrir, siendo la trabajadora quien recurrió por entender que el despido debía ser calificado de nulo. Solicitada la ejecución, el juzgado practicó diligencia de liquidación de intereses, que fue impugnada por la empresa. Con estos antecedentes, la sentencia que se comenta declara la improcedencia del abono de intereses procesales, pues no ha habido demora alguna en el pago por parte de la empresa, siendo todo retraso motivado por el recurso de la trabajadora, cuyas consecuencias dilatorias no se pueden imputar a la empresa.

C) Subrogación

La STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2001, I.L. J 600, ratifica una vez más la doctrina consolidada del TS que entiende que el cauce procesal oportuno para reclamar contra una empresa subrogada en la posición de otra, en virtud del artículo 44 ET, es el trámite de la ejecución de sentencia y no la interposición de una nueva demanda contra la empresa subrogada.

18. COSTAS PROCESALES. BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

La STS de 21 de marzo de 2001, Sala Cuarta, I.L. J 510, casa y anula la sentencia de suplicación que condenó en costas al INEM como parte vencida en el recurso interpuesto por el mismo. El TS aplica la doctrina ya consolidada y entiende que el mandato del artículo 233.1 de la LPL sobre la imposición de costas a la parte vencida en el recurso, tiene como excepción el supuesto de que la parte goce del beneficio de la justicia gratuita, del que sin duda son titulares las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

ANA HIGUERA GARRIDO

MARIO IBÁÑEZ LÓPEZ

MARTA NAVARRO GARROTE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Comité de Seguridad y Salud. 2. Organización de la actividad preventiva. A) Aplicación subsidiaria del Reglamento de los Servicios de Prevención en defecto de norma específica de la Comunidad Autónoma. **3. Recargo de prestaciones.** A) Responsabilidad solidaria de la empresa principal y de la contratista y subcontratista. B) Falta de medidas de seguridad. C) Culpa exclusiva de la víctima. D) Cuantía del recargo y gravedad de la falta. **4. Compatibilidad de responsabilidades.** A) Excepción de litispendencia: no existe. B) Compatibilidad de la responsabilidad penal con el recargo de prestaciones. C) Compatibilidad de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios con el recargo de prestaciones. **5. Responsabilidad contractual.** A) Falta de contradicción. **6. Plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analizan las sentencias relativas a la seguridad y salud en el trabajo incluidas en los números 1 a 4 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 863). Este análisis aborda, principalmente, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad ya que los pronunciamientos jurisdiccionales referidos a este bloque temático, cuantitativamente, son numerosos, lo que pone de relieve que la principal fuente de litigiosidad en materia de seguridad y salud en el trabajo tiene que ver más con la vertiente reparadora que con la vertiente preventiva, que sólo aporta para esta reseña dos sentencias que se analizan en primer lugar.

1. COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

Nuevamente se plantea la problemática específica en relación con la composición y participación de los Sindicatos en los Comités de Seguridad y Salud. La sentencia del TSJ de Asturias impugnada en casación para unificación de doctrina, que confirmó la resolución de instancia, reconoce el derecho de un Sindicato a participar en una Comisión de Delegados de Prevención en función de la proporcionalidad referida a los resultados obtenidos en las últimas elecciones sindicales celebradas en la empresa. La **STS de 30 de abril de 2001**, I.L. J 801, casa y anula dicha sentencia confirmando, una vez más, la doctrina de la excepción de los Comités de Seguridad y Salud del principio de proporcionalidad conforme a la representación ostentada, reiterando los razonamientos contenidos en sentencias anteriores y poniendo de relieve que al tratarse de una Comisión que carece “de capacidad negociadora, siendo sus funciones técnicas y de asesoramiento y consulta (...) la exclusión de un sindicato de su seno no atenta contra la libertad sindical”.

2. ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA

A) Aplicación subsidiaria del Reglamento de los Servicios de Prevención en defecto de norma específica de la Comunidad Autónoma

La **STS de 24 de abril de 2001**, I.L. J 808, resuelve en casación un conflicto colectivo promovido por el Sindicato UGT contra la Junta de Castilla y León cuyo objeto era declarar el incumplimiento de “su obligación de constituir el servicio de prevención de riesgos laborales” y pedir “que se condene a la demandada a la creación de un servicio de prevención propio y suficiente para los trabajadores afectados por vínculo laboral”. La sentencia de instancia objeto de este recurso estimó parcialmente la demanda, puesto que reconoció a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma la opción de crear dicho servicio de prevención propio o, alternativamente, acudir a un servicio de prevención ajeno, segunda alternativa que es impugnada en casación por el Sindicato recurrente.

