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.

Justicia Laboral
REVISTA de DERECHO del TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL **Nº 7** AGOSTO 2001

Sumario:

EDITORIAL:

[7] **Un período tranquilo en la jurisprudencia social**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[11] **Las competencias sobre seguridad y salud en el trabajo en la construcción de túneles para el transporte terrestre**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

[59] **La reforma laboral del año 2001 (Nota sobre 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)**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[303] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Nota importante

A partir de este número el lector observará que se han suprimido las páginas correspondientes al índice de materias de las crónicas de jurisprudencia, que se venían incluyendo en cada número ordinario.

La razón de este cambio en el formato de la Revista obedece a una doble consideración práctica. Por un lado, pensamos que los índices de las crónicas de jurisprudencia resultarán mucho más útiles si se elaboran y entregan con carácter periódico y no ya número por número. En consecuencia, es propósito de quienes elaboramos esta Revista ofrecer al lector un índice anual de las crónicas de jurisprudencia que reúna las de los cuatro números correspondientes y que se editará aparte. El primero de estos anexos con los índices reunirá los de los diez primeros números de la Revista.

De otro lado, al suprimir los índices en cada número ordinario resulta posible incluir un mayor número de páginas de doctrina y de documentación, atendiendo de esta manera a lo que nuestros suscriptores nos demandan.

En todo caso, el contenido de las crónicas de jurisprudencia puede conocerse resumidamente leyendo los sumarios de cada una de las crónicas, que se mantienen según el formato habitual.

Esperamos que esta modificación y las que conlleva sean del agrado de los lectores de JUSTICIA LABORAL, a cuya opinión y sugerencias nos debemos.

El Consejo Asesor

Editorial

UN PERÍODO TRANQUILO EN LA JURISPRUDENCIA SOCIAL

Los pronunciamientos judiciales que son objeto de análisis y detenido estudio dentro del presente número de Justicia Laboral revelan la serenidad que ha caracterizado este último período. No se aprecian entre ellos pronunciamientos que destaquen ni por su especial repercusión mediática ni por representar acentuados cambios en las líneas jurisprudenciales trazadas hasta la fecha. Ha sido éste, pues, un período tranquilo sin especiales sobresaltos pero en el que, pese a todo, se hace necesario llamar la atención de nuestros lectores sobre algunas cuestiones relevantes que han obtenido respuesta judicial.

Significada en la conocida línea del TJCE de dotar de primacía al Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados es la STJCE de 14 de diciembre de 2000 [I.2], en la que se clarifican algunos aspectos de la Directiva 86/378/CEE, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre. En la misma, el Tribunal se pronuncia reiterando, una vez más, la **obligatoriedad para los Estados de efectuar la adaptación de su ordenamiento interno ante la aprobación de una norma comunitaria**. El Tribunal condena a la República Helénica, al haber incumplido su obligación de transponer a su Derecho interno, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales para aplicar la Directiva 96/97, que modificaban el contenido de la Directiva 86/78.

Cuestión de interés resuelta por nuestros Tribunales en el período comprendido por esta crónica es la relativa al procedimiento de impugnación de los convenios o pactos colectivos nacidos extramuros de las reglas que diseña el Título III ET. La singular naturaleza de estos acuerdos limita, evidentemente, los cauces legalmente establecidos para su impugnación, como ha puesto de relieve la STS de 4 de diciembre de 2000 [I.10 y VII. 3.D)]. En la misma se desestima la impugnación de oficio de un Acuerdo conciliatorio empresarial, suscrito por los representantes de la empresa y una sección sindical, que si bien representaba a la mayoría, no lo hacía a la totalidad de los trabajadores de la empresa, al entender que la autoridad laboral carece de acción para impugnar un acuerdo de tipo extraestatutario. Como pone de relieve el referido pronunciamiento, la ausencia de las exigencias requeridas por el Título III ET para alcanzar el pacto y, por ende, el déficit en términos jurídicos que ello conlleva, impide que para la depuración tal **pacto extraestatutario** se pueda acudir a la modalidad procesal de **impugnación de oficio** prevista para los convenios en el Capítulo IX LPL. De este modo, la autoridad laboral no puede ejercer su acción para impugnarlo, pues sólo puede utilizarla frente a convenios estatuta-

rios. Descartadas tales medidas, sólo quedan abiertas las vías de impugnación directas que las partes interesadas y legitimadas pueden ejercer frente a estos acuerdos de eficacia limitada.

La posibilidad de que el empresario solicite de los órganos judiciales la adopción de medidas dirigidas a paralizar o suspender la convocatoria o el **derecho de huelga** es una realidad desconocida en nuestro país. La doctrina judicial ha venido rechazando las pretensiones de declaración de ilicitud de un conflicto negando la existencia de una acción tutelable por ausencia de un interés concreto, determinado e inmediatamente protegible. No obstante, la reciente STS de 22 de noviembre de 2000 [VII.4. A)] acepta la posibilidad de interponer una **acción declarativa para calificar una huelga como legal o ilegal.** A juicio de la Sala, ello encierra un interés legítimo digno de tutela, consistente en deshacer la incertidumbre jurídica sobre la licitud de la concreta medida de conflicto empleada, y ello tanto por los efectos directos que ello comporta, como por los colaterales, en el ámbito de las relaciones laborales colectivas, pero también en el de las individuales.

Finalmente, por cerrar el capítulo de sentencias de proyección colectiva, la STS de 21 de diciembre de 2000 [XIII. 1. C)] estudia la necesidad de constituir el **Comité de Seguridad e Higiene**, órgano de composición mixta y de colaboración técnica entre dirección y personal en materia de prevención de riesgos, **cuando la empresa se dedica a actividades peligrosas,** al amparo de lo dispuesto en el derogado Decreto 432/1971, de 11 de marzo. En él se establecía la obligación de crear este órgano en empresas de más de 100 trabajadores o cuando lo ordenase el Ministerio por la especial peligrosidad de las actividades empresariales. En el caso resuelto, la Administración ordenó, teniendo en cuenta los informes de la Inspección de Trabajo, su constitución. Esta decisión fue recurrida por la empresa al entender que no concurrían los requisitos de peligrosidad exigidos por la norma. El TS ratifica la sentencia de instancia basándose en la existencia de circunstancias objetivas, como posibles explosiones, quemaduras, traumatismos e intoxicación, que justifican la necesidad de crear este órgano.

Pasando al ámbito de lo contractual, cabe destacar, en unificación de doctrina, las SSTS 18 de diciembre de 2000, sobre la imposibilidad de concertar **contratos de aprendizaje** con diplomados en Ciencias Empresariales para realizar tareas administrativas en Cajas de Ahorro y Entidades Bancarias [I. 4.A)]. En la misma se pone de relieve cómo resultaría "un contrasentido que una persona capacitada para celebrar el contrato en prácticas para el ejercicio de categorías profesionales superiores de la empresa, en la misma actividad tenga que recibir formación teórica y práctica para desempeñar el puesto de trabajo por el que se ingresa al servicio de la empresa".

En suplicación merece la pena detenerse en la STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2000, que incide en las reformas que fomentan el **contrato a tiempo parcial** y admite el acceso a la jubilación anticipada a los 64 años en estos contratos [IV.5.A)]. También la STSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 20 de octubre de 2000 [I.3).A).b)]. Como bien es sabido, el contrato de eventualidad es una modalidad contractual caracterizada por la

acumulación de un contingente de mano de obra que, para proveer a un incremento ocasional de demanda de bienes o servicios, se suma a la ocupada comúnmente en las actividades habituales y permanentes de los ciclos productivos y que responde a la finalidad de no sobredimensionar definitiva e innecesariamente la plantilla para cubrir esa necesidad de trabajo coyuntural. Sobre la anterior calificación, no plantea dudas el aludido pronunciamiento al considerar que cabe acudir al **contrato eventual por acumulación de tareas cuando una nueva actividad empresarial determine la apertura de otro centro de trabajo.** Tal solución se alcanza por el tribunal de suplicación al considerar que tal situación implica una mayor actividad para el empresario lo que "faculta a éste para dicho contrato eventual" sin que, a su juicio, ello tenga nada que ver con la eliminación de la anterior figura del contrato por lanzamiento de nueva actividad "que, por el mero hecho de ésta propiciaba tal tipo contractual por tiempo determinado". La anterior solución contradice las conclusiones alcanzadas en la STSJ de Canarias de 24 de septiembre de 1999 [JL, núm. 3; crónica IV.3.1.B)] y en la STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2000 [JL, núm. 4; crónica IV.3.A).b)].

Especial interés reviste, por su singularidad, la STS de 14 de febrero de 2001 [III.7.A).c)] en la que se explora el alcance de la institución de la transmisión de empresa y, como es obvio, sus efectos laborales. En el pronunciamiento reseñado se debate sobre la aplicación de la subrogación empresarial en el caso de la **transmisión de un servicio de auto-taxi por el titular de una licencia municipal que venía utilizando como conductor a otra persona que prestaba sus servicios de forma remunerada**. La sentencia razona que la venta del vehículo y la licencia a otra persona, esto es, "los dos elementos de trabajo", suponen la transmisión de una unidad económica de producción y, por tanto, el reconocimiento de la existencia del presupuesto que da lugar a la sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET.

Finalmente, especial importancia tiene la cuestión planteada en la STS de 20 de diciembre de 2000 [X.2.B).c)], sobre si **el ingreso en prisión puede suspender o reducir**, y en qué condiciones, el derecho a percibir una **pensión no contributiva** (de jubilación en este caso) durante el tiempo de internamiento penitenciario. En la citada sentencia se acoge la tesis mantenida en la sentencia de contraste, según la cual, a la vista de los preceptos reguladores de la insuficiencia de medios de vida determinante de la atribución de las pensiones no contributivas, el reconocimiento y la conservación de éstas depende de que el pensionista alcance o no un determinado nivel de ingresos. De esta forma, se concluye en la sentencia de contraste, cuya solución es acogida en unificación de doctrina, que, "en tanto no se proceda a una evaluación precisa del coste de atención a las necesidades del interno, carga que corresponde a la entidad gestora o dispensadora de las prestaciones, no se puede proceder a la reducción o suspensión total de la pensión no contributiva reconocida".

Este pronunciamiento jurisprudencial tiene, sin embargo, en la misma sentencia un Voto Particular que considera, con apoyo en anteriores sentencias del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de octubre de 1999 y 14 de diciembre de 1999), que "en ningún caso cabe computar como rentas o ingresos de un interno en un centro penitenciario los gastos de internamiento, ni siquiera los de alimentación, y que, por lo tanto, tampoco puede

reducirse la pensión no contributiva deduciendo el importe del referido gasto alimenticio. Se mantiene, al respecto, en el voto Particular que: "se trata de un deber que pesa sobre la Administración penitenciaria como consecuencia de la situación de privación de libertad en que se encuentra el que la recibe, que en nada guarda relación con las denominadas rentas de trabajo, sean en metálico o en especie, sin que tengan una intención remuneratoria o sustitutiva, ni existe plano de igualdad entre el que lo da y lo recibe".

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

Las competencias sobre seguridad y salud en el trabajo en la construcción de túneles para el transporte terrestre

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo

Sumario:

Planteamiento. I. Las competencias de la autoridad minera: sentido y alcance de una regla excepcional. 1. El origen del problema: la seguridad minera y la inexistencia de una inspección "laboral". 2. La Inspección de trabajo como regla y la Policía minera como excepción. 3. La restricción de las competencias de la PM al ámbito minero.
II. Los términos de la excepción en el artículo 7.2 de la LPR: contexto y significado. 1. El verdadero papel de la LPR: respaldo legal a una línea continuista. 2. La referencia legal a los "túneles": historia de una confusa e insuficiente reglamentación. 3. La alusión a la "técnica minera": un nuevo elemento restrictivo. 4. La función normativa del RD 1389/1997 y su irrelevancia desde el punto de vista competencial.
III. La construcción de túneles para el transporte terrestre como ámbito especial y especializado. 1. La progresiva especialización de la construcción "civil" a efectos de seguridad e higiene en el trabajo. 2. La renovación y "europeización" de las normas de seguridad en la construcción. 3. El tratamiento singular e integral de las obras subterráneas para el transporte terrestre. 4. Carácter de modelo e irradiación de efectos de la IOS-98. **Conclusiones.**

PLANTEAMIENTO

El artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPR, en adelante), atribuye a "las Administraciones públicas competentes en materia laboral" las funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento de las normas preventivas y sanción de las correspondientes

infracciones (párrafo primero). No obstante, también dispone, a renglón seguido y como excepción a esa regla general, que dichas funciones *"continuarán siendo desarrolladas, en lo referente a los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de técnica minera (...) por los órganos específicos contemplados en su normativa reguladora"* (párrafo segundo).

Esta última referencia –unida a otras previsiones de menor rango normativo– ha suscitado dudas acerca de la autoridad pública competente en materia de prevención de riesgos laborales en los trabajos de construcción de túneles u obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre: ¿se rigen por la regla general del art. 7 LPR, que atribuye la competencia a la "autoridad laboral", o deben incluirse, por el contrario, en esa cláusula excepcional, que remite, implícitamente, a los órganos establecidos en la legislación de minas?; la referencia que dicho precepto hace a los túneles, ¿tiene sentido por sí misma o debe reconducirse, en cambio, a las labores propias de las explotaciones de minas y demás recursos geológicos? Visto desde una perspectiva más concreta, ¿a qué tipo de órganos compete la vigilancia de la seguridad y salud en las obras de construcción de "túneles civiles", a la Inspección de trabajo –contemplada específicamente en el art. 9 LPR– o a las instancias que se han venido contemplando bajo el rótulo genérico de "Policía minera"?[1].

La pregunta es desde luego oportuna, pero probablemente esas dudas no estén justificadas; a decir verdad, puede que no se trate más que de una especie de espejismo legal, originado con toda seguridad por la deficiente, imprecisa y arrebatada redacción de esa norma de cabecera (y de algunos precedentes reglamentarios). Un estudio sosegado de la misma, que permita situarla en su contexto, conectarla con sus antecedentes históricos y la realidad social del tiempo en que se aplica, y atender a su espíritu y a su finalidad (como mandan los cánones interpretativos del art. 3.1 CC), pone inmediatamente de relieve que, como en general ocurre con las obras de carácter "civil" –entendida esta expresión como contraposición a los trabajos "mineros"–, las competencias en el ámbito de la construcción de obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre se inscriben en la cláusula general del art. 7.1 LPR (y no en la del número 2 de ese mismo precepto), y pertenecen, en consecuencia, a la Administración laboral.

I. LAS COMPETENCIAS DE LA AUTORIDAD MINERA: SENTIDO Y ALCANCE DE UNA REGLA EXCEPCIONAL

Aun cuando no incluya ninguna referencia nominal, es razonable pensar que la salvedad del art. 7.2 LPR respecto de "trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de técnica minera", está dirigida a los órganos de la Administración competente en materia de minas, que, de ese modo, serían los "órganos específicos contemplados en su normativa reguladora" a los que alude el último pasaje de ese precepto legal. De aquí

(1) Un planteamiento directo de la cuestión en A. MATEOS BEATO e I.VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "Inspección de Trabajo y Policía Minera (la delimitación de competencias, en materia de seguridad y salud laboral, entre la Policía Minera y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social)", *Información Laboral*, Lex Nova, núm. 23, 1999, pp.16 y ss.

debe partir, en consecuencia, el análisis del art. 7.2 LPR, y para ello es inexcusable traer a colación y clarificar los antecedentes de esa previsión normativa; sólo de esa manera puede explicarse y comprenderse una norma que, sin esa conexión, sería un auténtico misterio.

1. El origen del problema: la seguridad minera y la inexistencia de una inspección "laboral"

Los trabajos dirigidos a la explotación de minas y otros yacimientos naturales han estado sometidos desde hace mucho tiempo a las competencias de vigilancia y control de autoridades específicas, que en buena medida pueden comprenderse en la conocida expresión de "policía minera" (PM, en adelante). La existencia de estas autoridades (residenciadas en el Ministerio de industria o energía, normalmente) ha respondido, en primer término, a la necesidad de someter a la supervisión y vigilancia pública unos bienes (los recursos mineros y geológicos) que desde muy pronto se consideraron de "dominio público", y una actividad (la explotación de los mismos) que, por su relevancia económica, por sus efectos sobre el paisaje, o por otras muchas consecuencias (laborales, sanitarias, etc.) podía afectar a los intereses generales de la población. La Administración "minera" nace, pues, por la necesidad de establecer controles de naturaleza pública sobre un tipo de explotación que, pudiendo ser de propiedad particular, suele afectar al interés público y a derechos de terceros.

LAS DISPOSICIONES QUE EXCLUYAN LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL Y DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL TERRENO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES PARA ATRIBUIRLA A INSTANCIAS O AUTORIDADES DISTINTAS HABRÁN DE SER INTERPRETADAS SIEMPRE DE FORMA RESTRICTIVA

De esa necesidad surge, a fin de cuentas, la legislación especializada en materia de minas, encargada de establecer los correspondientes trámites (autorizaciones, permisos, etc.) y las consiguientes facultades (inspección, sanción, etc.), y encargada de dar vida y acotar el papel de la "policía minera", como autoridad especializada en la dirección y supervisión de todo lo relativo a las explotaciones mineras. Como bien puso de relieve el Reglamento de 1897 –por no remontarnos a normas anteriores–, en dicha autoridad iba a residenciarse la competencia de "inspección y vigilancia de las explotaciones mineras de todo género", función amplia en la que iban a quedar comprendidas tres tareas básicas: la seguridad de las explotaciones, la conservación de la vida y seguridad de los obreros, y la protección de la superficie para la seguridad de las personas y de la circulación pública. La "seguridad de los obreros", así pues, formaba parte de un plan de control

mucho más amplio a cargo de los técnicos en la materia, con el que se perseguía la seguridad integral de las explotaciones mineras[2].

La PM se fue configurando, orgánica y funcionalmente, a través de las sucesivas disposiciones legales sobre minas aparecidas a lo largo del siglo XIX[3], aunque tuvo su primera plasmación importante en el Reglamento de Policía Minera, aprobado finalmente por RD de 15 de julio de 1897. Esta norma supuso, en efecto, la atribución de competencias de "inspección y vigilancia de las explotaciones mineras de todo género" al Cuerpo de Ingenieros de Minas y a sus subalternos ("capataces", auxiliados a su vez por "vigilantes"), como autoridades especializadas en la dirección y supervisión de las minas; competencias que se iban a extender, básicamente, a la seguridad de las explotaciones, a la conservación de la vida y seguridad de los obreros, y a la protección de la superficie para la seguridad de las personas y de la circulación pública[4]. Los posteriores Reglamentos de policía minera iban a seguir esa estela, bien es verdad que matizando y en algún caso ampliando las facultades de la Administración correspondiente[5]. Punto relevante dentro de esa serie normativa iba a ser el Reglamento de 1934 (Decreto de 23 de agosto de 1934[6]), algunas de cuyas líneas se incorporarían más tarde a otras disposiciones más modernas, como el RD 863/1985, de 2 de abril, de Normas Básicas de Seguridad Minera (RGNBSM), así como a las distintas leyes generales sobre la actividad minera aprobadas a lo largo del siglo XX[7].