La sentencia, tras analizar el artículo 30 de la LPRL y normas concordantes del Reglamento de los Servicios de Prevención, concluye que la opción sobre la organización de la actividad preventiva contenida en dicho artículo se concreta por la norma reglamentaria, en virtud de la delegación hecha al Gobierno por la propia Ley, existiendo, por consiguiente, la obligación de constituir un servicio de prevención propio cuando se incurra en alguno de supuestos previstos en el artículo 14 de dicho Reglamento. Sin embargo, la opción concedida por la sentencia de instancia a la Junta tiene, inopinadamente, su fundamento en el **RD 1488/1998**, de 10 de julio, por el que se produce una adaptación de la normativa de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, norma que, según la sentencia comentada y confirmando uno de los motivos del recurso, no es aplicable a las Comunidades Autónomas en tanto que no están

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

incluidas en su ámbito de aplicación. Ahora bien, la sentencia deja claro que “las Administraciones Públicas pueden dictar normativas específicas para regular entre otras materias la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas” en virtud de la habilitación contenida en las normas citadas, pero, en defecto de norma específica, la opción contenida en el artículo 30 LPRL está concretada en la correspondiente normativa de desarrollo, de manera que le es aplicable el artículo 14 del Reglamento de los Servicios de Prevención a la Comunidad Autónoma.

3. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Responsabilidad solidaria de la empresa principal y de la contratista y subcontratista

La STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2001, I.L. J 103, aborda la problemática relativa a los requisitos que deben concurrir para declarar la responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones en un supuesto de contrata y subcontratas en la construcción por el accidente de trabajo acaecido en 1991. La sentencia parte de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la contrata de obras o servicios referidos a la propia actividad y su ejecución en el propio centro de trabajo de la empresa principal como criterios de imputación de la responsabilidad señalada. Sin embargo, la sentencia, a la hora de analizar la presencia del requisito de la propia actividad, invoca, junto con la conocida STS de 18 de abril de 1992, la doctrina contenida en la STS de 5 de mayo de 1999, que imputa la responsabilidad de la empresa principal, en un supuesto de contrata que no se refiere a la actividad principal, con fundamento en que el accidente de trabajo del trabajador de la empresa subcontratista se ha producido por una infracción que es imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Es decir, se atribuye una responsabilidad porque la empresa principal asume una posición de garante respecto de terceros trabajadores que prestan su actividad en el entorno productivo de aquélla. En todo caso, con la nueva regulación contenida en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, se clarifica la relación entre la empresa contratista, cuando es quien se hace cargo de la ejecución total o parcial de la obra frente al promotor de la misma, que asume la posición de empresario principal respecto de las empresas subcontratistas [art. 2.1.i)].

El segundo requisito exigido por la jurisprudencia para la producción del supuesto de hecho que determina la responsabilidad de la empresa principal se refiere a que el accidente se produzca en su propio centro de trabajo. Al respecto se plantea una doble interpretación: una restringida, que se considere centro de trabajo sólo en los términos establecidos en el artículo 1.5 LET, otra más flexible, que incluye los elementos de titularidad de la empresa principal que no constituyen propiamente un centro de trabajo y sobre los que se desarrolla la obra o el servicio. Este último criterio es el que ha seguido la jurisprudencia y que también utiliza la sentencia objeto de reseña al considerar centro de trabajo “al lugar donde se desarrollan las obras de construcción del aparcamiento”. Sin embargo, conviene tener presente que la Orden de 29 de abril de 1999, que modifica la

de 6 de mayo de 1988, para incorporar la normativa sobre seguridad y salud en las obras de construcción, obliga al contratista, empresario principal, a remitir el plan de seguridad junto con la comunicación de apertura de centro cuando se trate de una obra de construcción que venga obligada a tener dicho plan, por lo que, con la vigente normativa, no parece que haya que proceder a una extensión del concepto de centro de trabajo para incorporar a las obras de construcción.