Frente a esas instituciones, la Inspección de Trabajo (IT, en adelante) no fue creada hasta el año 1906 (RD de 1 de marzo de 1906); hasta ese momento no había exactamente una

(2) La preocupación por este otro "flanco" de la seguridad estuvo ya presente, cuando menos, en el Real Decreto de 4 de julio de 1825, del que arrancan, según declaraciones del propio legislador, las bases de "nuestro derecho minero moderno". Es muy significativo a estos efectos el preámbulo del RD de 15 de julio de 1897, sobre Policía minera, en el que se destaca el papel de esa norma de 1825 en la ordenación de las tareas de inspección y vigilancia sobre los trabajos y operaciones llevadas a cabo en las minas de particulares (a través de "inspectores de distrito"), y en el que se alude a una Instrucción de 18 de diciembre de 1825, que proporcionó, precisamente, reglas de carácter general "relativas a la policía y seguridad de los minados y a las visitas que a ese fin habían de realizar los inspectores o sus delegados".

(3) Aunque con precedentes en años anteriores, una norma de especial relevancia en ese sentido fue el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868, sobre "bases generales para la nueva legislación de minas", cuyo art. 22 fijaba las prescipciones generales de "policía y seguridad" y las atribuciones de la Administración pública, y cuyo art. 29 preveía la aprobación, a tal efecto, de "un reglamento de policía".

(4) El Reglamento incluía, por lo demás, numerosas medidas de seguridad y prevención frente a los accidentes, y, seguramente por su proximidad con la industria minera, atribuía "a la inspección y vigilancia de los ingenieros del Cuerpo de Minas los motores de todas clases empleados en la industria minero-metalúrgica".

(5) El Reglamento de 1910 (RD de 28 de enero de 1910), por ejemplo, consagró ya de manera directa la extensión de las competencias del Cuerpo de Ingenieros de Minas y de sus subalternos a "las explotaciones mineras y metalúrgicas", aunque sus líneas generales eran bastante parecidas a la normativa anterior.

(6) El Reglamento de 1934 se declaraba aplicable no sólo a "minas, canteras, turbales y salinas", sino también a fábricas metalúrgicas y siderúrgicas, fábricas de explosivos, fábricas de cementos, centrales térmicas, sondeos, e incluso a "túneles para ferrocarriles, saltos y conducción de aguas, alcantarillas, y, en general, todos los trabajos subterráneos". Como era de esperar, este nuevo Reglamento seguía encomendando al Cuerpo de Ingenieros de Minas y Capataces Facultativos de Minas las potestades de "dirección, vigilancia y responsabilidad" en la explotación de minas, y, en particular, "la seguridad de los trabajos en todas las industrias especificadas en el artículo anterior" y "la protección de los obreros contra los peligros que amenacen su salud o su vida".

(7) En un primer momento, Ley de 19 de julio de 1944; más tarde, Ley 22/1973, de 21 de julio.

autoridad "laboral" especializada en la vigilancia y control de las normas y prescripciones laborales (lo que ha llevado a decir, dicho sea de paso, que el primer antecedente de la IT es precisamente la PM[8]). Sucede, además, que la IT nació con un ámbito de actuación muy limitado, ceñido al control de las pocas normas laborales que habían aparecido hasta esos momentos (accidentes de trabajo, mujeres y menores, y descanso dominical), sin perjuicio de que se proyectara su extensión a "las demás leyes y disposiciones protectoras y reguladoras del trabajo dictadas o que puedan dictarse en lo sucesivo". Ese dato, unido a la singularidad del trabajo en las minas, hizo que en una primera fase se mantuvieran las competencias que venía desarrollando la PM en materia de seguridad de los obreros, y que, en definitiva, concurriesen IT y PM en la vigilancia de la seguridad laboral, cada una dentro de su respectivo ámbito.

De todas formas, la IT nacía con una clara vocación "generalista", no sólo porque se le atribuían competencias de vigilancia respecto de "las demás leyes y disposiciones protectoras y reguladoras del trabajo dictadas o que puedean dictarse en lo sucesivo", sino también porque tales facultades se iban a extender a cualquiera de los aspectos del trabajo, incluido, por lo tanto, el relativo a la seguridad e higiene, como vino a decir el Decreto de 9 de mayo de 1931[9]. Como no podía ser de otra manera, esta progresiva ampliación de funciones iba a suscitar problemas de ajuste o situaciones de fricción o solapamiento con la PM (y con otras autoridades o cuerpos profesionales[10]), que trataron de solventarse mediante previsiones incidentales en las normas de la época (como la Ley de 1 de julio de 1931, de Jornada máxima[11]), o mediante normas específicas de delimitación de competencias, como el Decreto de 9 de febrero de 1934[12], o el Decreto de 26 de junio de

(8) Sin perjuicio de que en el último tercio del siglo XIX comenzaran a aflorar, al menos en la letra de la ley, otras instituciones más apegadas a la incipiente legislación laboral, como los "jurados mixtos" (en la Ley de 1873, por ejemplo) o las "juntas locales o provinciales" de reformas sociales, bajo la supervisión de los Gobiernos civiles (en la Ley de 1900, sobre trabajo de mujeres y menores, por ejemplo) que, por cierto, pudieron seguir actuando en aquellos ámbitos a los que no hubiera llegado aún la Inspección de Trabajo. *Vid.* F. PÉREZ-ESPINOSA, *Las infracciones laborales y la Inspeccción de Trabajo*, Montecorvo, 1977, pp. 54 y ss., I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "La Inspección de Trabajo en España: antecedentes y desarrollo histórico. Derecho internacional y comparado", en AA.VV., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, 1999, pp. 19 y ss., y R.A. LÓPEZ *et alteri*, *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Deusto, Bilbao, 1991, pp. 22 y 23.

(9) Este Decreto, a la vista de los criterios fijados por la OIT para la Inspección de Trabajo, proporcionó un nuevo Reglamento para el Servicio de Inspección, donde se le atribuyó la función general de "velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión", sin distinciones ni salvedades. Con todo, en los primeros años la IT convivió con la Inspección de seguros sociales, creada en 1921, aunque unificada después. Sobre la configuración legal y el carácter generalista de nuestra IT, en contraste con las de otros países, I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "La Inspección de Trabajo en España: antecedentes y desarrollo histórico. Derecho internacional y comparado", cit., pp. 37 y ss. El marco comparado puede consultarse en Comisión Europea, *Inspección de Trabajo en la Comunidad Europea. Salud y seguridad. Sistemas jurídicos y sanciones*, Bruselas-Luxemburgo, 1995.

(10) Por ejemplo, Cuerpo de Ingenieros en industrias fabriles y de transformación, y Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos para ferrocarriles. A ellos se refieren, respectivamente, los Decretos de 3 de julio de 1934 y 6 de diciembre de 1934, dictados a imagen y semejanza del que vamos a ver para aquel problema inicial.

(11) Cuyo artículo 46, dentro de un capítulo dedicado a minas, salinas y canteras, dispuso que "los Ingenieros de Minas, encargados del servicio de policía minera, así como los Inspectores ed Trabajo, podrán comprobar las denuncias de infracción que se les hagan, y levantar por sí actas de apercibimiento y de infracción, que tendrán la misma virtualidad que las formuladas por los Inspectores e igual tramitación para la imposición de las sanciones".

(12) Se hacía constar en esta norma que "desde época muy remota" diversos preceptos y disposiciones legales habían encomendado al Cuerpo de Ingenieros de Minas funciones de inspección y vigilancia de las minas, no sólo para "el más perfecto aprovechamiento de las sustancias minerales", sino también para garantizar la salubridad de las minas y la seguridad de los obreros. Por ello, una vez puesta en marcha la IT, se podía crear "cierta confusión de jurisdicciones en lo que se refiere a la industria minera", donde la inspección de carácter técnico estaba reservada a los Ingenieros de Minas, especialmente en relación con los accidentes de trabajo; máxime, añadía el Decreto, dado que "es notorio el distinto carácter

1934[13], todos ellos tendentes a reforzar la competencia general de la IT y a restringir las facultades de la autoridad minera a las cuestiones de seguridad en el ámbito de aplicación de la legislación de minas.

A la postre, puede decirse que la atribución de competencias a la PM en materia de seguridad e higiene, y la pervivencia de las mismas a lo largo del tiempo, no responde más que a la concurrencia de dos grandes factores: de un lado, a la ausencia, en un primer momento, de autoridades laborales especializadas en las funciones de control y vigilancia de los riesgos del trabajo minero; de otro, a la peculiaridad de las labores mineras, a los riesgos singulares de esa clase de trabajo y a las especiales técnicas usadas en ese tipo de explotaciones[14]. Es este origen el que explica, asimismo, la anómala e insólita acumulación de competencias en el seno de la PM, referidas tanto a la supervisión "pública" de las explotaciones como a la dirección técnica de las mismas y a la vigilancia de la seguridad del obrero. En todo caso, y precisamente por las particularidades de esa situación inicial, la puesta en marcha de la "inspección laboral" iba a suponer la progresiva acotación y restricción de esas potestades en relación con el aspecto "laboral" de la explotación, hasta el punto de que tan sólo sobrevivirían a determinados efectos y como excepción a la regla general[15].

2. La Inspección de trabajo como regla y la Policía minera como excepción

La legislación posterior, en efecto, iba a consagrar cada vez con más nitidez la competencia general de la IT en materia de seguridad e higiene, así como el carácter residual o

que ambas inspecciones deben y pueden ostentar", y que los problemas de ejercicio de funciones sólo se producen por "el probado celo de los funcionarios" encargados de ejercerlas. De ahí la conveniencia de "ahorrar a las sometidas inspecciones molestas, y aun perjuicios evidentes, al ser impuestas en alguna ocasión sanciones severas por razón del distinto criterio de los que formularon prescripciones diferentes y aun posiblemente contradictorias". En consecuencia, se consideraba necesario concretar el ámbito de una y otra, y a tal fin se disponía que "la Inspección del Trabajo, en lo que se refiere a las explotaciones mineras, entenderá únicamente en las cuestiones sociales (jornada máxima, descanso dominical, trabajo de mujeres y niños, horas extraordinarias, etc., y disposiciones del Código y Contrato de Trabajo), siendo de competencia exclusiva del Cuerpo de Ingenieros de Minas la inspección de todos los demás servicios de la mina especificados en el Reglamento de Policía Minera".

(13) Según el cual, la Inspección del Trabajo, en lo que se refiere a las minas, canteras, fábricas metalúrgicas y demás industrias sujetas al Reglamento de Policía minera, "entenderá únicamente en las cuestiones relativas a jornada máxima, descanso dominical, trabajo de mujeres y niños, horas extraordinarias y disposiciones contenidas en los libros 1º y 2º del Código de Trabajo, referentes a contratos de trabajo y aprendizaje", con el añadido de que "la inspección y vigilancia de todas las demás disposiciones y servicios no especificados en las minas, fábricas, canteras, fábricas metalúrgicas e industrias sujetas al Reglamento de Policía minera serán de la exclusiva competencia de los Ingenieros de Minas". *Vid.* F. PÉREZ-ESPINOSA, *Las infracciones laborales y la Inspección de Trabajo*, cit., p. 85.

(14) Razones que, muy probablemente, explican que el Convenio núm. 81 de la OIT (de 1947), sobre Inspección de Trabajo, permita que las correspondientes legislaciones nacionales exceptúen de sus reglas "a las empresas mineras" (art. 2.2), cláusula que se reitera en la Recomendación núm. 82, de aquel mismo año, y, ya con un carácter más prescriptivo, en el art. 5.b) del Convenio núm. 176 de 1995, aplicable específicamente a los trabajos en minas, entendiendo por tales los emplazamientos dedicados a las actividades de exploración de minerales, extracción de los mismos y preparación del material extraído. *Vid.* I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "La Inspección de Trabajo en España: antecedentes y desarrollo histórico. Derecho internacional y comparado", ob. cit., pp. 34 y ss.

(15) Como vinieron a poner de relieve las SSTS de 29 de septiembre y 24 de diciembre de 1976 (Ar. 4893 de 1976 y 2479 de 1977).

excepcional de la PM (y del correspondiente sector de la Administración pública), cuyas facultades se limitarían a la vigilancia "de la seguridad del obrero en las minas y canteras". Con el paso del tiempo, así pues, la IT quedaría configurada como institución básica y general en la tarea de vigilancia y control de las normas laborales (incluidas las de seguridad y salud en el trabajo), mientras que la PM quedaría limitada al trabajo minero y, dentro del mismo, a los problemas de seguridad, con exclusión de otros aspectos de la legislación laboral o social[16]. Este progresivo reajuste de papeles, del que resultaría a fin de cuentas el carácter "general y generalista" de la IT, se fue llevando a cabo por tres canales normativos, distintos pero claramente convergentes en este punto concreto:

LA COMPETENCIA ATRIBUIDA A LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO ES DE CARÁCTER GENERAL Y ESTÁ SUJETA A UNA CLÁUSULA FORMAL DE RESERVA DE LEY CONTRA LA QUE NO PUEDEN ACTUAR NORMAS DE MENOR RANGO

A) El primero de ellos arranca de las normas reguladoras de la IT, y, en particular, de la Ley de 15 de diciembre de 1939, que nació con el fin de unificar "la diversidad de Inspecciones que en orden al trabajo se habían establecido en España", para obtener "un mayor rendimiento en el servicio". Esa declaración[17] fue la que a la postre vino a configurar a la IT como institución general y básica en el control de las normas sociales, competente para supervisar "todos los aspectos relacionados con la prevención de accidentes del trabajo, cualquiera que fuese la clase de industria" [art. 2.f)]; lo cual no fue obstáculo para que a través del Reglamento de desarrollo de la Ley (de 13 de julio de 1940) se mantuviera la competencia de los Ingenieros de Minas para la "vigilancia de la seguridad del obrero en las minas y canteras" [art. 2.a)][18], puesto que era una excepción que confirmaba la regla y que siempre se interpretaría de forma restrictiva[19].

Los siguientes hitos dentro de esta primera serie normativa vinieron de la mano de la Ley 39/1962, de 21 de julio, que mantuvo aquella competencia general de la IT, con la salvedad

(16) Vid. A. MATEOS BEATO e I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "Inspección de trabajo y policía minera", cit., p. 6.

(17) Con la que también se daba paso, en el plano institucional, a la creación de un solo Cuerpo de Inspección "social", a partir de los existentes (Inspección de Trabajo, de Emigración y de Seguros Sociales).

(18) En todo caso, ni siquiera en ese terreno desaparecía por completo la competencia de la IT, que estaba habilitada para comunicar a la PM "cuantas deficiencias observe a este respecto" [art. 2.a) del Reglamento]; por supuesto, también lo estaba con carácter general para desempeñar la función de vigilancia de la legislación social en las minas y canteras. Por otra parte, el art. 4.b) del Reglamento daba a los Ingenieros de Minas la condición de "órganos colaboradores del Servicio Nacional de la Inspección de Trabajo" en el seguimiento de la legislación social, de modo que –siguiendo las pautas del art. 46 de la Ley de Jornada de 1931– se les autorizaba a levantar actas por infracción dentro de minas y canteras a la legislación social "en funciones de Inspección de Trabajo".

(19) *Vid.* Decreto de Presidencia del Gobierno de 20 de diciembre de 1951 (BOE de 26 de diciembre), en el que se resuelve a favor del Ministerio de Trabajo –y de la IT– el conflicto de competencias planteado con el Ministerio de Industria y Comercio a propósito de la inspección de una "fábrica de aglomerados" de una empresa minera y de una empresa siderometalúrgica, pese a que ambas estaban bajo la vigilancia de la Policía Minera.

formal de las facultades que por ley pudieran atribuirse a otras autoridades y organismos [art. 2.1.a)][20], y de la Ley 42/1997,de 14 de noviembre, que, igualmente, atribuye a la IT competencia en toda clase de empresas[21], con la única excepción de "los centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas", que "continuarán rigiéndose por su normativa específica, sin perjuicio de la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las materias no afectadas por la misma" (art. 4.2)[22]. Hay en esta Ley, así pues, una remisión a las normas que, dentro o fuera de la legislación laboral, pero siempre con rango suficiente –rango legal, para ser más precisos–, dispongan otra atribución de competencias, o asignen funciones específicas a otros órganos o Cuerpos de la Administración (como es el caso de las leyes de minas, por lo que ahora interesa).

B) El segundo segmento normativo está representado por la legislación de minas, que es precisamente uno de los objetos posibles de las normas de remisión que acabamos de citar. Dentro de esta otra franja ha de citarse en primer lugar la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, que dispuso en su art. 67 que el Ministerio de Trabajo, "como encargado de vigilar el cumplimiento de las leyes sociales", intervendrá a través de sus órganos técnicos en las explotaciones mineras y establecimientos de beneficio, en la forma consignada por las leyes, "con la sola limitación de la prevención de accidentes y seguridad personal del obrero, cuya misión corresponderá con carácter exclusivo al Cuerpo de Ingenieros de Minas"[23]. Una previsión similar se recogía en el art. 189 del Reglamento de la Ley (Decreto de 9 de agosto de 1946).

Esta línea de regulación siguió con la Ley de Minas de 1973 –parcialmente modificada con posterioridad[24], pero sin trascendencia a estos efectos–, que, aunque atribuyó al Ministerio de Industria la inspección y vigilancia de todos los trabajos propios de la explotación minera[25], lo hizo "sin perjuicio de las competencias que a otros Organismos de la Administración confiera la legislación vigente" (art. 117), y especificando que en todo caso, en lo relativo a "prevención de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, así como a la exacta observancia de las normas de seguridad e higiene en el

(20) Una excepción expresa sería, precisamente, la relativa a "los trabajos en las minas y en canteras", pero "tan sólo a efectos de seguridad en el trabajo", como especificó el art. 4 del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto 2122/1971, de 23 de julio.

(21) Empresas, establecimientos, centros de trabajo, vehículos y medios de transporte, puertos y aeropuertos, entidades colaboradoras de la Administración, sociedades laborales, etc., según la amplia relación de ese precepto.

(22) Una previsión similar, remitiéndose a ese precepto legal, se recoge en el art. 2.2 del RD 138/2000.

(23) En correspondencia con esa previsión, el art. 5 de la misma Ley había establecido que la explotación de sustancias comprendida en su ámbito de aplicación "estará sujeta a la intervención administrativa en lo relativo a la seguridad del trabajo y del personal, conforme al Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, siempre que las labores requieran la aplicación de técnica minera".

(24) Por la Ley 6/1977, de 4 de enero, sobre "fomento de la minería", y por la Ley 55/1980, de 5 de noviembre, de "minas", que completan o precisan su radio de acción, pero sin modificarlo sustancialmente.

(25) Labores de exploración, investigación, explotación y aprovechamiento de recursos regulados por esa Ley, así como de los establecimientos de beneficio de los productos obtenidos.

trabajo"[26], dichas funciones de inspección y vigilancia quedaban circunscritas "a las explotaciones mineras de cualquier orden y a cuantos trabajos regulados por esta Ley exijan la aplicación de técnica minera"[27]. Se hacía la advertencia, además, de que "en casos de urgencia en que peligre la seguridad de las personas", la competencia de suspensión de trabajos que se atribuía con carácter ordinario a las Delegaciones de Industria[28], se entendería "sin perjuicio de las funciones y facultades que a la Inspección de Trabajo confieren las disposiciones vigentes" (art. 116).

Esta distribución de competencias se iba a reflejar también, como era de esperar, en las normas reglamentarias que, naciendo de la LM, se iban a ocupar específicamente de la seguridad minera. Tal es el caso del RD 863/1985, de 2 de abril, que aprobó el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (RGNBSM). Su precepto clave a estos efectos es el art. 168, que "de acuerdo con la Ley de Minas de 1973", atribuye a la Administración de industria y energía[29] "las funciones de inspección y vigilancia en lo relativo a previsión de accidentes y enfermedades profesionales, al análisis de las causas del accidente y a plantear las conclusiones pertinentes, el cumplimiento del presente Reglamento, así como la estricta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo en las explotaciones mineras de cualquier orden y en cuantos trabajos regulados por la citada Ley que exijan la aplicación de la técnica minera", pero recordando al mismo tiempo la competencia general de la IT, al precisar que en los supuestos en que como consecuencia de esa actuación, la Autoridad competente tuviera conocimiento de hechos que pudieran producir efectos en el ámbito normativo laboral y de seguridad social, "dará traslado de las actuaciones practicadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social"[30].

C) El tercer estrato normativo pertenece ya al terreno específico de la seguridad y salud en el trabajo, en el que también se fue consagrando la competencia general de

(26) Añadió esta norma, como se ha podido comprobar, una referencia a la "higiene" de los obreros que no aparecía con anterioridad, pero en realidad era un añadido lógico y previsible, puesto que es un aspecto inseparable de la "seguridad" en sentido amplio, sobre todo en relación con la enfermedad profesional, como habían puesto de relieve algunas normas reglamentarias sobre el tema (Órdenes de 17 de enero de 1959 y 9 de mayo de 1962). *Vid.* A. MATEOS BEATO e I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "Inspección de Trabajo y Policía Minera", ob. cit., p. 10.

(27) El art. 143 del Reglamento de 1978 reiteró que incumbía a dicho Ministerio, a través de la Dirección General de Minas y de los Cuerpos de Ingenieros de Minas a su servicio, "la inspección y vigilancia de todos los trabajos de exploración, investigación, explotación y aprovechamiento de recursos" regulados por la Ley de Minas y el propio Reglamento, así como la inspección y vigilancia de los establecimientos de beneficio y de los productos obtenidos, sin perjuicio –de nuevo– de las competencias que a otros Organismos de la Administración confiriera la legislación vigente.

(28) Sobre su alcance, y sobre su posible concurrencia con las facultades de licencia o autorización de otras autoridades, STS de 16 de marzo de 2000 (Ar. 10115), entre otras muchas.

(29) Expresamente, "al Ministerio de Industria y Energía, o al Órgano Autonómico correspondiente, en aquellas Comunidades en que se haya transferido la competencia en materia de minas".

(30) La referencia a ese cuadro de distribución de competencias hizo su aparición también en algunas Reglamentaciones del sector. El art. 9 de la Orden de 18 de mayo de 1964, para la industria explotadora del carbón de hulla, disponía, por ejemplo, que "el Ministerio de Trabajo, por medio de la Inspección de Trabajo, vigilará el cumplimiento de las leyes sociales en las explotaciones hulleras sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Minas". No aludió a este problema, sin embargo, el Estatuto del Minero (aprobado por RD 3255/1983, de 21 de diciembre), que pese a derivar de la legislación de minas, se limitó a incluir un amplio catálogo de medidas preventivas y a reforzar los instrumentos de vigilancia (comités y delegados de prevención).

la IT[31]. Una primera regulación general de esta materia[32] apareció con la Orden de 31 de enero de 1940 (Reglamento General de seguridad e higiene en el trabajo), aplicable a las industrias o trabajos afectados por la legislación de accidentes de trabajo (entre los que se encontraban, desde luego, los sectores de minas y construcción), aunque pudieran estar sujetos, al mismo tiempo, a otros "Reglamentos o instrucciones particulares". No era ésta una norma de atribución estricta de competencias, pero hacía ver que la supervisión de esta nueva normativa correspondía al Ministerio de Trabajo y a sus Delegaciones.

Más clara fue, en cualquier caso, la Orden de 7 de marzo de 1971, que aprobó la Ordenanza General de seguridad y salud en el trabajo en sustitución del anterior Reglamento, que declaró su aplicación a todas las personas comprendidas en el sistema de seguridad social, y que procedió de manera expresa y exhaustiva a la fijación de competencias en la materia. Así, para la dirección, supervisión y difusión de la política de seguridad e higiene en el trabajo se aludió al Ministerio de Trabajo, mientras que para las tareas de vigilancia y control se aludía, sin salvedades ni limitaciones aparentes, a la IT, respecto de la que se establecía, además, el consabido deber de "auxilio" a cargo de otras autoridades o agentes (art. 4). Estas referencias habían de conjugarse, como es obvio, con las normas relativas a las explotaciones mineras, pero, en todo caso, no hacían más que confirmar aquella regla general: en materia de seguridad e higiene la institución competente es la IT, sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas.

La situación consagrada por la Ordenanza de 1971 era la vigente a la entrada en vigor de la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales, que en su art. 7 da continuidad a esa línea de regulación (competencia de la autoridad laboral como regla general, competencia excepcional de las autoridades mineras en ese ámbito específico), y que en su art. 9 reafirma en favor de la IT su condición de instancia general en la "vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales", además de reiterar la obligación de

(31) Ciertamente, en sus primeras manifestaciones las normas de seguridad y salud en el trabajo –o de "seguridad e higiene", por utilizar la terminología de la época– no abordaron de manera directa toda esta problemática. Tal es el caso de la Real Orden de 2 de agosto de 1900, que proporcionaba, a instancias de la Junta de Reformas Sociales, un catálogo de mecanismos preventivos de los accidentes de trabajo, y que daba a tal efecto una serie de criterios para acometer ese objetivo, algunos de aplicación general y otros por ramas de actividad, entre ellas las obras de construcción o las explotaciones mineras. Una consideración similar puede hacerse a propósito de la Real Orden de 29 de enero de 1903, que, situada asimismo en ese contexto embrionario, anunciaba la preparación de una "reglamentación" específica para esta materia, incluyendo a tal fin un cuestionario sobre las medidas de seguridad e higiene adoptadas voluntariamente por las empresas, aunque había que suponer que una vez puesta en marcha la IT, sería ésta la encargada de desempeñar esas tareas, salvo exclusión legal expresa.

(32) En años anteriores, no obstante, ya se habían ratificado algunos Convenios internacionales, que dieron lugar, en más de un caso, a la aprobación de normas de "trasposición", como el Real Decreto-Ley de 19 de febrero de 1926, que prohibió el empleo de la cerusa, el sulfato de plomo y demás productos con tales pigmentos, desarrollado por un Decreto de 28 de mayo de 1931.

"auxilio y colaboración" que incumbe respecto de la misma a "las Administraciones públicas y cuantas personas ejerzan funciones públicas"[33].

En definitiva, de todo este acervo normativo se puede extraer la conclusión de que la IT es la instancia competente con carácter general en materia de seguridad y salud en el trabajo[34], y que la PM ocupa ya un lugar muy limitado en ese terreno, como excepción –o como una de las excepciones, por decirlo mejor– a dicha regla general, como por lo demás ha ido poniendo de relieve la doctrina administrativa y la jurisprudencia[35]. Esta excepción no se debe tanto a la caracterización de ese Cuerpo como a la índole del trabajo minero y del medio en que se realiza[36], y de ahí que la legislación minera –que es la más específica para ese tipo de trabajos, y la que actúa como norma de remisión en las cláusulas de excepción previstas dentro de la legislación laboral– haya ido restringiendo las competencias de la PM al ámbito de las "minas y canteras", esto es, al ámbito de las explotaciones mineras y, en su caso, a ciertos trabajos realizados en las mismas, o con ocasión de las mismas, que exigen "técnica minera".

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO ES LA INSTANCIA COMPETENTE CON CARÁCTER GENERAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, PASANDO A OCUPAR LA POLICÍA MINERA UN LUGAR MUY LIMITADO EN ESTE TERRENO

Conviene destacar, asimismo, que desde la Ley de IT de 1939 ese reparto de competencias está abordado directa y expresamente por normas de rango legal; la reiterada alusión a las salvedades que por "ley" se establezcan, o a las competencias "legalmente" atribuidas, lo pone de relieve con toda claridad. Aparte de su innegable trascendencia a todos los efectos, en el plano formal ello supone, evidentemente, la superación de una etapa normativa (hasta los años treinta, podría decirse) confusa e inmadura en la que habían podido jugar un papel

(33) Deberes que ya estaban presentes, por cierto, en el art. 4.b) del Reglamento de 1971 en relación con los Ingenieros de Minas, a los que se calificaba como "órganos colaboradores del Servicio Nacional de la Inspección de Trabajo" en el seguimiento de la legislación social. *Vid.* E. GONZÁLEZ BIEDMA, *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 200 ss. El deber de colaboración viene complementado, además, por el mandato de coordinación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales (art. 11 LPR), y viene respaldado por la calificación como infracción administrativa de los actos de obstrucción a la labor inspectora (art. 50 LISOS). *Vid.* J. MERCADER y C. TOLOSA, *Derecho administrativo laboral*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 287, y J. MINONDO SANZ, *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad social*, Ministerio de Trabajo, 2000, pp. 95 y ss.

(34) *Vid.* A. V. SEMPERE, J. GARCÍA BLASCO, M. GONZÁLEZ LABRADA y M. CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, 1996, pp. 128 y ss.

(35) *Vid.* SSTS de 29 de septiembre de 1976 (Ar. 4893) y de 24 de diciembre de 1976 (Ar. 2479 de 1977). *Vid.* también Decretos de 20 de diciembre de 1951 (BOE de 26 de diciembre) y 2 de mayo de 1968 (BOE de 11 de mayo), citados en A. MATEOS BEATO e I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "Inspección de trabajo y policía minera", cit., p. 13.

(36) Un exposición sucinta pero clarificadora en I. BERNARDO JIMÉNEZ, "La actuación de la Inspección de Trabajo en materia de prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 23, 1996, pp. 457 y 458. Matizando la incidencia de esos factores, en el sentido de que tampoco impiden una atribución directa de competencias a la IT incluso en ese terreno, M. A. GARCÍA RUBIO, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 269.

desmedido las previsiones reglamentarias; previsiones que con vistas al futuro quedaban claramente relegadas, y que sólo podrían desempeñar un papel secundario o de desarrollo de las prescripciones legales.

3. La restricción de las competencias de la PM al ámbito minero

La existencia de la PM, y el haz de competencias que aún mantiene, están indisolublemente ligados, así pues, al ámbito de aplicación de las leyes de minas, que son las que le dieron vida y las que siguen marcando su radio de acción. Se trata, por decirlo de otra manera, de un aparato institucional y normativo inescindiblemente unido a las explotaciones mineras, no sólo porque así se desprende de la ley, sino también porque es en ese ámbito donde encuentra su finalidad y su razón de ser[37]. Es más: como tendremos ocasión de ver, tales facultades ni siquiera llegan en todos los casos a la totalidad de la actividad que se desarrolla en el medio minero, sino únicamente a los trabajos que, dentro de ese contexto, requieren "técnica minera" (como recuerda, por cierto, el propio art. 7.2 LPR)[38]. La minería es, en suma, su destino indeclinable.

Esa estricta delimitación de su ámbito de aplicación se advierte con claridad en las leyes de minas, que, sobre todo en sus versiones más modernas –desde mediados del siglo XX, para ser más concretos–, siempre han ceñido las competencias de la autoridad minera al ámbito propio de las explotaciones mineras, superando de esa forma las vacilaciones o titubeos de las normas anteriores. Datos cruciales en ese sentido son los que proceden de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944[39] y, en especial, de la Ley 22/1973, de 21 de julio (ya sabemos que parcialmente modificada con posterioridad), aplicable, según sus propias disposiciones, a "la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos cualesquiera que fueren su origen y estado físico" (art. 1). El Reglamento de la Ley –Decreto 2857/1978, de 25 de agosto– confirma plenamente la exclusiva aplicación de esta normativa a las actividades de "exploración, investigación, aprovechamiento y beneficio de todos los yacimientos minerales y demás recursos geológicos".

(37) Ésta es, igualmente, la pauta de la normativa aprobada en el seno de la OIT: el Convenio núm. 176, de 1995, es aplicable, de modo específico pero también exclusivo, a los trabajos en minas, esto es, a los emplazamientos dedicados a las actividades de exploración de minerales, extracción de los mismos y preparación del material extraído.

(38) *Vid.* A. MATEOS e I. VÁZQUEZ, "Inspección de Trabajo y policía minera", cit., pp. 12 y 13. Ya lo aclaró, por lo demás, la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 1 de enero de 1984 (publicada en *Revista de Política Social*, núm. 142, 1984, p. 197), según la cual no era de competencia de la PM, sino de la IT, la vigilancia y control de las actividades realizadas en empresas mineras ajenas a la explotación en sentido estricto, por no estar reguladas en la Ley de Minas o por no requerir técnica minera.

(39) Dicha Ley ceñía su ámbito de aplicación a la explotación de sustancias minerales (rocas y minerales) que requerían "la práctica de trabajos con arreglo a técnica minera", así como a los llamados "establecimientos de beneficio", dirigidos a "tratar o beneficiar sustancias minerales" (arts. 1 y 53). Eran éstas, y sólo éstas, las actividades que, según dicha disposición legal, requerían autorización del Ministerio de Industria y Comercio, y las que, en consecuencia, quedaban sujetas a la supervisión y el control de dicha Administración pública. Una clasificación más pormenorizada se recogía en el art. 1 del Reglamento aprobado por Decreto de 9 de agosto de 1946.

La consecuencia más inmediata de ello es que las competencias de inspección y vigilancia que a lo largo de dicha legislación se atribuyen a la Administración de Minas, a través de sus Cuerpos específicos, se entienden ceñidas funcional y materialmente a la actividad minera. Esta restricción tiene validez general, y es aplicable en particular a las instituciones "mineras" específicamente encargadas de la prevención de riesgos profesionales y, en general, de la observancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, que, en consecuencia, habrán de limitar su función a la explotación de yacimientos mineros y demás recursos geológicos.

Suficientemente expresivos a estos efectos son los arts. 116 y 117 LM, que de modo expreso ciñen las competencias del Ministerio de Industria y de sus Delegaciones[40] a las "explotaciones mineras de cualquier orden" y a los "trabajos de aprovechamiento de recursos", siempre en el sentido del art. 1 de la propia LM[41]. Con formulación similar, aunque con mayor precisión y minuciosidad, los arts. 142 y 143 del Decreto 2857/1978 reiteran esa delimitación del ámbito competencial de las autoridades de industria y energía y de los Cuerpos de Ingenieros de Minas. Especialmente significativo a estos efectos es el párrafo tercero del art. 143.1 del Reglamento, en el que se declara expresamente que las funciones de inspección y vigilancia en lo relativo a prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y a la exacta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, "se circunscriben a las explotaciones mineras de cualquier orden y a cuantos trabajos regulados por la Ley de Minas exijan la aplicación de la técnica minera".

La misma claridad, aunque con un mayor grado de especificación, se deriva, como no podía ser menos, del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (RD 863/1985), que, como ya sabemos, proporcionó en su momento unas "reglas generales mínimas de seguridad", con el fin de lograr "la protección de las personas ocupadas en estos trabajos contra los peligros que amenacen su salud o su vida", "la seguridad en todas las actividades específicas en el apartado anterior", "el mejor aprovechamiento de los recursos geológicos", y "la protección del suelo cuando las explotaciones y trabajos puedan afectar a terceros".

De esta especificación de objetivos se deduce fácilmente que el ámbito exclusivo de aplicación de dicha norma reglamentaria es, una vez más, el de las explotaciones mineras,

(40) Departamento Ministerial que, en su caso, habrá de entenderse sustituido por las autoridades estatales o autonómicas que, a raíz de una reestructuración administrativa, o del proceso de traspaso de servicios y competencias, hayan asumido las correspondientes atribuciones, según daba a entender, por ejemplo, el art. 1 RGNBSM (al aludir a las Comunidades Autónomas "que tengan atribuciones estatutarias para ello"), o el art. 168 de ese mismo Reglamento (al especificar el haz de competencias de las autoridades mineras). Un ejemplo de transferencia lo ofrece el RD 1860/1984, de 18 de julio, que traspasa a la Comunidad de Madrid, dentro de su territorio, las funciones y servicios (autorización, permiso, inspección y vigilancia, básicamente) desempeñados hasta esa fecha por el Ministerio de Industria y Energía en el ámbito de la minería. Como no podía ser de otro modo, esta norma limitaba también esas competencias a los ámbitos y actividades previstos y regulados en la Ley 22/1973, de Minas, y a los que se comprendían en el Reglamento de Policía minera (norma que estaba vigente en ese momento pero que sería sustituida y derogada por el RGNBSM de 1985).

(41) Preceptos que, como ya sabemos, salvan al mismo tiempo la competencia de la IT y de "otros Organismos de la Administración" en este terreno de la seguridad y salud en el trabajo, de acuerdo con la "legislación vigente".

aun entendidas en sentido amplio[42]; tales objetivos, además, sólo pueden encontrar sentido en explotaciones de esa clase, pues sólo en ellas puede hablarse con propiedad de "aprovechamiento" de recursos o de "protección del suelo". Son esas actividades, en consecuencia, las que quedan "bajo la autoridad de un Director facultativo responsable con titulación exigida por la Ley" (art. 3), las que requieren los trámites de aprobación de proyectos y de autorización de "puesta en servicio", con las correspondientes medidas de seguridad (art. 7), y las que en materia de seguridad e higiene en el trabajo quedan sujetas a la competencia de la Administración "de Industria y Energía" (la competente en materia de minas, en definitiva), en los términos y condiciones, desde luego, previstos en el art. 168 RGNBSM[43].