B) Falta de medidas de seguridad

La infracción de normas de seguridad constituye uno de los elementos, junto con la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, configuradores del supuesto de hecho del recargo de prestaciones. La **STSJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001**, I.L. J 104, confirma el recargo de prestaciones impuesto por el Juzgado de lo Social y basa su argumentación en la falta de formación del trabajador para manejar una grúa, formación específica que exige para el manejo de grúas una norma técnico-jurídica: la ITE MIE-AEM 2 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención, aprobada por Orden Ministerial de 28 de junio de 1988, norma que integra el juzgador dentro de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 14.3 LPRL). Igualmente, se produce un incumplimiento del artículo 47.7 LPRL (vigente artículo 12.7 RD Legislativo 5/2000) que tipifica como infracción la adscripción a trabajadores sin tomar en consideración sus capacidades profesionales. La principal novedad de esta sentencia es la inclusión de la normativa jurídico-técnica dentro del bloque de la normativa de prevención de riesgos laborales, aspecto discutido en la doctrina ya que, junto a la corriente doctrinal que se refleja en esta sentencia, otra niega su integración en dicho bloque normativo. No obstante, la previsión contenida en el artículo 41 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que excluía del ámbito sancionador laboral la infracción de estas normas jurídico-técnicas, pero, en cambio, justificaba la imposición del recargo de prestaciones por tal motivo, no ha sido incorporada a la redacción del vigente RD Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta omisión obligará, posiblemente hacia el futuro, a incluir la infracción de estas normas técnicas dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales para justificar la imposición del recargo cuando se produzca su incumplimiento. Sin embargo, a buen seguro, se plantearán otros problemas de coordinación en materia sancionadora entre la normativa preventiva y la de industria.

Por otra parte, constituye falta de medidas de seguridad la carencia en un equipo de trabajo, que “reunía todos los requisitos técnicos exigidos por Industria”, de los “dispositivos de protección suficientes que impidiesen o dificultasen el riesgo de atrapamiento, dispositivos que fueron instalados con posterioridad al accidente por la empresa” (**STSJ de Galicia de 26 de enero de 2001**, I.L. J 154). Igualmente, concurre este elemento en aquellas conductas empresariales que poniendo a disposición de los trabajadores las correspondientes medidas de seguridad (gafas de protección) no les obliga a utilizarlas, sin que le hubiera exonerado “de haberse acreditado la transgresión por el trabajador de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

su respectivo deber al efecto por cuanto la conducta de éste en ningún caso habría roto el nexo causal entre el incumplimiento patronal y el accidente” (STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2001, I.L. J 679).

C) Culpa exclusiva de la víctima

Para que sea imputada la responsabilidad por recargo debe existir una relación de causalidad entre la falta de medidas de seguridad o infracción de la normativa de prevención de riesgos y el resultado lesivo: accidente de trabajo o enfermedad profesional. No obstante, esa relación causal no existe cuando el accidente se produzca exclusivamente por una conducta negligente del trabajador accidentado o culpa exclusiva de la víctima. En este sentido, “un defectuoso manejo por parte del operario” de un motovolquete, que se hallaba en perfecto estado de funcionamiento, homologado y que cumplía todos los requisitos técnicos para poder ser comercializado, constituye culpa exclusiva de la víctima por realizar una incorrecta manipulación que no puede imputarse al empresario. Dicha responsabilidad tampoco puede fundarse en la falta de habilitación del trabajador para conducir el vehículo o de instrucción por la empresa cuando el trabajador se halla en posesión de permiso de conducir camiones de cualquier peso y el manejo del motovolquete no requiere de ninguna cualificación especial (STSJ de Galicia de 24 de enero de 2001, I.L. J 153).

D) Cuantía del recargo y gravedad de la falta

La cuantía del recargo tiene un carácter tasado y consiste en el incremento de las prestaciones de seguridad social de un treinta a un cincuenta por ciento, cuantía que se calcula en función de la gravedad de la falta cometida por el empresario. Por otra parte, en unificación de doctrina se ha fijado que el Tribunal puede, al conocer del recurso de suplicación, ponderar la gravedad de la falta y otras circunstancias para determinar y, en su caso, variar el porcentaje fijado por el Juez (STS de 19 de enero de 1996). En el ejercicio del control sobre el margen de discrecionalidad que tiene el órgano *a quo*, la STSJ de Madrid de 25 de enero de 2001, I.L. J 176, ha procedido a incrementar la cuantía del recargo del treinta hasta el cincuenta por ciento, basando dicha modificación en la valoración de la conducta de la empresa, en la que “concorre una grave y alta dosis de imprudencia en materia de prevención de riesgos”, resultando irrelevante la imprudencia del trabajador por no existir “resguardos o dispositivos de seguridad para impedir que el operario introdujera las manos” (conducta imprudente), además de no haber recibido instrucciones concretas ni la formación preventiva, no tener Servicio de Prevención ni haber realizado la evaluación de riesgos.

4. COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES

En ocasiones, pueden deducirse simultáneamente dos o más procesos en materia de seguridad y salud en el trabajo por unos mismos hechos, situación que plantea distintos problemas tanto sustantivos como procesales por la actuación concurrente de una plura-

lidad de tutelas ejercitadas en distintas jurisdicciones o en procesos distintos ante la propia Jurisdicción Social.

A) Excepción de litispendencia: inexistencia

Entre los problema procesales, se ha suscitado el relativo a la excepción de litispendencia alegada y planteada en un litigio por recargo de prestaciones cuando pende otro proceso para exigir la responsabilidad contractual derivada de accidente de trabajo. Cuestión que enjuicia la **STSJ de Galicia de 22 de enero de 2001**, I.L. J 150, y en la que el rechazo de la excepción se funda en la compatibilidad de responsabilidades a que se refiere el artículo 123.3 LGSS, la sentencia concluye, además, que tampoco “concurren las más perfectas identidades a que se refiere el artículo 1252 del Código Civil, para que pueda ser viable una excepción como la planteada”, identidad que siempre quiebra por el distinto fundamento o causa invocados en el pleito.

B) Compatibilidad de la responsabilidad penal con el recargo de prestaciones

La compatibilidad del recargo de prestaciones se extiende también a la responsabilidad penal. En este sentido, la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001**, I.L. J 167, deduce la compatibilidad de la condena penal por una falta de imprudencia leve, con la obligación de satisfacer una indemnización al trabajador accidentado por los perjuicios sufridos, a partir de las previsiones expresamente recogidas en el artículo 123 LGSS y en el artículo 42 LPRL, restringiendo la incompatibilidad a la responsabilidad “administrativa, por infracciones contempladas en la LISOS como faltas, y la penal, lógica plasmación del principio *non bis in idem*”.

C) Compatibilidad de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios con el recargo de prestaciones

La existencia de una tutela plural para garantizar la indemnización por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional y causados por un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, plantea un problema en orden a determinar la cuantía indemnizatoria. En efecto, se ha planteado si de la indemnización por daños y perjuicios debe detrarse o no la cuantía correspondiente al recargo de prestaciones, problemática que ha sido resuelta por la STS de 2 de octubre de 2000, I.L. J 2329. La **STS de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 231, objeto de reseña, sigue la doctrina iniciada en la anterior sentencia citada y declara la compatibilidad y justifica la no reducción de la cuantía correspondiente al recargo de prestaciones en su propia finalidad “que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción”. Así, pues, la finalidad atribuida por la sentencia se refiere a su carácter preventivo: evitar los accidentes de trabajo, y coercitivo del cumplimiento de la normativa preventiva, estableciendo un “plus de responsabilidad” que tiene como propósito “que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evi-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

tar riesgos de accidente”. No obstante, conviene recordar los argumentos contenidos en el Voto particular formulado a la STS de 2 de octubre de 2000, que fundan la deducción del recargo de prestaciones en los principios de enriquecimiento injusto, *ne bis in idem*, así como la interpretación de la compatibilidad en términos de limitación de la responsabilidad hasta la reparación total.

Por su parte, la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2001, I.L. J 399, en un supuesto de responsabilidad por daños y perjuicios derivado de accidente de trabajo, desconoce la anterior jurisprudencia unificada y mantiene el criterio de reducir a la indemnización correspondiente las prestaciones de Seguridad Social y los recargos de prestaciones que tienen una “cuantificación normada, rígida y automática”, exigiendo, además, la necesidad de acreditar los correspondientes perjuicios.

5. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A) Falta de contradicción

Las SSTs de 6 de febrero y 30 de abril de 2001, I.L. J 713 y 829 resuelven la inadmisión del recurso de casación. En la primera, el demandante no expone el núcleo básico de la contradicción ni cita las sentencias en las que se produce tal contradicción y, por consiguiente, la no acreditación del presupuesto de recurribilidad constituye un defecto procesal insubsanable. La segunda sentencia funda la inadmisión en la falta de contradicción de la sentencia recurrida con la sentencia de contraste, aunque coincidente con el objeto de la pretensión, los hechos y las circunstancias particulares de cada caso manifiestan, en cambio, diferencias sustanciales; además, la sentencia impugnada sigue la línea doctrinal marcada en la de contraste, pues ambas sentencias “han admitido la posibilidad de conceder indemnizaciones al margen de las reconocidas por el Sistema de la Seguridad Social (...) y en las dos se ha seguido el mismo criterio para cuantificar la indemnización, que ha de ser adecuada, proporcionada y suficiente para reparar los daños y perjuicios sufridos”, por lo que tampoco hay contenido casacional. La aplicación de esta doctrina, a buen seguro, limitará el recurso de casación en unificación de doctrina en esta materia.

6. PLUS DE PELIGROSIDAD, PENOSIDAD Y TOXICIDAD

Cuatro sentencias del Tribunal Supremo en casación de doctrina han recaído sobre este tipo de pluses o complementos regulados en los correspondientes convenios colectivos y referidas todas ellas a trabajadores empleados públicos. La STS de 17 de mayo de 2001, Sala Tercera, I.L. J 838, declara exceso de jurisdicción de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha al resolver un recurso sobre la calificación de penosos de determinados puestos de trabajo, recordando que, conforme a doctrina de la Sala de conflictos y de la propia Sala Tercera, es la Jurisdicción Social la que tiene atribuida la competencia para la declaración y reclamación de los pluses de peligrosidad, penosidad y toxicidad. En relación con el devengo del plus, reconocido por sentencia judicial, se pro-

duce el derecho en el momento que se realizan las funciones que dan lugar a la concesión del complemento y no a partir de la fecha su reconocimiento judicial (STS de 31 de enero de 2001, I.L. J 262). Igualmente, se reconoce el derecho a percibir el plus a trabajadores de la Junta de Andalucía con la categoría de educador cuando desempeñan sus funciones en la educación especial y asumen, en el ejercicio del mismo, funciones complementarias de la categoría profesional de cuidador/a, que tienen reconocido dicho plus (STS de 26 de febrero de 2001, I.L. J 249). Por último, el complemento por peligrosidad está sujeto “a que el puesto de trabajo sea peligroso por su misma naturaleza y no por la zona geográfica en que el mismo se desempeñe”, razón por la cual se desestima el plus de peligrosidad solicitado por un empleado público con destino en Pamplona, alegando el riesgo a que estaba sometido por causa de posibles atentados terroristas (STS de 27 de febrero de 2001, I.L. J 254).

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

RAFAEL GARCÍA LÓPEZ

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

C. MOLERO MANGLANO (Director) y otros

La sentencia en el proceso laboral

[McGraw-Hill, Madrid, 2001, 204 páginas]

LEX NOVA

Este libro, realizado por Carmen COELLO DE PORTUGAL, Carlos GIL IGLESIAS, Javier MARTÍN-GAMERO y Raquel MUÑIZ FERRER todos ellos dirigidos por Carlos MOLERO MANGLANO y coordinados por Marta ALAMÁN, aborda un tratamiento práctico de la aplicación de las Normas Procesales Laborales, completado con amplia jurisprudencia y las tendencias doctrinales más recientes. La naturaleza de orden público de las normas procesales hace que su observancia se convierta en una garantía de que las mismas no pueden ser eludidas produciendo indefensión, ni puedan ser sometidas a la pasividad de las partes.

El objeto de la obra es el estudio del régimen jurídico regulador de la Sentencia; en un primer análisis centrado en el Proceso Laboral ordinario, tratando los principios, estructura (fundamentos de hecho y de derecho y fallo), plazos, notificaciones, consecuencias de la violación de normas procedimentales y posibilidades de actuación de las partes litigantes con el fin de no vulnerar su Derecho a la tutela judicial efectiva. En una segunda parte aborda el estudio de las sentencias dictadas en procedimientos especiales por razón de la naturaleza jurídica u objeto de la pretensión enjuiciada: procesos sobre Conflictos colectivos, Seguridad Social, Despido disciplinario, Impugnación de convenios colectivos, etc. (regulados en el Título II, Libro II de la

LPL), recogiendo sus peculiaridades en materia de plazos, contenido, naturaleza o recurribilidad.

En definitiva, este título, encuadrado dentro de la colección “Cuadernos de Derecho Procesal Laboral” es de todo punto recomendable por su rigor, estilo directo y concreción de los temas abordados para todos los profesionales que hayan de actuar ante los Juzgados y Tribunales del Orden Social.

J. GUERRERO ZAPLANA

Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 540 páginas]

LEX NOVA

Esta obra analiza todos los supuestos de posibles reclamaciones frente a la prestación asistencial sanitaria. Desde un punto de vista eminentemente práctico, y con claridad y sencillez en la exposición, se estudian las posibles vías de reclamación que cabe emprender frente a la sanidad cuando la prestación recibida ha sido insuficiente, errónea o claramente equivocada y se han producido daños en la vida o en la salud del paciente o su familia.