De todo ello ha de concluirse que los instrumentos propios de la PM, tan ligados a las condiciones singulares del medio minero, tienen limitada su actuación a ese ámbito de actividad. Ello quiere decir también que no procede atribuirles un carácter más amplio o general, y, en particular, que no son susceptibles de trasplante a aquellos otros sectores o trabajos que (por el medio en que se realizan, por la manera en que se realizan, por los fines con que se realizan, etc.) presenten problemas, perspectivas o necesidades distintas. Es cierto que en muchos otros casos podrán detectarse condiciones parecidas de riesgo o peligro para la seguridad de las personas, o intereses de parecida o igual trascendencia dignos de protección; también puede suceder que con ese fin de tutela sea conveniente trasladar las técnicas o reglas de actuación propias de un sector a los trabajos desarrollados en otros sectores.

Ello es lo que puede explicar que –como veremos después– en algunas normas de la minería se haya hablado episódica o incidentalmente de trabajos u obras subterráneas en general[44], tratando, seguramente, de aprovechar la experiencia de los "mecanismos mineros" en ese tipo de obras. Pero esa eventual extensión (y las consecuencias jurídicas que pudiera llevar consigo) siempre tendrá sus límites o contraindicaciones, siempre habrá de hacerse con las debidas condiciones y cautelas, y siempre habrá de juzgarse de forma precavida, por varias razones: desde el punto de vista material o de fondo, porque tal extensión sólo podrá efectuarse cuando los trabajos y las técnicas empleadas para su realización muestren el necesario grado de semejanza o equivalencia, no cuando intervengan variables o factores de diferenciación; desde el punto de vista científico o profesio-

(42) El art. 1 RGNBSM ceñía su aplicación, concretamente, a "las explotaciones de minas, canteras, salinas marítimas, aguas subterráneas, recursos geotérmicos, depósitos subterráneos naturales o artificiales, sondeos, excavaciones a cielo abierto o subterráneas, siempre que en cualquiera de los trabajos citados se requiera la aplicación de técnica minera o el uso de explosivos, y los establecimientos de beneficio de recursos geológicos en general, en los que se apliquen técnicas mineras".

(43) El propio art. 168 RGNBSM especifica que la atribución a la autoridad minera de competencias de inspección y vigilancia en el campo de la seguridad e higiene y de la prevención de accidentes y enfermedades profesionales, derivada en todo caso de la LM, se refiere a "las explotaciones mineras de cualquier orden" y a "cuantos trabajos regulados por la citada Ley que exijan la aplicación de la técnica minera".

(44) Por ejemplo, en el artículo 2 del Reglamento de 1934, o en el artículo 24 RGNBSM.

nal, porque sólo tiene sentido si no existen otras especialidades o conocimientos técnicos que resulten más apropiados; desde el punto de vista formal o instrumental, porque ello sólo podrá justificarse en caso de inexistencia de previsiones específicas en el sector de referencia, no cuando los correspondientes trabajos estén dotados de las pertinentes normas y medidas de seguridad.

De ahí que la progresiva especialización de muchas de las actividades que en otro tiempo fueron asimiladas a la minería a efectos de seguridad y control (unida a la progresiva emergencia de otras titulaciones y capacitaciones profesionales), haya ido generando, como era de esperar, un imparable proceso de separación, en todos los órdenes, respecto de las normas mineras y las autoridades competentes en materia de minas. Ese proceso es el que se ha venido produciendo, justamente, en las obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre, incardinables ya, claramente, en el sector de la construcción u obra "civil", y no en el sector de la minería, tanto desde el punto de vista de su realización o técnica constructiva, como desde el punto de vista de su regulación (incluida la de seguridad e higiene en el trabajo, según veremos después). Son labores, ciertamente, que precisan controles estrictos desde el punto de vista de la seguridad (de la construcción, de las instalaciones y de las personas); pero ello no quiere decir, por sí solo, que necesariamente hayan de seguir las técnicas mineras, ni que requieran la intervención de las autoridades propias de ese otro ámbito. Entre otras cosas, porque cabe apreciar diferencias sustanciales (de dimensión o magnitud, de fines u objetivos, de uso o explotación, etc.) entre unas obras y otras.

LA ACOTACIÓN LEGAL DEL CONCEPTO DE "TÉCNICA MINERA" NO PERMITE EXTENDERLO A TRABAJOS EXTRAÑOS A SU ÁMBITO NATURAL Y ORIGINARIO O AQUELLOS QUE POR SU MAGNITUD, MAQUINARIA UTILIZADA, FORMA DE REALIZACIÓN O FINES, PRESENTEN RASGOS DIFERENCIADOS AL MISMO

Es claro, por lo demás, que la eventual aplicación de técnicas o instrumentos procedentes de otro medio no comporta en sí misma atribución alguna de competencias en el plano del seguimiento o el control administrativo. Respecto de esta otra cuestión habrá que guiarse forzosamente por el reparto de competencias al que hemos venido aludiendo, del que se deduce, como hemos podido comprobar, que en todo lo relativo a la seguridad e higiene de los obreros las facultades de control y vigilancia pertenecen con carácter general a la Inspección de trabajo (regla general), y que las atribuciones de otras posibles autoridades tan sólo entran en juego como algo excepcional, con todas las restricciones que ello implica (excepción que confirma la regla).

II. LOS TÉRMINOS DE LA EXCEPCIÓN EN EL ARTÍCULO 7.2 DE LA LPR: CONTEXTO Y SIGNIFICADO

Como ya sabemos, a la hora de atribuir y distribuir competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo, el art. 7.2 LPR dispone que "en lo referente a los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de técnica minera", las funciones que en principio son propias de la Administración laboral "continuarán siendo desarrolladas... por los órganos específicos contemplados en su normativa reguladora". Dado que ninguna controversia suscita la alusión a las "minas", ni tampoco la inclusión de las "canteras" (tradicionalmente asimiladas a la explotación de recursos minerales a estos efectos), tres son los pasajes que resultan de importancia a la hora de determinar el alcance y significado de esa regla: su referencia a los "túneles", su llamada expresa a la "técnica minera", y su remisión a la "normativa reguladora" anterior, a la que se atribuyen efectos de "continuidad". Algún comentario debe merecer, asimismo, la normativa reglamentaria aprobada con posterioridad a la LPR.

1. El verdadero papel de la LPR: respaldo legal a una línea continuista

Que el art. 7.2 LPR debe actuar como pivote o punto de partida para el análisis de la asignación y distribución de competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo es algo fácil de compartir. Pero difícilmente puede sostenerse, en cambio, que en ese precepto se encuentra el régimen jurídico atinente a esa cuestión, o que sus indicaciones puedan interpretarse al margen del contexto normativo que hemos venido analizando, formado básicamente por las sucesivas leyes de minas, y, desde luego, por las leyes reguladoras de la IT[45]. Si bien se mira, el art. 7.2 LPR viene a significar ante todo un respaldo legal, dentro de la legislación especializada en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, a la delimitación competencial que había venido trazándose en las normas que de modo sucesivo se habían venido ocupando tanto de la PM como de la IT.

A decir verdad, el art. 7.2 LPR no entraña ninguna innovación sobre el régimen jurídico anterior; es, sencillamente, una norma continuista, que remite de manera muy clara a la situación existente con anterioridad. Siendo así, tampoco puede verse exactamente como una norma que ponga en marcha un nuevo sistema de atribución de competencias, sino más bien como una declaración de vigencia o validez de las competencias derivadas de aquellas otras disposiciones legales. Una interpretación literal del precepto, acompañada por su correspondiente interpretación sistemática, dentro del conjunto de reglas de ese mismo texto legal (ligada, en particular, a la disposición derogatoria de la propia LPR), conduce necesariamente a esas conclusiones. Pero veámoslo con un poco más de detalle.

(45) La referencia del ya citado Dictamen del Consejo de Estado a que "el régimen jurídico de la intervención de la Administración minera en las obras subterráneas viene en la actualidad regulado en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales" (p. 1.468) debe tomarse, en consecuencia, simplemente como una primera aproximación al problema.

Que el art. 7.2 LPR no crea reglas nuevas en relación con ninguna de las materias aludidas (ni en materia de minas, ni en relación con el uso de explosivos, ni en el ámbito de la energía nuclear), sino que se limita a mantener la situación normativa anterior, es algo que se deduce con claridad tanto de la situación normativa precedente como de su concreta formulación, que es muy sintomática en ese sentido. El precepto se limita, en efecto, a indicar que las competencias propias de la Administración en materia de seguridad y salud en el trabajo "continuarán siendo desarrolladas (...) por los órganos específicos contemplados en su normativa reguladora" (número 2 del art. 7 LPR). La interpretación más razonable de ese pasaje normativo es, sin duda, la que entiende que del mismo no se desprende ninguna novedad, sino únicamente el mantenimiento de lo antes existente, tanto en la asignación de las correspondientes competencias ("continuarán siendo desarrolladas") como en la manera de ejercerlas (tal y como se hubiera consignado "en su normativa reguladora", esto es, en las normas que específicamente se ocupen de la pertinente materia).

Sucede, además, que la propia LPR, en su Disposición Derogatoria [párrafo d)], declara expresamente que la nueva regulación "no afecta a la vigencia de las disposiciones especiales sobre prevención de riesgos profesionales en las explotaciones mineras". Tales disposiciones, según esa misma disposición, eran en ese momento las recogidas en el RD 3255/1983 (Estatuto del Minero), en el RD 2857/1978 (Reglamento General para el Régimen de la Minería) y en el RD 863/1985 (Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera), así como en sus disposiciones complementarias. Cabe entender, pues, que en materia de minas y trabajos con técnica minera se mantienen tanto las reglas sustantivas como las competencias administrativas previstas en la legislación anterior a la LPR, sin cambio legal alguno.

Todo ello significa, a fin de cuentas, que la situación normativa tras la LPR es y no puede dejar de ser la que existía con anterioridad a su promulgación, lo cual no quiere decir, claro está, que estemos ante una situación inamovible *pro futuro*. Podrá modificarse, desde luego, a través de los correspondientes instrumentos normativos; pero con la LPR ningún cambio se produce, puesto que su art. 7.2 (acompañado de esa disposición derogatoria) no hace más que remitir a las normas existentes en el momento de su entrada en vigor. En puridad, pues, la LPR no asigna competencias, sino que remite a las normas que lo venían haciendo, manteniendo el tenor y alcance de éstas; su papel en este terreno se agota con dicha remisión. Por lo tanto, si el art. 7.2 LPR alude a la construcción de "túneles" habrá que concluir que lo hace en la medida en que lo hubieran hecho otras disposiciones legales anteriores, porque de lo contrario, ¿cómo se podría determinar la Administración competente, habida cuenta que la LPR no la precisa?[46].

Esa pregunta sirve, por otro lado, para confirmar –si es que hiciera falta a estas alturas del discurso– que el art. 7.2 LPR juega un papel meramente instrumental en la atribución de competencias. El precepto es un simple indicador, que se contenta, a estos efectos, con una mera alusión a "los órganos específicos contemplados en su normativa reguladora". Estamos, pues, ante una cláusula general y de alcance indeterminado, para cuya precisión

(46) *Vid.* A. MATEOS e I. VÁZQUEZ, "Inspección de Trabajo y Policía Minera", ob. cit.

y aplicación se hace necesaria, ineludiblemente, una consulta a las normas propias de la correspondiente actividad, que son las que a la postre quedan encargadas –por su origen, pero también por designio del art. 7.2 LPR– de fijar dichas competencias. De ahí que el precepto haya podido ser tildado en ocasiones de enigmático o rocambolesco, habida cuenta que, aunque lo pretendiera, no podría añadir supuestos de exclusión a los existentes con anterioridad a su entrada en vigor, por la sencilla razón de que, de no haber sido previstos en normas anteriores, quedarían desprovistos de todo instrumento de control o supervisión: se excluirían del ámbito de competencias de la Administración laboral pero no estarían comprendidos en el ámbito de ninguna otra Administración, por ausencia de previsión al respecto.

Nada de ello quiere decir, como es natural, que el art. 7.2 LPR carezca de importancia. Quiere decir, más bien, que la trascendencia de dicho precepto legal se encuentra en otra parte: no en su hipotético carácter innovador, que no lo tiene, sino en su carácter de norma legal especializada en materia de seguridad y salud en el trabajo. La inclusión de un precepto de esas características en la Ley que con carácter básico y general se ocupa de esas cuestiones ha de significar que el legislador ha asumido la situación normativa anterior y que, con buena lógica y de manera explícita, ha reafirmado el principio de legalidad que para estas cuestiones ya había sido consagrado por otros dos segmentos normativos (leyes de minas y leyes de inspección de trabajo), y que venía manejando la jurisprudencia. De ese modo, desde el momento de entrada en vigor de la LPR, la asignación y distribución de competencias de control y vigilancia en materia de seguridad y salud en el trabajo debe arrancar de normas de rango legal, o ser abordada en el futuro por este tipo de normas, no sólo por su importancia intrínseca, sino también por una mínima coherencia con los principios de ordenación de las fuentes normativas. El art. 7.2 LPR confirma, así pues, el principio de legalidad en esta materia, del que se infiere que la competencia atribuida por normas de rango legal "no puede quedar enervada por lo dispuesto en norma de rango inferior a Ley formal"; o por decirlo de otra manera, que la competencia atribuida con carácter general en la ley –competencia que pertenece a la IT, como sabemos– sólo puede ser excepcionada por norma de rango legal[47].

La "dimensión legal" que, muy razonablemente, pretende sentar el art. 7.2 LPR en este tipo de cuestiones no es en verdad absolutamente novedosa, puesto que, como ya vimos, el reparto de competencias entre la IT y la PM –por citar el ejemplo que ahora nos interesa– se ha tratado de realizar históricamente por normas legales, al menos desde que el sistema adquirió cierta madurez y desde que la IT contó con regulación de rango legal. Pero en todo caso debe servir, cuando menos, para relativizar y matizar el alcance de todas aquellas referencias normativas que, atribuyendo competencias, no tengan ese rango. Estamos hablando, como es natural, de las numerosas normas reglamentarias que suelen incidir en este ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, y, sobre todo, de los reglamentos que no tienen más finalidad que el desarrollo y la ejecución de otra norma previa. Dicho de otra forma: la asignación y distribución de competencias a la que alude

(47) *Vid.* SSTS de 29 de septiembre y 24 de diciembre de 1976 (Ar. 4893 de 1976 y 2479 de 1977, respectivamente).

el art. 7.2 LPR habrá de buscarse en normas de rango legal, o, cuando menos –como ya hemos dicho–, en normas de carácter básico con suficiente respaldo legal. No parece que sean suficientes a estos efectos normas de carácter complementario o meramente ejecutivo.

2. La referencia legal a los "túneles": historia de una confusa e insuficiente reglamentación

La referencia a los "túneles que exijan la aplicación de técnica minera" dentro del art. 7.2 LPR puede dar la impresión de que con esa Ley se ha pretendido ampliar el alcance de esta regla excepcional, excluyendo ese tipo de trabajos –junto a los ya tradicionales de las "minas y canteras"– de la competencia general atribuida a la Administración laboral[48]. Pero tal interpretación debe descartarse. Ante todo, porque la referencia a los túneles dentro de aquel precepto no puede verse más que como el resultado, impreciso y carente del rigor que cabría esperar de una ley, de una confusa situación normativa creada por algunas normas reglamentarias aprobadas con anterioridad. Siendo así, no puede suponer –ni supone, a poco que se reflexione– ningún cambio sustancial respecto de la línea de demarcación que se desprende del juego combinado de las leyes de minas con las normas reguladoras de la IT.

LA REFERENCIA LEGAL A LOS "TÚNELES" DENTRO DEL ARTÍCULO 7.2 DE LA LPR Y A "LABORES SUBTERRÁNEAS" DENTRO DE ALGUNAS NORMAS PRECEDENTES HA DE RECONDUCIRSE EN TODO CASO AL ÁMBITO DE LAS EXPLOTACIONES MINERAS

La referencia a los "túneles" dentro del art. 7.2 LPR no es, en efecto, más que un residuo, no suficientemente depurado, de una línea de regulación que arranca del Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica de 23 de agosto de 1934[49], que en alguna medida pudo influir en la redacción del RGNBSM de 1985[50], y que finalmente desembocó en la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 19 de abril de 1994, que, en desarrollo del Capítulo IV del citado RGNBSM, aprobó Instrucciones Técnicas Complementarias (ITC) para el "sostenimiento de obras" en "labores subterráneas", entre las que se citaban, entre otros trabajos, los relativos a galerías de explotación, galerías de infraestructura, túneles y obras especiales, pozos y planos inclinados, y labores auxiliares (ITC 04.6.05),

(48) *Vid.* el citado Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1997, y las alegaciones que en el mismo se recogen.

(49) Aplicable según su art. 2 a "los túneles para ferrocarriles, saltos y conducción de aguas, alcantarillas y, en general, todos los trabajos subterráneos".

(50) Que, sustituyendo a la norma de 1934, se declaraba aplicable, genéricamente, a "excavaciones a cielo abierto o subterráneas", según su art. 1.

aun cuando se tratara de "obras civiles"[51]. Sin embargo, ninguno de estos datos normativos tiene fuerza suficiente como para romper la línea de separación marcada por las disposiciones legales a las que reiteradamente venimos aludiendo (leyes de minas, leyes sobre IT), que es la línea a la que inevitablemente ha de dirigirse la remisión del art. 7.2 LPR.

En relación con el Reglamento de 1934 hay que decir, por lo pronto, que pertenece a un estadio normativo incipiente y carente de la necesaria consistencia, entre otras razones porque ni siquiera se contaba con una ordenación legal de la IT; una situación que, como era de esperar, cambió sustancialmente con la aparición de la Ley de IT de 1939 y de la Ley de Minas de 1944, que, como sabemos, procederían a una reordenación, con el debido rango legal, de las funciones correspondientes a cada una de las autoridades implicadas[52]. Conviene tener en cuenta, además, que el Reglamento de 1934 tan sólo se refería a los túneles y a otros trabajos subterráneos de una manera incidental y pasajera, meramente formal o nominativa, puesto que a lo largo de su articulado tan sólo se proporcionaban reglas para las obras de excavación relacionadas con las minas[53]. Por lo demás, es claro que el Reglamento había de quedar sujeto a las leyes que (regulando la actividad minera, u ordenando la acción de la IT) aparecieron con posterioridad, circunstancia esta que motivó, al fin y al cabo, su sustitución a partir de la entrada en vigor del RGNBSM[54], que nacía con el objetivo de convertirse en el eje normativo en materia de seguridad minera, al menos hasta la aprobación de la LPR.