Se recogen supuestos de la máxima actualidad, como son los relativos a los contagios derivados de transfusiones de sangre, reclamaciones relativas a las listas de espera o las posibles reclamaciones de reintegro de los gastos que los afiliados a la Seguridad Social se ven obligados a realizar en la medicina privada.

También se analizan los procedimientos administrativos y judiciales que deben

notas bibliográficas

seguir las reclamaciones ante las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social.

Para mayor facilidad del estudio de cada supuesto, la obra se complementa con un repertorio de la jurisprudencia más reciente sobre los supuestos de daños derivados de la asistencia sanitaria, con un Anexo que recoge toda la normativa reguladora de la cuestión y los formularios que se pueden emplear para el ejercicio de cualquiera de las acciones de reclamación. Se acompaña, además, de un CD-ROM con los formularios para poder cumplimentarlos informáticamente.

A. MÁRQUEZ PRIETO

La protección por desempleo en España y otros Estados Europeos

[Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, 246 páginas]

LEX NOVA

El presente estudio del profesor MÁRQUEZ PRIETO pretende ofrecer un análisis completo sobre la problemática de la protección por desempleo. Partiendo de los distintos ordenamientos jurídicos elegidos (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España), se establecen entre ellos las oportunas relaciones y comparaciones, a fin de poder obtener una mejor comprensión de las soluciones jurídicas aportadas por cada uno de ellos, y, más concretamente, de las correspondientes al ordenamiento jurídico español.

Se centra en la necesidad de ordenación de las medidas coyunturales (prestaciones) y estructurales (medidas activas), enfocando siempre la política de empleo como un todo.

La obra ha puesto especial interés en el estudio de las instituciones jurídicas comunes y su problemática, analizando la situación desde la prevalencia de la sociedad del trabajo.

Este libro se estructura en cinco capítulos, el primero de ellos sobre la protección por desempleo en el marco de la política de empleo, diferenciando sociedad de trabajo y mercado de trabajo. El segundo analiza, de forma general, la protección por desempleo en los cinco países referidos. Los capítulos tercero y cuarto establecen los requisitos exigidos para causar derecho a las prestaciones en cada Estado y la cuantificación y duración de las mismas. Y, el último capítulo se centra en supuestos específicos de protección por desempleo.

En definitiva *La protección por desempleo en España y otros Estados Europeos* proporciona una visión global de la protección por desempleo, permitiéndonos por vía comparativa con otros países de la Unión, el estudio de nuestro propio ordenamiento.

L. CORDERO SAAVEDRA

El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 406 páginas]

LEX NOVA

Esta obra se centra en el análisis de los distintos componentes que retribuyen la actividad de los deportistas profesionales y las operaciones económicas en que se ven inmersos en la actualidad estos trabajadores, extrayendo las pertinentes consecuencias jurídicas bajo el exhaustivo estudio del régimen laboral especial que resulta aplicable y la fiscalidad que se deduce del marco normativo vigente, especialmente centrado en el mercado que existe en torno a la explotación comercial de la imagen de los deportistas profesionales, las cláusulas que se diseñan para impedir rescisiones contractuales antes de finalizar el compromiso laboral adquirido, y los traspasos de jugadores entre entidades deportivas.

La movilidad de estos trabajadores dentro y fuera de las fronteras españolas, y los meca-

nismos diseñados para contrarrestar la alta fiscalidad que soportan por su corta vida laboral, son temas sobre los que particularmente se reflexiona para convenir resultados que permitan conocer jurídicamente la realidad que hoy muestran los sujetos protagonistas del deporte profesional.

En definitiva, la especial atención social e incidencia fiscal que presentan las retribuciones de los deportistas, y el mercadeo que aflora en torno a la explotación comercial de la imagen, son elementos que convenientemente analizados determinan la actualidad de la obra.

M.L. MOLERO MARAÑÓN

La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal

[La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, 345 páginas]

María Luisa MOLERO MARAÑÓN en su obra *La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal* nos ofrece una bibliografía especializada sobre el estatuto jurídico del trabajo temporal, lo que permite a nuestra comunidad de laboralistas la oportunidad de adentrarse en las obligaciones nacidas del trabajo temporal a través de uno de sus elementos institucionales: la responsabilidad.

Lo novedoso de esta obra es el tratamiento metodológico utilizado, que no es otro que ofrecer una visión integrada e integradora del régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en esta nueva forma jurídica de organización del trabajo.

Así, la profesora MOLERO, no sólo constituye el marco jurídico de aplicación de las

responsabilidades empresariales a cargo de la Empresa de Trabajo Temporal y de la empresa usuaria frente al trabajador por aquélla cedido, sino que también, con un lenguaje elegante y austero, logra una obra de madurez científica.

L.M. CAMPS RUIZ

Las Empresas de Trabajo Temporal

[Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 135 páginas]

LEX NOVA

CAMPS RUIZ dedica esta monografía al estudio del régimen jurídico laboral aplicable a la actividad específica de las Empresas de Trabajo Temporal. Para ello analiza, de entre sus normas reguladoras, el Real Decreto-Ley 5/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, así como el III Convenio Colectivo Estatal de empresas de trabajo temporal, publicado en noviembre de 2000 y reproducido íntegramente en este trabajo.

Asimismo, el autor aborda temas como el de la autorización administrativa necesaria para llevar a cabo dicha actividad, la celebración del contrato de puesta a disposición con sus empresas usuarias y, con especial interés, las relaciones existentes entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal y entre el trabajador y la empresa usuaria.

Finalmente, el libro analiza la actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal, y las responsabilidades administrativas que pueden derivarse de su actuación.

VVAA

Guía de la exteriorización de los compromisos por pensiones

[Cuadernos Cinco Días, Madrid, 2000, 279 páginas]

LEX NOVA

Los compromisos por pensiones complementarios que las empresas negociaban con sus empleados, generaban riesgos para su recepción final en caso de insolvencia empresarial. De ahí, surge la necesidad de regular y precisar su exteriorización, bien a través de un plan de pensiones de empleo, de un seguro colectivo sobre la vida, o a través de ambos instrumentos a la vez.

Los autores ofrecen, en la presente guía, un estudio pormenorizado de la exteriorización de los compromisos por pensiones. Éstos se definen como aquellos compromisos derivados de obligaciones legales o contractuales de la empresa con el personal de la misma, que tengan por objeto realizar aportaciones u otorgar prestaciones dinerarias vinculadas a la jubilación o situación asimilada, la invalidez y el fallecimiento, cualquiera que sea su denominación.

El régimen de exteriorización de estos compromisos tiene su origen en la Directiva 80/987/CEE, adoptada por el Consejo de las Comunidades Europeas, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros respecto a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

El objetivo de la exteriorización no es otro que trasladar la gestión de los compromisos por pensiones que las empresas habían asumido a entidades financieras especializadas. En un principio la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados fijaba como plazo

máximo de exteriorización el 9 de mayo de 1999; posteriormente, el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, que desarrollaba dicha Ley, amplió este plazo hasta el 1 de enero de 2001, y, por último, la Ley 12/2000, de 29 de diciembre, fijó esta fecha límite en el día 16 de noviembre de 2002.

Así pues, son temas relevantes de este manual, el análisis de los instrumentos financieros con los que se materializa la exteriorización de los compromisos por pensiones: planes de pensiones y contratos de seguros. La estrategia que debe adoptar la empresa en la implantación de un sistema de previsión social complementario, así como los factores fundamentales de los que depende el éxito del proceso de exteriorización y que debe tomar en consideración la empresa. Por último, los autores abordan los aspectos fiscales aplicables en este proceso de exteriorización.

J. VIDA SORIA (Dir.), J.M^a. VIÑAS ARMADA (Coord.) y otros

Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 416 páginas]

LEX NOVA

Este manual, elaborado por Ángel J. GALLEGO, Antonio MÁRQUEZ, José MILLÁN, Cristóbal MOLINA, José Luis MONEREO, M^a Nieves MORENO, Raquel VIDA, José VIDA, y José M^a VIÑAS, todos ellos profesores o catedráticos universitarios expertos en la materia, se ha realizado con el objetivo de ser un instrumento adecuado para la formación en materia preventiva, dando respuesta, por un lado, al programa oficial para el desempeño de las funciones de nivel básico y, por otro, a los descriptores de la materia troncal "Seguridad en el Trabajo" de los Planes de Estudio que conducen al título universitario de Diplomado en Relaciones Laborales. Igualmente, se ha previsto y desa-

rollado el tratamiento específico de las peculiaridades de la aplicación de la prevención en el ámbito de la Administración Pública.

En lo que se refiere a la metodología, todos los capítulos incluyen un cuestionario para la autoevaluación, así como diversos anexos que conforman la vertiente práctica de esta obra a la hora de abordar las diversas materias: primeros auxilios, plan de prevención, auditorías, formación, etc.