Por su parte, la normativa posterior al Reglamento de 1934 no deja lugar a dudas acerca de la conexión entre esas referencias a "labores subterráneas" y las explotaciones mineras, o los trabajos relacionados con las mismas. Ninguna mención hay en las sucesivas leyes de minas a los túneles u obras similares (salvo para referirse a ciertas labores

(51) En estas ITC se consideran túneles y obras especiales "las obras similares a las definidas en el apartado anterior dedicadas a uso civil"; serán, concretamente, las galerías de infraestructura –que se definen en dicho apartado como obras subterráneas de carácter lineal que tienen por objeto la comunicación entre dos puntos para hacer posible el transporte de sustancias o personas– dedicadas a uso civil. Por otra parte, se consideran pozos y planos inclinados sometidos a dicha ITC las obras subterráneas de carácter lineal, con una mínima pendiente longitudinal, cuya utilización "está vinculada tanto a la actividad minera como a obras de uso civil".

(52) La inexistencia de un marco legal estable es lo que puede explicar, por ejemplo, que el art. 3.8 del Reglamento de 1934 atribuyera a la PM la función de "velar por el exacto cumplimiento de las leyes sociales dictadas en beneficio de la clase trabajadora", facultad claramente exorbitante en relación con la delimitación de competencias que se llevaría a cabo pocos años después. Muy sintomático fue, en este sentido, el art. 5 de la Ley de 19 de julio de 1944, que sujetó "la intervención administrativa" prevista en el Reglamento de 1934 a "la explotación de las sustancias a que se refiere el artículo anterior" y "en lo relativo a la seguridad del trabajo y del personal".

(53) Así puede comprobarse en el Capítulo VI sobre "pozos", en el Capítulo VII sobre "circulación por pozos, galerías de transportes y planos inclinados", en el Capítulo VIII sobre ventilación y desagüe, en el Capítulo IX sobre explosivos, en el Capítulo XI sobre suspensión y abandono de labores, etc. Ni siquiera en los Títulos con "disposiciones especiales" para determinadas explotaciones o trabajos se hacía referencia a la obra subterránea de uso civil; tan sólo las "disposiciones generales sobre todas las industrias que comprende este Reglamento" (Capítulo XXVII) podían ser de aplicación a esos casos, aunque, como es fácil de entender, reglas tan generales escasa virtualidad pueden tener para trabajos tan especializados.

(54) Según los arts. 3 y 4 RGNBSM, la entrada en vigor de esta nueva norma implicaba la relegación del Reglamento de 1934 a una situación de vigencia transitoria y condicionada, sólo en cuanto fuese compatible con la nueva regulación y "en tanto no se dicten las correspondientes Instrucciones Técnicas Complementarias", de tal modo que a la entrada en vigor de éstas "se entenderá derogado en su integridad".

mineras o de explotación de recursos geológicos[55]); labores que tan sólo reaparecen en el plano normativo con el RGNBSM, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación. Pero téngase en cuenta que la cobertura formal de este Reglamento ha de buscarse en la Ley de Minas de 1973 (como se deduce de su preámbulo[56], o de la delimitación de su ámbito de aplicación, o, de manera más explícita aún, de su art. 168), y que, por lo tanto, sus prescripciones deberán interpretarse siempre a la luz de esa norma de referencia. Téngase en cuenta también que a lo largo de su articulado (y, en particular, dentro de su Capítulo IV) tan sólo se desgranan datos relativos a labores subterráneas propias o típicas de las minas, seguramente porque no podía ser de otra manera[57].

Nada distinto se puede decir, por supuesto, de la ITC 04.6.05, nacida de la autorización general concedida por el RGNBSM al Ministerio de Industria y Energía "para aprobar, por Orden, las Instrucciones Técnicas Complementarias de desarrollo y ejecución del Reglamento adjunto" (art. 2 RD 863/1985). Es claro que ni la delimitación de su ámbito de aplicación, ni la atribución de competencias que de ella pudiera derivarse, podrían ir en contra de las reglas generales establecidas tanto en la LM como en el RGNBSM, en las que tiene su origen y cobertura formal. Su destino no puede ser otro, pues, que el de las explotaciones mineras que requieran las citadas labores subterráneas.

Ciertamente, la ITC 04.6.05 contiene una delimitación muy general de su ámbito de aplicación. Dice tener por objeto, en efecto, el establecimiento de las condiciones mínimas de seguridad[58] para "el sostenimiento de las obras subterráneas, como pozos, planos, túneles, galerías de reconocimiento, explotación o transporte, excavaciones destinadas a albergar instalaciones o almacenamientos de uso industrial y cualquier otra que, con fines industriales o de uso civil, se realice bajo la superficie del terreno" (art. 1), y, en concordancia con ello, da una definición inesperadamente amplia de dichas labores subterráneas y, en concreto, de los "túneles y obras especiales"[59] y de los "pozos y pla-

(55) En la Ley de Minas de 1973, la "estructura subterránea" no es más que una forma o modalidad de explotación de recursos minerales y geológicos [art. 3.1.B) y arts. 34 y 35], por supuesto muy distinta de las actividades de construcción. A ello se han referido las SSTS de 15 de diciembre de 1998 (Ar. 10132), de 16 de diciembre de 1998 (Ar. 10134), y 21 de diciembre de 1998 (Ar. 10135).

(56) Como dice su preámbulo, el RGNBSM vino a sustituir –de modo progresivo– al Reglamento de Policía minera y metalúrgica de 23 de agosto de 1934, en cuanto en éste se establecían las reglas "a que se deben ajustar las explotaciones e industrias relacionadas con la minería". El objetivo del RGNBSM no era otro que adaptar dichas reglas "a los continuos progresos que en la técnica minera se han ido produciendo y el extraordinario desarrollo alcanzado en los últimos años en la maquinaria utilizada en las explotaciones", así como a la nueva organización política (autonómica) del Estado.

(57) La restricción de las "labores subterráneas" de las que habla el RGNBSM a las explotaciones mineras puede advertirse con nitidez en la terminología utilizada a lo largo de ese Capítulo (arts. 21 y ss.), que está referida reiteradamente a la mina o explotación minera. El hecho de que tales preceptos estén seguidos de un Capítulo (el V) en el que se contienen "especificaciones para minas subterráneas de carbón y labores con riesgo de explosión", no hace más que ratificar que el radio de aplicación de toda esa regulación es la explotación minera.

(58) Entre las que se encuentra la exigencia de aprobación "por parte de la autoridad minera" del correspondiente estudio técnico o proyecto de sostenimiento, así como, en su caso, de la introducción de modificaciones esenciales en el mismo (arts. 4 y 5).

(59) En concreto, "obras similares a las definidas en el apartado anterior dedicadas a uso civil", con inclusión de "las excavaciones no lineales cuya sección sea superior a 30 metros cuadrados" (art. 2.3). Las mencionadas en el punto anterior eran las "galerías de infraestructura", definidas como "obras subterráneas de carácter lineal que tienen por objeto permitir la comunicación entre dos puntos, para hacer posible el transporte de sustancias o personas y los servicios relacionados con la actividad minera" (art. 2.2).

nos inclinados"[60], en la que formalmente se comprenden también las obras de "uso civil".

Pero el valor de las ITC de 1994 –con vistas a la regulación de trabajos "civiles", y con vistas a determinar las competencias de inspección y control de los mismos en materia de seguridad e higiene– es absolutamente limitado, mucho más escaso de lo que la descripción formal de ese radio de acción podría dar a entender. Sin discutir su validez[61], lo cierto es que su aplicación a trabajos no mineros, y particularmente a trabajos de carácter "civil", tropieza realmente con obstáculos insalvables, derivados tanto de su origen y razón de ser, como de su rango normativo. También tropieza, por si no fuera bastante lo anterior, con la existencia de otras normas específicas sobre la actividad de construcción (y, en particular, de construcción de túneles "civiles"), algunas de ellas posteriores, que cuentan a su favor, por lo tanto, con el principio de modernidad y el de especialidad.

No se puede olvidar, en primer término, que tales Instrucciones –como todas las de su clase– nacen del RGNBSM (RD 863/1985), cuyo art. 2, en efecto, autorizaba al Ministerio de Industria y Energía a dictar las ITC "de desarrollo y ejecución del Reglamento adjunto"[62]; como vimos, las ITC 04.6.05 desarrollan, el Capítulo IV de dicho Reglamento. Ese origen no deja de tener, como es natural, consecuencias de relieve. Ante todo, porque el RGNBSM es esencial e indiscutiblemente una norma dedicada a la actividad minera, hasta el punto de que en la "clasificación" de trabajos y labores comprendida en el Capítulo IV –el dedicado, precisamente, a "labores subterráneas"– no hay mención explícita alguna a túneles o pozos de carácter civil. Siendo así, no hay más remedio que concluir que la ITC 04.6.05 no puede traspasar dicho ámbito, por ser norma instrumental y de desarrollo; de hecho, la generalidad de sus reglas hablan y tratan de las explotaciones mineras, y, en consecuencia, contemplan trabajos y labores que son los propios de la actividad minera, ya sea con carácter principal, ya sea con carácter auxiliar o complementario.

Por otra parte, las ITC no tienen rango ni condición suficiente como para atribuir competencias, máxime en un terreno tan delicado (según demuestra la experiencia) como el que ahora nos ocupa. Es claro que la delimitación de competencias y facultades entre las distintas Administraciones y autoridades ha de regirse por el principio de legalidad[63], algo que, además de ser natural y obvio, significa en este contexto que de ninguna manera una norma reglamentaria –mucho menos una norma "técnica" como la ITC– puede actuar en contra de las competencias que con carácter general, y por disposiciones lega-

(60) Concretamente, "obras subterráneas de carácter lineal cuya pendiente longitudinal es superior al 10 por ciento y su utilización está vinculada tanto a la actividad minera como a obras de uso civil" (art. 2.4).

(61) *Vid.* el citado Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1997, p. 1.472.

(62) Reglas que, según ese mismo Reglamento, serían de aplicación directa en las CCAA sin competencias en la materia, y de aplicación subsidiaria en las restantes, en caso de laguna o insuficiencia en su regulación propia (sin perjuicio de su aplicación por remisión expresa de la normativa autonómica, o de la aplicabilidad directa de las ITC sobre normalización y homologación de elementos).

(63) STS de 29 de septiembre de 1976 (Ar. 4893).

les, hubieran sido atribuidas (a la IT o, en su caso, a otros órganos) en el control de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Es obvio también que el respaldo que –como veremos– da la LPR a la distribución de competencias existente en el momento de su entrada en vigor no puede significar una convalidación de opciones "extravagantes" de carácter reglamentario; sólo puede ser confirmación del esquema legal vigente en la materia.

Tal vez sea ésa la razón de que las ITC, si bien se mira, no traten abiertamente de esa cuestión. En ellas se exigen determinadas autorizaciones de la "autoridad minera", pero de tales cláusulas tampoco se desprende una atribución directa de competencias con vistas al control y la inspección de los correspondientes trabajos[64]. Implícitamente, pues, las ITC vienen a remitir tales cuestiones a la normativa básica, como no podía ser de otro modo. Por si hubiera alguna duda, además, por encima de las ITC siempre prevalecería lo dispuesto en el art. 168 RGNBSM, que, consciente de la necesidad de ajustarse a las correspondientes cláusulas legales, y de la imposibilidad de actuar en su contra, declara que "de acuerdo con la Ley de Minas de 21 de julio de 1973", las competencias de las autoridades de industria y energía se refieren a "las explotaciones mineras de cualquier orden".

LAS NORMAS TÉCNICAS DICTADAS PARA EL SECTOR DE LA MINERÍA HABRÁN DE ABSTENERSE RESPECTO DE AQUELLOS SECTORES DE ACTIVIDAD QUE, AUN ROZANDO FORMALMENTE ALGUNO DE SUS CONTORNOS, CUENTEN CON REGLAS ESPECÍFICAS

Por lo demás, las normas técnicas dictadas para el sector de la minería –como la ITC 04.6.05– habrían de abstenerse, como es natural, respecto de aquellos sectores de actividad que, aun rozando formalmente alguno de sus contornos, cuenten con reglas específicas. Tal es lo que ocurre, para más señas, con el sector de la construcción, que tradicionalmente ha gozado de normas específicas en materia de seguridad e higiene, y que hoy en día cuenta con normas perfectamente actualizadas, suficientes como para desplazar, si hubiera necesidad de ello, a las que procedan de otros sectores. Parte importante en esa regulación especial del sector de la construcción está constituida por el RD 1627/1997, nacido del vigente marco legal de la actividad prevencionista; norma importantísima en esta materia es asimismo la Orden de 19 de noviembre de 1998

(64) A esos efectos, las ITC se limitan a establecer que "durante los trabajos de construcción de una obra subterránea, la empresa explotadora o entidad propietaria debe disponer de los medios oportunos para ejercer una vigilancia eficaz de los trabajos, de tal forma que se tenga una garantía razonable de que la obra se realiza de acuerdo con el estudio o proyecto aprobado", y que "cualquier incidencia significativa que se produzca durante la realización de la obra debe comunicarse al técnico responsable".

del Ministerio de Fomento, dedicada específicamente a la "construcción y explotación de obras subterráneas para el transporte terrestre"[65].

Como tendremos ocasión de exponer, estas últimas disposiciones proporcionan un marco normativo no sólo más moderno y actualizado, sino también más acorde con las características y necesidades de la construcción de obras subterráneas para el transporte terrestre, por tratarse de normas específicamente aprobadas para ese medio. La OM de 1998, concretamente, pone especial énfasis en la "atención específica" que requieren, tanto en la fase de ejecución como en la de explotación, las obras subterráneas que constituyen o forman parte de proyectos de infraestructuras del transporte terrestre, con la exigencia expresa de que tanto en la redacción de tales proyectos como en la fase de elaboración de los mismos se dé cumplimiento a las medidas que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores. Existiendo, pues, una normativa especializada, desaparece por completo la razón de ser de una eventual o incidental entrada de las normas previstas para un sector distinto como es el de la minería.

Siendo así, no hay más remedio que ajustar el sentido de la mención a los "túneles" dentro del art. 7.2 LPR, más allá de lo que pudiera deparar una primera aproximación, o una mera interpretación literal. Si, como hemos visto, tal referencia normativa carece por sí sola de virtualidad o de fuerza creativa (dado que se limita a remitir a "los órganos específicos contemplados en su normativa reguladora"), y si en dicha "normativa" (que no puede ser otra que la legislación de minas, acompañada de la Ley de IT) no se registra excepción alguna en relación con los túneles dedicados al transporte terrestre, hay que concluir que la referencia del art. 7.2 LPR forzosamente ha de dirigirse, en exclusiva, a las excavaciones u obras subterráneas ligadas a la explotación de recursos minerales. La situación normativa que le sirve de soporte (la situación normativa de rango legal, puesto que no caben aquí desviaciones reglamentarias) no admite otra interpretación.

3. La alusión a la "técnica minera": un nuevo elemento restrictivo

De cualquier modo, para la aplicación de la excepción del art. 7.2 LPR se requiere también que los correspondientes trabajos exijan la aplicación de "técnica minera". El concepto de "técnica minera" es, pues, otra de las claves interpretativas en la determinación del ámbito de competencias de las autoridades mineras, y, a la postre, del alcance o radio de acción de esa cláusula excepcional de la legislación de prevención de riesgos laborales. No cuenta, sin embargo, con definición o aclaración alguna dentro de ese texto legal. ¿Qué significado ha de atribuirse, pues, al concepto de "técnica minera"? ¿Ha de tomarse en sentido amplio o vulgar, lo cual permitiría extender la excepción a todo trabajo que se desarrollara conforme a esos modos de operar, con independencia de su ámbito o ubicación funcional, o ha de verse más bien como un concepto técnico-jurídico, al que sólo

(65) O, ceñida a la Comunidad de Madrid, la Orden de su Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de 27 de julio de 2000.

puede darse el valor que le atribuyen las normas de la especialidad, con las restricciones que ello conlleva para aquella regla excepcional?

Conviene adelantar ya que la opción interpretativa más segura es esta segunda, esto es: la que otorga a la "técnica minera" un carácter técnico e instrumental, con el consiguiente efecto restrictivo sobre la excepción del art. 7.2 LPR, por muchas razones. Ante todo, porque ése es el sentido que se desprende de las normas especializadas en la materia, que no son otras que las sucesivas leyes de minas, que han dado vida a ese concepto y que (pese a no haber ofrecido nunca una definición o descripción cerrada del mismo) progresivamente han ido perfilando no sólo su alcance, sino también su virtualidad con vistas a la asignación de competencias administrativas.

Dejando al margen ahora ejemplos más lejanos (como el art. 5 de la Ley de Minas de 1944, o el art. 1 del Reglamento de Minas de 1946[66]), vale la pena reseñar a estos efectos el art. 117 LM de 1973, que, como ya vimos, circunscribe las competencias de inspección y vigilancia del Ministerio de Industria –de la autoridad competente en materia de minas, para entendernos– "a las explotaciones mineras de cualquier orden y a cuantos trabajos regulados por esta Ley exijan la aplicación de técnica minera", con independencia, eso sí, de que se trate de actividades directas de exploración, investigación, explotación o aprovechamiento, o de que se trate, en cambio, de "establecimientos de beneficio". Su formulación prácticamente se reitera en el art. 143.1, inciso tercero, del Reglamento de Minas de 1978.

En todas estas normas la alusión a la técnica minera actúa como fórmula complementaria en la labor de descripción general de la actividad minera, con el fin de precisar y aclarar el tipo de trabajo sujeto a la legislación de minas. Quedarían comprendidos en esta legislación, según ese esquema normativo, tanto las actividades más típicas o nucleares de la explotación minera, como las que sin estar tan cerca de ese núcleo (y sin estar formalmente comprendidas en la delimitación inicial del ámbito de aplicación de las normas mineras), también requieren para su realización el uso de "técnica minera", que es el factor que explica, precisamente, su sometimiento a las exigencias legales pensadas en un principio para la mina en sentido estricto. A sabiendas de que en todo caso se trata de trabajos que, como es fácil de comprobar en esas previsiones legales, tienen la misma finalidad de investigación y explotación de sustancias y recursos minerales[67].

(66) El art. 5 de la LM de 1944 establecía, por ejemplo, que la explotación de las sustancias minerales quedaba sujeta a la intervención administrativa en lo relativo a la seguridad del trabajo y del personal, conforme al Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, "siempre que las labores requieran la aplicación de técnica minera". En ese mismo sentido, y aun de forma más determinante, el art. 1 del Reglamento de Minas de 1946 especificaba que quedaban sujetas a la legislación minera las actividades de aprovechamiento, investigación y explotación de las sustancias minerales "cuando los trabajos que para ello hayan de realizarse requieran la aplicación de técnica minera".

(67) El art. 1 del Reglamento de Minas de 1946 reseñaba a tales efectos los siguientes trabajos: "1º. Todos los que se ejecuten mediante labores subterráneas, cualquiera que sea su importancia; 2º. Los que requieran el uso de explosivos, aunque sean labores superficiales; 3º. Los que realizándose a roza abierta y sin empleo de explosivos requieran formación de cortas, tajos o bancos de más de tres metros de altura; 4º. Los que, hallándose o no comprendios en los anteriores casos enumerados, requieran el empleo de cualquier clase de maquinaria para su extracción o aprovechamiento *in situ*, o transporte mecánico en el lugar de su extracción, preparación para concentración de riqueza, depuración o clasificación; 5º. Todos los que se realicen en las salinas marítimas y lacustres o manantiales minero-medicinales, ya sean líquidos o gaseosos, y 6º. Aquellos trabajos que requieran el empleo de trenes de sondeo, sean mecánicos o servidos a brazo". Por su

Como era de esperar, el concepto de técnica minera comenzó a utilizarse también en la normativa específica de seguridad y salud en el trabajo dentro del sector de la minería. Ausente formalmente del Reglamento de 1934, tal vez por la situación normativa del momento (difusa e inmadura), aflora de manera muy clara, sin embargo, en el RGNBSM de 1985, en cuyo art. 1 se precisa, como ya sabemos, que las "reglas generales mínimas de seguridad" que forman parte del mismo son de aplicación a las explotaciones de minas, canteras, salinas marítimas, aguas subterráneas, recursos geotérmicos, depósitos subterráneos naturales o artificiales, sondeos, excavaciones a cielo abierto o subterráneas, siempre que –además de estar regulados por las leyes de minas, según especifica su art. 168– "en cualquiera de los trabajos citados se requiera la aplicación de técnica minera o el uso de explosivos".

Su dimensión y virtualidad normativa es clara por lo tanto: la alusión a la técnica minera no es más que un procedimiento para incorporar a la legislación minera, de modo explícito y taxativo, toda una serie de actividades que se desarrollan con ocasión de la explotación de minas o, en general, de recursos geológicos o minerales. Obviamente, de todas esas referencias normativas se desprende también que la noción de "técnica minera" remite a una determinada manera de desarrollar las labores, originaria o propia del medio minero. En términos generales, y prescindiendo de matices secundarios, la técnica minera podría entenderse desde este punto de vista como conjunto de conocimientos, métodos e instrumentos aptos para la extracción y aprovechamiento de las sustancias minerales[68].

Sería, dicho en pocas palabras, la técnica dirigida y aplicada a la obtención de minerales en las mejores condiciones (empresariales, económicas, humanas, etc.) posibles. Tal técnica, como es natural, requiere conocimientos varios y heterogéneos[69], por tratarse de una actividad sustancialmente compleja, y necesariamente se proyecta sobre multitud de tareas y operaciones, ya sean principales, ya sean complementarias o de acompañamiento[70]; se trata, por lo demás, de labores que requieren una cierta especialización técnica o

parte, el Reglamento de Minas de 1978 (art. 1.4), tras declarar excluida de la legislación de minas "la extracción ocasional y de escasa importancia técnica y económica de recursos minerales", decía que "se entiende necesaria la aplicación de la *técnica minera* en los trabajos que a continuación se enumeran, cuando éstos tengan por finalidad la investigación y aprovechamiento de recursos minerales: 1º. Todos los que se ejecuten mediante labores subterráneas, cualquiera que sea su importancia; 2º. Los que requieran el uso de explosivos, aunque sean labores superficiales; 3º. Los que realizándose a roza abierta y sin empleo de explosivos requieran formación de cortas, tajos o bancos de más de tres metros de altura; 4º. Los que, hallándose o no comprendios en los anteriores casos enumerados, requieran el empleo de cualquier clase de maquinaria para investigación, extracción, preparación para concentración, depuración o clasificación, y 5º. Todos los que se realicen en las salinas marítimas y lacustres, y en relación con aguas minerales, termales y recursos geotérmicos".

(68) La "tecnología minera", concepto próximo al de "técnica minera" –o al más tradicional de "laboreo de minas"–, se ha definido como "conjunto de conocimientos relativos a los métodos, sistemas, procesos, máquinas e instrumentos que permitirán la extracción de la materia prima necesaria para la obtención de unos productos minerales, según aquellas especificaciones establecidas en su comercialización y en base a unos criterios económicos" (F. PLÁ ORTIZ DE URBINA, *Fundamentos de laboreo de minas*, cit., pp. 15 y 16).

(69) Por ejemplo, de físico-química y metalurgia, elasticidad y resistencia de materiales, dinámica de máquinas, electricidad, energía, electrónica, termodinámica y mecánica de fluidos, ergonomía, economía, etc.

(70) Como sondeos y excavaciones, apertura de túneles u oquedades, uso de explosivos o sustancias similares, establecimiento de soportes o estructuras de mantenimiento (entibación), establecimiento de vías de paso y retirada o entrada de materiales, apertura y mantenimiento de vías de ventilación, etc., por citar sólo las más conocidas o tradicionales.

profesional, que puede transmitirse y enseñarse mediante la experiencia y la formación académica y profesional, y que corresponde a los profesionales del ramo. Atendiendo a este otro flanco, "técnica minera" sería, pues, tanto el conjunto de tareas y labores necesarias para la explotación de la mina, como la acumulación del saber correspondiente.

Ese concepto de "técnica minera" coincide, por otra parte, con el alcance y sentido genuino de aquella institución de vigilancia y control típica del ámbito minero: la "policía minera". Aunque volcada sobre todo en temas de seguridad, como ya vimos, la noción de "policía minera" conecta en el fondo con las potestades (de autorización, control y seguimiento, básicamente) de la Administración pública en relación con el dominio y la explotación de los recursos mineros y geológicos. Unas potestades con las que, a fin de cuentas, la Administración ha tratado y trata de conseguir los objetivos que se consideran de relevancia pública en el contexto de la explotación y aprovechamiento de recursos minerales: garantizar el dominio público de dichos recursos, asegurar la explotación de los mismos en las condiciones y ritmo adecuados, y garantizar la seguridad e higiene de las personas implicadas[71]. Si la "técnica" minera es la técnica propia de la explotación de minas, la "policía" minera es, en definitiva, el instrumento propio de la Administración en el medio minero, en sus distintas facetas.

LA ALUSIÓN A LA "TÉCNICA MINERA" DENTRO DEL ARTÍCULO 7.2 DE LA LPR NO DEBE TOMARSE COMO UNA MERA EVENTUALIDAD, SINO COMO UNA RECEPCIÓN EXPRESA DE UNO DE LOS ELEMENTOS CON LOS QUE TRADICIONALMENTE HA VENIDO JUGANDO LA NORMATIVA REGULADORA PARA DELIMITAR SU RADIO DE ACCIÓN

Es evidente, pues, que cuando se habla de técnica minera ineludiblemente se está haciendo referencia a labores o actividades desarrolladas en relación con las explotaciones mineras, no sólo porque es en ese terreno donde tal técnica se ha creado y experimentado, sino también porque a ese campo remiten todas esas referencias legales. Ciertamente, la técnica de las minas, como toda técnica, puede ser aprovechada en otros ámbitos, aunque sea con las debidas adaptaciones[72]. Pero aquí habría que hacer algunas advertencias. Por lo pronto, y como ya dijimos, tal trasplante sólo será posible cuando se carezca de técnica propia, o cuando los trabajos no revistan ninguna peculiaridad añadida a las labores propias de la mina; si existieran técnicas propias más especializadas, o más adaptadas a las características de esos trabajos, va de suyo que tendrían que ser ésas las técnicas aplicables. Habría que tener en cuenta,

(71) *Vid.* T. QUINTANA LÓPEZ, "Policía Minera", *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, 1995, p. 4.931.

(72) Y que en algún momento ha podido estar en la base de la legislación, como parecía suceder en el Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica de 1934, o como se ha podido presuponer en las ITC de 1994.

además, que para ese trasplante de técnicas tendrían que darse unas mínimas condiciones de afinidad entre unos y otros trabajos, tanto desde el punto de vista de su realización, o de sus fines y usos, como desde el punto de vista de los bienes o intereses implicados.

Esas condiciones y exigencias aumentan de grado si las referimos a las obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre. Es posible que en estas labores de excavación sean útiles o aprovechables las técnicas de la minería. Pero es evidente también que tales obras pueden presentar rasgos muy particulares respecto de las tareas típicas de las explotaciones mineras, en parte por la dimensión o trazado de la obra (que puede presentar una morfología muy variada, y muy distinta en muchos casos de las galerías mineras), en parte por el tipo de tecnología y la clase de maquinaria que ha de utilizarse, en parte por los fines que con la obra se persiguen (que no son de explotación del terreno, sino de instalación de pasos estables para el tráfico rodado), y en parte por los sujetos y bienes implicados (usuarios, tipo de vehículos, medio ambiente, etc.) De ahí que en normas recientes, especialmente dedicadas a ese tipo de obras, se suela hacer referencia a la "especificidad" de ese tipo de obras, a su creciente dificultad técnica, a los problemas de aplicación de medidas pensadas o dispuestas originariamente para otra clase de construcciones, y a la necesidad de dotarlas de técnicas y reglas propias[73].

Por otra parte, el hecho de que la técnica minera pueda ser "exportada" o aprovechada en otras actividades no significa, por sí mismo, que sobre ellas se hayan de proyectar las normas de la minería, ni las competencias de los profesionales mineros, ni las facultades de las autoridades mineras. Aunque la técnica sea la misma, o similar, es obvio que en cada caso podrá y deberá ser desarrollada de acuerdo con sus normas propias, por los correspondientes profesionales y bajo las Administraciones competentes. Se trata, como es fácil de comprender, de dos planos distintos: el de la técnica empresarial o profesional, que puede ser compartida por dos o más sectores, y el de la regulación y atribución de las correspondientes facultades, que vendrá determinado en cada momento por la ley, atendiendo desde luego a la índole de la actividad, a la capacitación de los respectivos profesionales y a la distribución general de funciones dentro de las Administraciones públicas.

La alusión a la técnica minera, así pues, no es una creación del art. 7.2 LPR, ni aparece por casualidad dentro de dicho precepto. Cuenta, por el contrario, con una larga tradición normativa, que necesariamente hay que sopesar para la debida comprensión de ese precepto legal; la referencia a la "técnica minera" dentro del art. 7.2 LPR no se hace en blanco, ni debe tomarse como una mera eventualidad o hipótesis de trabajo, sino como una recepción expresa de uno de los elementos con los que tradicionalmente ha venido jugando la "normativa reguladora" (a la que expresamente remite ese precepto) para delimitar su radio de acción. La consecuencia de todo ello es que para que juegue la excepción del art. 7.2 LPR habrán de concurrir tres requisitos: que se trate de trabajos o

(73) *Vid.* la OM de 19 de noviembre de 1998 y Orden de la Consejería de Obras Públicas de la Comunidad de Madrid de 27 de julio de 2000, reseñadas más adelante.

actividades citadas expresamente en la norma ("minas, canteras o túneles"); que tales trabajos estén comprendidos en aquellas normas de remisión (las normas de minas), y que, llegado el caso, se trate de trabajos que requieran para su realización el uso de "técnica minera", en el sentido en el que ésta se comprende dentro de tal normativa.

Dicho de otro modo: las competencias de la Administración "minera" –y, en definitiva, el alcance de la cláusula excepcional del art. 7.2 LPR– vienen perfiladas no sólo por el medio o tipo de trabajo (minas, canteras o túneles), sino también por la clase de normas en que se regula (normas de minas) y por el concepto de "técnica minera", que va a suponer que, en aquellas ocasiones en que así se desprenda de su "normativa reguladora", no baste con que los trabajos se realicen en el ámbito minero, sino que será necesario también que se desarrollen conforme a dicha "técnica"[74]. Todo ello también quiere decir, obviamente, que desde el punto de vista normativo, mientras no existan otras referencias legales, los trabajos sujetos a técnica minera son los enumerados en la legislación de minas, a los que ha de limitarse la remisión implícita en el art. 7.2 LPR a efectos de prevención de riesgos laborales; y que las competencias de la autoridad minera tan sólo se pueden proyectar sobre esos trabajos "mineros", dado que son los únicos aludidos por la legislación que es objeto de remisión[75].

El concepto de "técnica minera", así pues, de ningún modo podría erigirse en factor de extensión o ampliación de competencias, algo que corresponde al plano legal y administrativo, y que depende, a la postre, de las opciones del legislador, esto es, del cuadro legal que en cada momento se ocupe de la distribución formal de papeles y competencias entre las distintas Administraciones y, en su caso, de los distintos Cuerpos profesionales[76]. Cabría decir, incluso, que la eventual utilización de aquel concepto para extender competencias más allá del ámbito originario –más allá del ámbito minero, en definitiva– sería fuente de problemas y disfunciones, puesto que inevitablemente supondría el solapamiento o la acumulación de diferentes reglas y diferentes instancias, que posiblemente actúen con criterios y pautas diferenciadas[77].

De todo lo anterior cabe extraer otras dos conclusiones provisionales. En primer lugar, que la referencia legal a la "técnica minera" actúa, según adelantamos, como una especie

(74) *Vid.* M.A. GARCÍA RUBIO, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 267.

(75) El Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1997 (BOE, *Consejo de Estado. Recopilación de Doctrina Legal*, 1997, p. 1.470) no parece atribuir ese relieve a estas indicaciones normativas, pero realmente no aporta razones de fondo para ello, ni aporta datos normativos de sentido distinto.

(76) De ahí que, a diferencia de lo que apunta el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1997 (pp. 1.469 y ss.), la construcción con arreglo a técnica minera no tenga por qué implicar la sujeción a unas u otras normas o instrucciones técnicas; tal decisión habrá de depender, más bien, del ámbito de aplicación trazado por las normas implicadas, así como del rango y grado de imperatividad de las mismas.

(77) Como puede apreciarse en el Fundamento 8º del citado Dictamen del Consejo de Estado, en el que, tras atribuir competencias a la Administración "de industria, energía y minas" en relación con la construcción de obras subterráneas de uso civil, por ejecutarse según técnica minera, se matiza que "en el ejercicio de las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, la Autoridad minera deberá velar no sólo por la observancia de las normas específicas derivadas de la utilización de técnica minera sino también por las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (artículo 2 Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre), conforme a los criterios ordenadores y generales de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y sin perjuicio de las competencias propias de ésta".

de criterio corrector en la delimitación de las actividades sometidas a las Administraciones y autoridades mineras: junto a la exigencia general de que los trabajos se encuentren contemplados y regulados por las leyes de minas, aparece el requisito adicional, llegado el caso, de que en el trabajo correspondiente concurra la necesidad de desarrollarlo con arreglo a "técnica minera". Este segundo requisito sería aplicable en aquellos trabajos que en principio escapan a la noción estricta de explotación minera, pero que están ligados a la misma (como se desprende de los correspondientes Reglamentos de Minas); lo cual pone de relieve, una vez más, que dentro de las explotaciones mineras puede haber trabajos o ámbitos "no mineros", que no forman parte del proceso de explotación minera en sentido estricto y que tampoco requieren "técnica minera", por lo que quedan sometidos a la legislación general de seguridad e higiene, y a las instancias de control e inspección de carácter general (a la IT, concretamente)[78].

En segundo lugar, que la Administración competente en materia de minas –a través de sus Cuerpos e instituciones, como siempre– tiene ceñidas sus facultades a dos grandes tipos de actividad, siempre referidas al ámbito minero: a) la explotación minera en sentido estricto, y b) los trabajos que, estando regulados por esa misma legislación, también requieran el uso de técnica minera. Ese importante matiz es una constante en la legislación de minas, y aparece también, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, en algunas disposiciones de seguridad y salud en el trabajo, aunque en ocasiones, bien es cierto, esté necesitado de mayor claridad. Es, por lo demás, un matiz plenamente justificado: si, aun estando dentro del ámbito minero, no fuese necesaria la técnica minera, no se justificaría el mantenimiento de aquellas reglas y facultades excepcionales.

4. La función normativa del RD 1389/1997 y su irrelevancia desde el punto de vista competencial

Tras la LPR, el problema interpretativo que ya suscitaba su art. 7.2 volvió a saltar a la palestra con la entrada en vigor del RD 1389/1997, de 5 de septiembre (RSM), sobre "disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras", que nació con la doble condición de norma de trasposición de la Directiva 92/104/CEE, y Reglamento de desarrollo de la LPR[79]. En efecto, este

(78) *Vid.* Sentencia cont.-admva. TS de 13 de marzo de 1972 (Ar. 1269). Esa constatación, que actúa desde luego como un importante criterio interpretativo, también aparece en las SSTS de 29 de septiembre de 1976 (Ar. 4893) y 24 de diciembre de 1976 (Ar. 2479 de 1977), a propósito de las competencias de inspección y control en ámbitos y materias, dentro de la explotación minera, en las que "no está en juego la idoneidad técnica" del Cuerpo de Ingenieros de Minas, por no afectar a la seguridad de los mineros (sino a las condiciones higiénicas de los vestuarios).

(79) Dado que la entrada en vigor de la LPR no supuso la derogación de las anteriores normas de seguridad minera, este RD 1389/1997 vino a añadirse a ese acervo normativo, al que también se había incorporado, poco antes, el RD 150/1996, de 2 de febrero, que introdujo reformas en el art. 109 RGNBSM para la trasposición de la Directiva 92/91/CEE a las "industrias extractivas por sondeos" (las que realizan actividades de extracción propiamente dicha de minerales por perforación de sondeos, y/o de prospección con vistas a dicha extracción, y/o de preparación para la venta de las materias extraídas, excluidas las actividades de transformación de las mismas). Por ello, su Disposición Final Primera busca una reordenación y clarificación de las normas vigentes en la materia, y a tal efecto habilita al Ministerio de Industria para adaptar a esta nueva norma las reglas del RGNBSM y las correspondientes Instrucciones Técnicas Complementarias, y al mismo tiempo le encarga que en el plazo de un año proceda a la reelaboración de los anexos A), B) y C) o elaboración de un nuevo anexo complementario que refunda, actualice o incorpore las disposiciones consideradas más favorables "correspondientes a aquellos sectores de actividad que se hayan visto afectados por la presente disposición, en especial, construcción, vidrio y cerámica e industrias extractivas".

nuevo Reglamento, traspasando sus contornos "naturales" –y, al mismo tiempo, los que venían trazados en la normativa comunitaria–, extendió su ámbito de aplicación a las actividades de "perforación o excavación de túneles o galerías, cualquiera que sea su finalidad" [art. 2.a).4ª], se trate de obra minera o de obra "civil"[80], bien es verdad que "sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción"[81].