Como características del manual destacan las siguientes: superar el contenido mínimo del programa de formación para el desempeño de las funciones del nivel básico, conforme al anexo IV del RD 39/1997, de 17 de enero; constituir un instrumento adecuado para cursar la asignatura "Seguridad en el Trabajo" correspondiente a la Diplomatura de Relaciones Laborales, y contener un cuestionario de autoevaluación al final de cada capítulo, que permite valorar el nivel de conocimientos adquiridos.

J.F. MARTÍNEZ SEPTIEN

Manual práctico de las prestaciones por viudedad, orfandad y en favor de familiares

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 395 páginas]

MARTÍNEZ SEPTIEN realiza en el presente manual un exhaustivo estudio de las prestaciones por muerte y supervivencia del Sistema de Seguridad Social.

En primer lugar, el autor analiza desde una perspectiva teórica el auxilio por defunción, las pensiones de viudedad y orfandad y la prestación a favor de familiares. No obstante, este análisis se complementa con numerosos ejemplos explicativos y supuestos prácticos que ayudarán al lector a comprender mejor la materia objeto de estudio.

Asimismo, el manual contiene dos apéndices, el primero de ellos legislativo, en el que

se incluye la normativa vigente aplicable a las mencionadas prestaciones, y el segundo jurisprudencial, en el que se recoge una selección de sentencias que pretenden ser esclarecedoras de los aspectos más controvertidos de estas prestaciones.

Finalmente, el libro se acompaña con un CD-ROM que permite el cálculo de la pensión de viudedad a percibir de la Seguridad Social, tanto en el caso de un único beneficiario como en el supuesto de varios beneficiarios.

J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y

M^a.A. MOMPALER CARRASCO

Regímenes Especiales de la Seguridad Social

[Tirant lo Blanch, 3.^a edición, Valencia, 2001, 295 páginas]

Como consecuencia de la evolución económica, social y del mercado de trabajo, la normativa de la Seguridad Social ha ido incorporando a su campo de aplicación, en el régimen general o en los especiales, a nuevos sujetos o colectivos que desarrollan su actividad, no ya bajo la figura del contrato de trabajo, sino mediante otras relaciones jurídicas.

En el presente manual los autores realizan un detallado estudio de los Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta las numerosas modificaciones que se han producido en las últimas décadas.

La regulación específica, el campo de aplicación, la obligación de cotizar y la acción protectora son temas ampliamente analizados en cada uno de los regímenes especiales (autónomos, agrario, trabajadores del mar, de la minería del carbón, empleados del hogar, estudiantes y funcionarios).

En definitiva, el autor trata de completar la parte general con un estudio más detallado de los regímenes especiales y adquirir una visión global de la estructura del sistema de protección de la Seguridad Social.

VVAA**Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común del programa formativo de nivel superior**

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 1.310 páginas]

LEX NOVA

El presente manual realizado por técnicos superiores de prevención, inspectores de trabajo, ingenieros y expertos en seguridad e higiene industrial, ergonomía y medicina del trabajo, surge con la finalidad de ser un apoyo más en la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. El presente libro, elaborado siguiendo el contenido mínimo del programa de formación que se establece en el Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997), pretende que su consulta sirva de complemento en la formación de aquellas personas que sigan cursos de Prevención de Riesgos Laborales.

Actualmente la seguridad y salud es uno de los temas más relevantes y de mayor preocupación del panorama laboral; por ello, el manual se presenta de gran utilidad no sólo para quienes deseen ser profesionales de la prevención sino para todos aquellos que tengan un especial interés en la materia.

F. VALDÉS DAL-RÉ**La transmisión de empresa y las relaciones laborales**

[Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, 151 páginas]

LEX NOVA

La Directiva 77/187/CEE sobre transmisión de empresa ha sido objeto de una reforma llevada a cabo por la Directiva 98/50/CEE, en la que se establece el deber de los Estados miembros de la Unión Europea de aprobar las correspondientes disposiciones internas de adaptación.

VALDÉS DAL-RÉ califica como de moderadamente intensa dicha reforma y analiza, en la primera parte del libro, las razones de la misma, poniendo de manifiesto sus principales influencias.

Sin embargo, la mayor pretensión del autor en esta monografía es ofrecer un completo y riguroso estudio comparativo entre los ordenamientos nacional y comunitario en materia de transmisión de empresa. Para ello, establece las divergencias y coincidencias que existen entre ambos en cuanto a la definición del ámbito de aplicación de la transmisión de empresa, así como, al alcance de las garantías individuales (conservación de los vínculos contractuales y mantenimiento por el cesionario de las condiciones de trabajo convenidas, individual o colectivamente, con el cedente) y la regulación estatutaria de los derechos de información y consulta.

N O T A S

N O T A S

N O T A S