De modo, ciertamente, un tanto anómalo[82], el RSM parecía configurarse, así pues, como norma aplicable tanto al ámbito que puede considerarse ordinario o tradicional (esto es, al sector minero[83]), como a otros trabajos que, ciertamente, resultaban llamativos en este contexto, por tratarse más bien de obras de construcción "civil". Su formulación, al menos, podía propiciar que esa norma reglamentaria fuese utilizada como argumento adicional, junto al art. 7.2 LPR, para la extensión de las competencias de la Administración "minera" a la construcción de túneles "civiles", como efectivamente sucedió en alguna ocasión[84]. Pero de nuevo estamos ante una suerte de espejismo legal, pues, si bien se mira, el RSM no puede tomarse, en absoluto, como norma determinante en este contencioso, por diversos motivos.

EL REAL DECRETO 1389/1997 NO PUEDE TOMARSE COMO NORMA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS; POR UN LADO, PORQUE TAN SÓLO CONTIENE REGLAS SUSTANTIVAS Y, POR OTRO, PORQUE DE NINGÚN MODO PODRÍA ABORDAR ESA TAREA POR ESTAR SOMETIDA A RESERVA DE LEY

Por lo pronto, el propio RSM asume que su objeto no es ni puede ser la regulación de esos trabajos, sino únicamente los

(80) En el Derecho comunitario se refieren específicamente a la actividad de minería dos Directivas: la Directiva 92/91/CEE, de 3 de noviembre, sobre seguridad y salud en las industrias extractivas por sondeos, que se aplica a las actividades de extracción de minerales por perforación de sondeos, de prospección con vistas a la extracción, y de preparación para la venta de las materias extraídas, salvo la actividad de transformación de las mismas; y la Directiva 92/104/CEE, de 3 de diciembre, sobre seguridad y salud de los trabajadores en industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas, aplicable a las actividades de extracción de materias minerales al aire libre o bajo tierra, de prospección con vistas a la extracción, y de preparación para la venta de las materias extraídas, salvo la actividad de transformación de las mismas (con exclusión expresa de las industrias extractivas por sondeos, reguladas por la anterior). Ninguna de ellas hace referencia, pues, a la construcción u obra "civil".

(81) El art. 2 RSM declara que esta norma es aplicable, en concreto, a las "industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas", entendiendo por tales todas las que realicen alguna de las siguientes actividades: extracción propiamente dicha de sustancias minerales al aire libre o bajo tierra, incluso por dragado; prospección con vistas a dicha extracción; preparación para la venta de las materias extraídas (excluidas las actividades de transformación de dichas sustancias), y "perforación o excavación de túneles o galerías, cualquiera que sea su finalidad".

(82) El procedimiento seguido por el legislador español no dejaba de resultar, realmente, un tanto extraño, a la vista de las líneas de regulación adoptadas por el Derecho comunitario. Para la sentencia TS cont. admva. de 10 de marzo de 1999 (Ar. 1836), ello no implicaba vulneración alguna del instrumento comunitario, habida cuenta que los Estados "pueden libremente extender las determinaciones queridas por la Directiva a otro tipo de supuestos no afectados por ella". En todo caso, y aunque la ampliación en sí misma no sea reprochable desde el punto de vista normativo, es claro que ello puede distorsionar o trastocar el diseño de armonización trazado por la Unión Europea, y puede generar los consabidos problemas de intrepretación y aplicación, máxime si se parte de que –como el mismo TS apunta– el encaje del RD 1389/1997, en este punto, en el ámbito material de la correspondiente Directiva es "cuando menos, dudoso".

(83) Esto es –según la propia definición de esas normas–, a las "industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas" que se dediquen a la extracción propiamente dicha de sustancias minerales, a la prospección con vistas a su extracción, o a la preparación para la venta de las sustancias extraídas.

(84) *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1997, Fundamento 6º (pp. 1.471 y ss.)

típicos de minería. La cláusula de salvaguarda que acompaña a su art. 2.a).4ª es suficientemente ilustrativa a ese respecto: la aplicación a la construcción de túneles y galerías será en todo caso "sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción". El sentido de esta salvedad es muy claro: el RSM podrá aplicarse a la perforación de túneles o galerías cuando los trabajos correspondientes carezcan de otro tipo de normativa más específica sobre ello; sólo sería aplicable a las "obras de construcción" (que desde luego abarcan la construcción de túneles, como es obvio) en la hipótesis de que éstas carecieran de normativa específica en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Como ya sabemos (y como veremos con más detalle), tal hipótesis, además de improbable en términos generales, es inexistente en la actualidad (y desde hace bastante tiempo). Sin perjuicio de otras muchas previsiones, de las que luego nos ocuparemos, cabe apuntar por ahora que precisamente por esas mismas fechas –y con ese mismo fin de dar desarrollo a la LPR, y de trasposición de los mandatos del Derecho comunitario, en este caso de la Directiva la 92/57/CEE– fue aprobado el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción (RSC). Este otro Reglamento se declara aplicable, en general, a las "obras de construcción", entre las que, como hemos dicho, deben incluirse los túneles "civiles"; de hecho, su Anexo I incluye una relación ("no exhaustiva") de las obras de construcción o ingeniería civil sometidas a estas reglas, entre las que se citan las de excavación y movimiento de tierras.

La reserva que hacía el propio RSM respecto del sector de las obras de construcción estaba, pues, plenamente justificada, habida cuenta que en el momento de su aprobación se estaba preparando, coetáneamente, una normativa similar para dichos trabajos. De cualquier modo, el RSM habría sido mucho más coherente y consecuente si en lugar de aquella salvedad hubiera optado por una declaración expresa y directa de exclusión de las obras civiles, dado que éstas iban a contar –y venían contando– con una normativa específica[85]. Ésa fue, justamente, la opción del RSC –la norma paralela en el ámbito de la construcción–, que declara la exclusión de su ámbito de aplicación de "las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas o por sondeos, que se regularán por su normativa específica" (art. 1.2), esto es, de las que se regulan en el RSM y normas adyacentes; exclusión esta que, sin duda, resulta mucho más clara y rigurosa, menos problemática respecto de su alcance y significado, y mucho más adaptada, seguramente, a las líneas de regulación del Derecho comunitario.

Sucede, además, que el RSM no es una norma de atribución de competencias de supervisión, inspección o control[86], ni tampoco una norma de modificación del esquema tradicional de asignación de funciones entre las Administraciones afectadas (que sólo podría hacer, en todo caso, contando con la pertinente autorización legal). Es cierto que su art. 3.4 impone al empresario la obligación de informar a la "autoridad minera com-

(85) *Vid.* A. MATEOS e I. VÁZQUEZ, "Inspección de Trabajo y Policía Minera", cit., p. 20.

(86) A diferencia de lo que se apunta en el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1997, Fundamento 6º.

petente" de todos los accidentes mortales y graves, así como de las situaciones de peligro grave, sin perjuicio de otras obligaciones de comunicación o notificación impuestas por la legislación laboral[87]. Pero tal referencia no crea ni distribuye competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino que "se limita pura y simplemente a imponer una serie de exigencias mínimas" en la materia[88], asentándose sobre las competencias ya existentes; la referencia, por otra parte, no podrá proyectarse más que sobre el ámbito de aplicación del propio RSM, que, como ya hemos visto, deja fuera de sí las obras de construcción que cuenten con normas específicas de seguridad y salud en el trabajo.

III. LA CONSTRUCCIÓN DE TÚNELES PARA EL TRANSPORTE TERRESTRE COMO ÁMBITO ESPECIAL Y ESPECIALIZADO

Ya hemos podido comprobar que las referencias a túneles u obras subterráneas en las normas anteriores a la LPR se hacían con absoluta subordinación al objeto principal de las mismas (la explotación minera), de manera meramente episódica o incidental, y muy probablemente dirigidas a subsanar eventuales vacíos de regulación. Ya hemos visto también que la mención del art. 7.2 LPR ha de interpretarse a la luz del cuadro legal de delimitación de competencias procedente de la normativa anterior (IT como regla general, PM como excepción), y que ha de precisarse en todo caso con el requisito añadido de la "técnica minera". Ya sabemos, en fin, que la anómala referencia del RSM a las "perforación o excavación de túneles o galerías, cualquiera que sea su finalidad", deja a salvo en todo caso "lo dispuesto en la normativa relativa a las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción", aparte de que de ningún modo puede tomarse como regla competencial. A todo ello hay que añadir, como argumento de cierre, la progresiva especialización, desde el punto de vista técnico y normativo, de la construcción de túneles para el transporte terrestre, muy alejada ya, en todos los aspectos, de la obra de excavación típica de la explotación minera.

1. La progresiva especialización de la construcción "civil" a efectos de seguridad e higiene en el trabajo

Ya hemos tenido ocasión de comprobar que las reglas e instituciones que a lo largo del tiempo se han ido creando para garantizar la seguridad e higiene en las minas son de exclusiva aplicación a ese sector, con la consiguiente exclusión de aquellas actividades que, o bien no pertenecen a dicho proceso productivo, o bien, aun perteneciendo al mismo, no se realizan con arreglo a los usos de la técnica minera. Ya hemos visto también que la normativa moderna de seguridad y salud en el trabajo no ha venido más que a ratificar esa situación, sin que al art. 7.2 LPR se le pueda dar el carácter de norma innovadora, y sin que el RSM pueda entenderse como norma de aplicación directa y exclusiva a las obras "civiles" de excavación. Tales afirmaciones, que tienen valor general, se refuerzan desde luego cuando las proyectamos sobre trabajos y actividades que, además

(87) Lo cual supone, por cierto, que a través de las mismas pueden entrar en escena otras instancias competentes, como las previstas con carácter general en materia de prevención de riesgos laborales (Inspección de Trabajo y Autoridad laboral).

(88) *Vid.* FJ 3º de la Sentencia TS cont.-admvo. de 10 de marzo de 1999 (Ar. 1836).

de ser ajenas al sector minero (y de presentar problemas específicos, incluso cuando se trata de la excavación de túneles), han contado tradicionalmente con reglas y mecanismos propios de prevención de riesgos laborales, o que, cuando menos, han figurado con nombre propio en las normas generales de seguridad e higiene en el trabajo; en esos casos, la seguridad y salud en el trabajo habrá de regirse, justamente, por las prescripciones específicamente dispuestas para la correspondiente actividad.

Eso es lo que ocurre, precisamente, en el sector de construcción, que tiene peculiaridades y rasgos propios, y que desde hace mucho tiempo cuenta con normas y previsiones específicas en esta materia, sin duda porque (como las explotaciones mineras, o como algunos otros supuestos), pertenece al acervo de los sectores que, sin ánimo alguno de exageración, pueden considerarse como especialmente peligrosos y arriesgados. Las obras de construcción, en efecto, han estado presentes desde muy temprano en la normativa española de seguridad e higiene[89]. Ya la Real Orden de 2 de agosto de 1900, que incluía un catálogo de mecanismos preventivos de los accidentes de trabajo, contenía un tratamiento específico para las "construcciones en general" (con inclusión expresa de pozos y túneles, entre otras obras) y reglas particulares para la "construcción de edificios y similares" (zanjas, alcantarillado, andamios, etc.) Estos primeros atisbos de regulación se confirmaron posteriormente con otras previsiones legales, como el RD de 23 de enero de 1916, que proporcionaba reglas específicas para la prevención de los accidentes de trabajo relacionados con la seguridad de los andamios, y que, junto a un cuadro relativamente extenso de medidas de seguridad, atribuía expresamente competencias de vigilancia y control a la ya existente Inspección de Trabajo (art. 14)[90].

El tratamiento de la seguridad e higiene en la construcción iniciaría una nueva fase con el Reglamento General de seguridad e higiene, aprobado por Orden de 31 de enero de 1940, norma de aplicación general pero con previsiones particularizadas para ciertos aspectos del trabajo en la construcción y, singularmente, a las condiciones de seguridad en los andamios (arts. 66 y ss.) En cualquier caso se trataba ante todo de un marco común, que preveía la posterior aprobación de reglamentos o instrucciones particulares

(89) La existencia de normas propias es, asimismo, un dato corroborado por la normativa internacional. Ya el Convenio OIT núm. 62, de 1937 (ratificado por España en 1958), daba prescripciones de seguridad para las industrias de la edificación, con reglas específicas sobre andamios, aparatos elevadores, equipos de protección y primeros auxilios, y exigía la implantación de "un sistema de inspección que garantice la aplicación efectiva de la legislación referente a las disposiciones de seguridad en la industria de la construcción". Superando en muchos aspectos este marco inicial, en el seno de la OIT fue aprobado después, en 1988, el Convenio núm. 167, que extiende su ámbito de aplicación "a todas las actividades de construcción, es decir, los trabajos de edificación, las obras públicas y los trabajos de montaje y desmontaje, incluidos cualquier proceso, operación o transporte en las obras, desde la preparación de las obras hasta la conclusión del proyecto", sin perjuicio de la facultad de los Estados de excluir determinadas actividades o empresas (art. 1). Aclara su art. 2 que en el término "construcción" deben comprenderse, entre otros trabajos, los de "edificación, incluidas las excavaciones" de todo tipo de edificios y estructuras, y los propios de las obras públicas, entre las que se incluyen, expresamente, la construcción de "carreteras y autopistas, ferrocarriles, puentes, túneles, viaductos y obras relacionadas con la prestación de servicios, como comunicaciones, desagües, alcantarillado y suministros de agua y energía". El precepto se completa con una referencia expresa a "los trabajos de excavación y la construcción, transformación estructural, reparación, mantenimiento y demolición de, por ejemplo, aeropuertos, muelles, puertos, canales, embalses, obras de protección contra las aguas fluviales y marítimas y las avalanchas,...".

(90) Y en el que se procedía, incluso, a una modificación parcial del Reglamento de la IT de 1906 para afrontar de manera más adecuada las situaciones de peligro de accidente en esas circunstancias (art. 16).

para los sectores de actividad, o tipos de trabajo, que, "por su índole especial se consideren singularmente peligrosos" (art. 1). También atribuía a la Inspección de Trabajo, y a la Administración laboral en general, las funciones de control, vigilancia y sanción de las infracciones al mismo (arts. 2 a 4).

En cualquier caso, la aprobación de normas sectoriales y especializadas en esta materia iba a recibir un impulso mayor de manos de la Ley de 16 de octubre de 1942, sobre Reglamentaciones de trabajo, que a la hora de describir el contenido de dichas normas reglamentarias (cuya aprobación correspondía al Ministerio de Trabajo), exigía de manera expresa la inclusión de reglas sobre "prevención de accidentes e higiene en los talleres". Este cauce sectorial iba a ser, a la postre, el camino más habitual y efectivo para la aprobación de normas de seguridad e higiene en las obras de construcción, al menos hasta las últimas décadas del siglo XX. Así, la Orden de 11 de abril de 1946, que aprobó la primera Reglamentación de trabajo para el sector de construcción y "obras públicas en general" (en sus modalidades de "construcción de caminos, vías férreas, puentes, edificaciones, túneles, etcétera, a excepción de puertos")[91], incluía un capítulo específico (el XI) con reglas sobre "seguridad e higiene en el trabajo" en el sector[92].

LAS OBRAS SUBTERRÁNEAS PROMOVIDAS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE TÚNELES Y GALERÍAS DEDICADOS AL TRANSPORTE TERRESTRE CUENTAN CON NORMAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD E HIGIENE

Algunos años después, la Orden de 20 de mayo de 1952 aprobó un Reglamento particular de seguridad e higiene para el sector de la construcción, con el mismo ámbito de aplicación que la Reglamentación de 1946[93], y con el fin de sustituirla en este apartado. Tal Reglamento incluía reglas básicas sobre la "construcción en general", y reglas específicas sobre andamios, "trabajos de excavación", "pozos, zanjas, galerías y similares", trabajos de demolición, trabajos con explosivos, trabajos con aire comprimido, y aparatos de elevación, transporte y similares. Es de destacar, por otro lado, que el art. 2 de la Orden aprobatoria de este Reglamento atribuía expresamente la función de control y vigilancia de sus normas al "Cuerpo

(91) Seguida de la Orden de 28 de octubre de 1947, que dio normas complementarias para las empresas dedicadas a la explotación de canteras, graveras y areneras (aunque no incluyó previsiones específicas de seguridad e higiene).

(92) Exigía esa norma, con carácter general, la observancia del Reglamento de 1940 y de las normas específicas sobre andamiaje, al mismo tiempo que se establecía un deber general de seguridad a cargo del empresario y se fijaban unas normas mínimas sobre condiciones de seguridad e higiene. También mandaba constituir comités de seguridad e higiene en los centros de trabajo de cincuenta o más trabajadores.

(93) Algunos problemas de delimitación de su ámbito funcional se plantearon, no obstante, a propósito de la explotación de "canteras de yeso", que podían considerarse afectadas, como canteras, por la Reglamentación específica de minas y canteras. La sentencia TS cont.-admva. de 13 de marzo de 1972 (Ar. 1269) declaró que quedaban sujetas a este Reglamento de seguridad e higiene de 1952 para el sector de la construcción, por estar comprendidas también en la Reglamentación de 1946 y en la Orden complementaria de 28 de octubre de 1947.

Nacional de Inspección de Trabajo, conforme a las disposiciones que regulan su actuación". Se mantenía, pues, una línea de regulación que a esas alturas ya era tradicional.

Como es sabido, la Orden de 28 de agosto de 1970 aprobó una nueva Ordenanza de trabajo para la construcción, vidrio y cerámica, unificando las diversas Reglamentaciones "subsectoriales" que convivían con anterioridad[94]. Aplicable a las más variadas obras de construcción, públicas y de particulares (carreteras, viaductos, túneles, autopistas, pasos elevados)[95], su Capítulo XVI estaba dedicado específicamente a la seguridad e higiene y la medicina de empresa, y, además de exigir la observancia de las normas generales en la materia, y de las instrucciones particulares existentes para determinados trabajos, incluía numerosas y muy minuciosas especificaciones sobre el desarrollo del trabajo y, en particular, sobre andamios, trabajos de excavación, "pozos, zanjas, galerías y similares", trabajos de demolición, trabajos con explosivos, o aparatos de elevación y transporte, entre otros[96]. Aunque no contaba con una cláusula general de atribución de competencias, a lo largo de su articulado se reconocían diversas facultades en favor de la Inspección de Trabajo (art. 253) o de la Administración laboral (art. 286).

Esta regulación sectorial –que siguió vigente tras la aprobación de la Ordenanza General de seguridad e higiene en el año 1971, en todo en lo que no se le opusiera– logró mantenerse en las décadas posteriores, pese al proceso de derogación y sustitución de las Ordenanzas laborales. El Convenio General de la Construcción firmado en 1992[97], dejó vigente en efecto aquel Capítulo XVI de la Ordenanza de 1970, a la espera de un Acuerdo específico en materia de "seguridad e higiene en el trabajo y médicos de empresa", que debía nacer de la Comisión Paritaria Sectorial de Seguridad e Higiene, constituida con ese objeto. Tal Acuerdo fue alcanzado finalmente en 1998[98], una vez firmada la segunda versión de aquel Convenio General (en 1997)[99], y aparece como Anexo al mismo, dedicado específicamente a seguridad y salud en el trabajo, aunque su finalidad es más bien programática y de fijación de criterios generales[100].

(94) Se aplicaba a las actividades de construcción, fabricación de cemento, industrias de yeso y cal, industrias de tejas y ladrillos, industria del vidrio e industria de la cerámica. Su art. 292, no obstante, remitía al Reglamento de Policía Minera y normas concordantes la regulación de la seguridad e higiene en "canteras, areneras, graveras y la explotación y manufacturas de tierras industriales".

(95) Así como a las actividades de construcción de pozos o conducciones de agua, y de explotación de canteras y tierras industriales (a cielo abierto, o mediante galerías o minas, salvo que quedasen sujetas a otra Reglamentación).

(96) También creó una Comisión Nacional Asesora en la materia, puso en marcha el sistema de comités y vigilantes de seguridad, y se ocupó de aspectos tan variados de la seguridad como los medios de protección, los equipos de salvamento, los deberes de formación y el servicio médico de empresa.

(97) Que procedía de un Acuerdo Marco Interprofesional de 1988, y que se dirigía en última instancia a la sustitución de la Ordenanza de 1970.

(98) BOE de 4 de junio de 1998.

(99) BOE de 20 de agosto de 1997. Este nuevo Convenio reiteró las previsiones del anterior, aunque excluyó de la cláusula de vigencia las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo XVI de la Ordenanza de 1970.

(100) Trata sobre todo del papel de la "Fundación Laboral de la Construcción" en este terreno, a la que, tras la fijación de unos principios generales y programáticos, se le encomiendan acciones de información, formación y asistencia.

2. La renovación y "europeización" de las normas de seguridad en la construcción

En cualquier caso, a partir de los años ochenta la regulación de la seguridad y salud en los trabajos de construcción iba a experimentar cambios importantes, al hilo, por otra parte, de la renovación del marco general, en buena medida exigida por la incorporación de España a la Comunidad Europea[101]. Un primer paso en ese sentido fue dado por el RD 555/1986, de 21 de febrero (parcialmente modificado por el RD 84/1990, de 19 de enero), que puso en marcha la exigencia de un "estudio de seguridad e higiene" en todo proyecto de construcción (de obra pública o privada), así como la exigencia de un "plan de seguridad e higiene", con arreglo a las previsiones del estudio (o justificando las medidas alternativas, en su caso), a cargo del contratista o constructor[102].

El RD 555/1986 declaraba obligatorio tal estudio para las obras de cierta dimensión (en función de su presupuesto o del número de trabajadores afectados), y, en todo caso, en "las obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas", así como en aquellas otras que el Ministerio de Trabajo determinara por su especial riesgo, a propuesta de las asociaciones empresariales y sindicales más representativas, o de "la Inspección de Trabajo". También admitía que, a propuesta de otros Ministerios y previa consulta a esas mismas organizaciones, se ampliara dicha obligación a otras obras de menor dimensión, y que para obras de "especial envergadura, larga duración y participación de numerosas empresas de construcción, de montajes metálicos o de cualquier otro tipo", el Ministerio de Trabajo pudiera aceptar, alternativamente, "otros sistemas o planteamientos organizativos y de coordinación existentes de hecho y sancionados por la práctica", siempre que fuesen aptos para cumplir los fines de prevención y protección.

El RD 555/1986 era también, como ha podido apreciarse, una norma de atribución de competencias, y de fijación de autoridades competentes. Vale la pena destacar, a tales efectos, su art. 8.2 (que fue modificado por el RD 84/1990, de 19 de enero), en el que se habilitaba a la dirección facultativa de la obra para paralizar los trabajos en ciertos supuestos, si bien con la obligación de dar cuenta, a los efectos oportunos, a la Inspección de Trabajo, junto a otras autoridades. Por su parte, el art. 8.3 de esa misma disposición reglamentaria atribuía a la autoridad laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo, la competencia para la sanción de las infracciones.

Ya dentro del nuevo marco legal proporcionado por la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y con el fin de adaptar sus mandatos al sector –y de trasponer las directrices de la Directiva 92/57/CEE[103]–, fue aprobado, como dijimos, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construc-

(101) *Vid.* J. I. MOLTÓ GARCÍA, *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 83 y ss.

(102) El estudio debía incluir una evaluación de riesgos, las medidas preventivas y de protección adecuadas, y la descripción de los servicios sanitarios necesarios en cada centro de trabajo.

(103) La Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, sobre disposiciones mínimas aplicables a "obras de construcción temporales o móviles", se aplica, concretamente, a "cualquier obra en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil", noción amplia en la que se incluyen, entre otras, las obras citadas en su Anexo I ("excavación, movimiento de tierras, construcción,..."). Expresamente excluye las actividades de perforación y de extracción en las industrias extractivas, sujetas, como sabemos, a otros instrumentos comunitarios.

ción, que vino a sustituir a esas normas precedentes (Disposición Derogatoria Única). Esta norma reglamentaria se declara aplicable, en general, a las "obras de construcción", que se definen en términos muy amplios y generales[104], y que se describen, de manera "no exhaustiva", en el Anexo II del Reglamento, aunque en ellas se incluyen desde luego "las obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos"[105].

Sus previsiones son muy numerosas y variadas, desde la exigencia de "coordinadores en materia de seguridad y salud"[106] al reconocimiento de derechos de participación en favor de los trabajadores y sus representantes, pasando por la obligatoriedad de estudios y planes de seguridad y salud en el trabajo y el establecimiento de obligaciones y responsabilidades concretas para los sujetos implicados en la proyección y ejecución de la obra. En concordancia con el marco general de la LPR, sus arts. 14.2 y 19 atribuyen diversas competencias y facultades a la Inspección de Trabajo y a la autoridad laboral: el primero, en relación con las decisiones de paralización de los trabajos que eventualmente fuesen adoptadas por los coordinadores de seguridad y salud, o por las personas integradas en la dirección facultativa, que habrán de notificarse a la IT; el segundo, en relación con la apertura del centro de trabajo y la elaboración y seguimiento de los planes de seguridad y salud, que habrán de comunicarse a la autoridad laboral y ponerse a "disposición permanente" de la IT.

3. El tratamiento singular e integral de las obras subterráneas para el transporte terrestre

Ya hemos visto que las normas relativas a la seguridad e higiene en el sector de la construcción han incluido habitualmente una referencia expresa a las obras subterráneas, que, en consecuencia, quedaban comprendidas en esa regulación (salvo las que se desarrollaran, claro está, en el contexto de las explotaciones mineras). A los "trabajos de excavación", así como a la construcción de "pozos, zanjas, galerías y similares", se refería, por ejemplo, el Reglamento de 1952; ese mismo tipo de obras se mencionaba también en la Ordenanza de 1970; la construcción de "túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas", o "las obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos", aparecen, en fin, en el campo de aplicación de los Reglamentos que acabamos de ver de 1986 y 1997.

La existencia de esas previsiones normativas sería fundamento suficiente como para no tener que acudir a las reglas dispuestas para otros trabajos o actividades. Pero si ello es

(104) "Cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil".

(105) Su art. 1.2 dispone, en todo caso, la exclusión de su ámbito de aplicación de "las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas o por sondeos, que se regularán por su normativa específica", que, como sabemos, se adscriben a las normas de seguridad minera.

(106) La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, regula en sus aspectos esenciales y, en sus distintos ámbitos y vertientes el proceso de edificación, y fija las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud.

cierto desde una perspectiva histórica, lo es aún más si se toma en consideración la normativa aprobada en los últimos años para las "obras subterráneas" dedicadas al transporte terrestre", que cuentan en los momentos actuales con instrucciones o especificaciones técnicas mucho más detalladas y precisas. Entre ellas destaca la Orden de 19 de noviembre de 1998 del Ministerio de Fomento, para "el proyecto, construcción y explotación de obras subterráneas para el transporte terrestre" (IOS-98)[107]. Como ya adelantamos, esta Orden ministerial nació para prestar "atención específica" a "las obras subterráneas que constituyen o forman parte de infraestructuras del transporte terrestre (carreteras y ferrocarriles)", tanto en su fase de ejecución como en la de explotación, por su "especial incidencia en la seguridad de las personas y los bienes".

LA IOS-98 CONSTITUYE EN LA ACTUALIDAD LA REGLAMENTACIÓN TÉCNICA ESPECÍFICA PARA EL PROYECTO, CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS SUBTERRÁNEAS PARA EL TRANSPORTE TERRESTRE, CON EL CONSIGUIENTE DESPLAZAMIENTO DE AQUELLAS NORMAS DE IGUAL O INFERIOR RANGO QUE INCIDAN EN ESTE TERRENO

Consecuente con esos objetivos, la IOS-98 establece los "criterios básicos (...) que deben observarse en las obras subterráneas que constituyen proyectos de infraestructuras del transporte (de carretera o ferroviarias), o formen parte de los mismos" y, en particular, los requisitos esenciales que deben cumplirse con vistas a conseguir la "seguridad y estabilidad" integral en ese tipo de obras (resistencia mecánica y estabilidad, seguridad en caso de incendio o vertido de materiales tóxicos o inflamables, y seguridad de utilización). Su ámbito de aplicación se extiende, concretamente, a las obras de construcción de carreteras (inclusive vías urbanas) y líneas ferroviarias, con independencia de que su geometría sea lineal (túneles, galerías o pozos) o tipo caverna[108], siempre que estén promovidas, directamente o en régimen de concesión, por la Administración General del Estado, por sus organismos autónomos o por entidades vinculadas o dependientes de aquélla.

Desde el punto de vista normativo, la IOS-98 impone en primer término una serie de "obligaciones funcionales" al titular de la obra (Administración promotora o, en su caso, concesionario de la misma), entre ellas la elaboración de un "proyecto completo", y el nombramiento tanto de un Director facultativo, para la dirección de los trabajos, como de un Director de explotación, como "responsable del correcto funcionamiento y uso de la obra subterránea, desde su puesta en funcionamiento", ambos con la titulación necesaria para ello. Al Director facultativo se le habilita, además, para la coordina-

(107) BOE de 1 de diciembre de 1998.

(108) Y con independencia de que se relicen en roca (con uso de explosivos o con maquinaria) o en el suelo, o de que se construyan mediante excavación manual, con excavación convencional, con máquinas integrales o falsos túneles.

ción de "las actuaciones necesarias conjuntas con las autoridades sanitarias, laborales y de protección civil, de acuerdo con la legislación vigente", en las situaciones de emergencia. Tras ello describe los "criterios básicos" que deben seguirse en cada una de las tres fases en que se clasifican las actuaciones: fase de proyecto, fase de construcción y fase de instalación definitiva y explotación.

La IOS-98 se configura, pues, como "reglamentación técnica específica" para el proyecto, construcción y explotación de ese tipo de obras, con la consiguiente derogación de "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Orden". La IOS-98 pasa a ser, de esa manera, la regulación técnica más especializada y de más directa aplicación en el ámbito de las obras subterráneas para el transporte terrestre, con el consiguiente desplazamiento, dentro de su ámbito de aplicación, de aquellas otras disposiciones que, con igual o inferior rango, pudieran incidir en ese terreno. Tal desplazamiento afectaría, así pues, a las normas reglamentarias procedentes de la ITC 04.6.05, de la que quedarían definitivamente excluidos, ahora con mayor claridad, las obras relativas a la construcción de túneles, pozos y galerías dedicados al transporte terrestre.

La IOS-98 supone, por consiguiente, una importante clarificación en el panorama normativo aplicable a las obras subterráneas, al trazar unas reglas mínimamente seguras acerca de las tareas que quedan sujetas a sus prescripciones y las que, en cambio, pueden quedar sometidas a otras normas técnicas (como las que proceden de la legislación de minas). Pero, comparada con las ITC de 1994, la IOS-98 ofrece además otras muchas virtualidades. Por lo pronto, mayor grado de minuciosidad, especialización y, en consecuencia, capacidad de adaptación a la especial problemática de ese tipo de obras. Adicionalmente, una atención específica no sólo a las fases de proyecto y construcción, sino también a la de explotación o mantenimiento de instalaciones definitivas[109]. En definitiva, a diferencia de las ITC de 1994, la IOS-98 supone un tratamiento autónomo y monográfico de las obras subterráneas para el transporte terrestre, más allá de su asimilación a las excavaciones mineras, o de su incardinación en la actividad minera, con todos los condicionamientos que ello entrañaba.

Por otro lado, y como era inevitable, la IOS-98 no se ocupa de la seguridad y salud en el trabajo de manera incidental, o en el contexto de otras exigencias más generales (sostenimiento de la obra, métodos constructivos o trabajos de construcción), sino de una forma directa y expresa, mediante capítulos separados en los que junto a una remisión a las normas generales de prevención de riesgos laborales, se recogen las oportunas "espe-

(109) Así se desprende sin dificultad alguna de una consulta a sus extensas previsiones: a) para la fase de proyecto, previsiones sobre trazado (incluidas zonas urbanas o industriales), sobre estudios geológicos y geotécnicos, sobre secciones transversales, sobre métodos constructivos (excavación, estabilidad, sostenimiento, etc.), sobre sostenimiento y revestimiento, sobre auscultación y reconocimiento durante la construcción, o sobre impacto ambiental; b) para la fase de construcción, previsiones sobre requisitos de la memoria del proyecto, sistemas de sensorización e instrumentación, maquinaria, explosivos, o proceso constructivo); c) para la fase de explotación, previsiones sobre sistemas de explotación, instalaciones fijas, suministro de energía, sistemas de control, alumbrado y ventilación, salidas de emergencia, incendio, control de tráfico y circulación, comunicaciones o señalización y balizamiento.

cificaciones". Así, junto a la exigencia general de observar las prescripciones de la LPR y del RD 1627/1997, se dispone la obligación del proyecto de establecer "los requisitos de seguridad y salud, relativos a las fases de proyecto, construcción y explotación", y la necesidad de destacar en cada una de esas fases las medidas "que puedan afectar especialmente a la seguridad y salud de los trabajadores (como vibraciones, voladuras, iluminación, comunicaciones, etc.)"[110].

A todo ello se añaden, ya para la fase de construcción (la más relevante, tal vez, desde ese punto de vista), instrucciones más pormenorizadas sobre selección y formación de personal (con las debidas acreditaciones), sobre "organización, limpieza y orden en los tajos, para eliminar riesgos", sobre iluminación y señalización, sobre empleo de equipos insonorizados (máquinas y medios), sobre comunicación de los tajos y frentes de trabajo con el exterior (con los correspondientes equipos de comunicación y emergencia), sobre planes de actuación para situaciones de emergencia (equipos de salvamento, primeros auxilios, etc.), sobre accesos y transporte (en el exterior e interior de la obra), y sobre transporte de personal (sobre neumáticos, sobre vía o por pozos)[111].

La IOS-98 también atribuye competencias con vistas a la aprobación "técnico-administrativa" de los proyectos y a la inspección de las obras subterráneas. En materia de seguridad y salud en el trabajo dispone, concretamente, que la inspección "durante la realización de las obras" se regirá por lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 y en el RD 1627/1997, sobre seguridad y salud en las obras de construcción. Tal remisión –obligada, a la vista del rango de esta disposición reglamentaria– conduce a las reglas generales de los arts. 7.1 y 9 LPR, dado que, tratándose del sector de la construcción, no estamos ante ninguno de los supuestos exceptuados. En tales preceptos, como sabemos, se atribuyen competencias en ese terreno de la seguridad e higiene a "las Administraciones públicas competentes en materia laboral" y, específicamente, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio del deber de colaboración de las restantes instancias y autoridades públicas.

4. Carácter de modelo e irradiación de efectos de la IOS-98

Situada en su contexto, y analizada con cierta perspectiva, puede decirse en verdad que la IOS-98 inaugura una nueva etapa en el tratamiento de las obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre. Una nueva etapa que se podría caracterizar, desde una perspectiva general, por los siguientes rasgos: su conexión explícita con el nuevo marco legal de la seguridad y salud en el trabajo (LPR de 1995 y RD 1627/1997); su especialización en las obras dedicadas al transporte terrestre, frente a la generalidad de la mayor parte de las normas anteriores; su atención a la problemática específica de las obras de construcción, y su proyección sobre la integridad de la obra, tanto en su fase de proyecto y construcción, como en su fase de uso o explotación.

(110) Apartados III.1.1 y III.10.

(111) Apartado IV.8.

Ese carácter innovador ha hecho que la IOS-98 haya empezado a actuar, de alguna forma, como modelo de regulación para otras modalidades de obras subterráneas (como las hidráulicas y subacuáticas)[112], y que sus prescripciones hayan sido asumidas, asimismo, por normas de ámbito autonómico. Tal es el caso de la Orden de 27 de julio de 2000, aprobada por su Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid, dictada en virtud de "la competencia exclusiva en obras públicas de interés de la Comunidad dentro de su propio territorio", y en la que se dispone la aplicación de la IOS-98, con alguna adaptación, a las obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre promovidas por la Comunidad de Madrid.

La Orden de 27 de julio de 2000 se hace cargo de "la creciente dificultad técnica" de las obras de infraestructura del transporte terrestre, de la especificidad que dentro de las mismas muestran las "obras subterráneas" (que requieren la utilización de maquinaria y técnicas constructivas muy distintas de las necesarias para las actividades extractivas o para la construcción en superficie), y de las singulares exigencias que todo ello plantea en las distintas fases de la obra (proyecto, construcción y explotación). Se hace cargo también de que todos esos factores han determinado "que el legislador comunitario y español las haya regulado en disposiciones diferentes para uno y otro tipo de obras", y de la necesidad de definir "unos criterios técnicos específicos" que sean de aplicación a esa clase de obras, ante la ausencia de una "regulación específica que dé respuesta satisfactoria a los diversos intereses públicos que confluyen en las mismas". La Orden de 27 de julio de 2000 pone de relieve, en fin la conveniencia, para la mejor satisfacción de dichos intereses, de "someter a un tratamiento uniforme tanto las obras promovidas por la Comunidad de Madrid como las promovidas por la Administración General del Estado en el territorio de la Comunidad".

Por su carácter técnico y especializado, y porque "resulta conveniente a dicho interés extender la aplicación de dicha instrucción (IOS-98) a las obras subterráneas de infraestructuras terrestres promovidas por la Comunidad de Madrid", la citada Orden de 27 de julio de 2000 se decanta en definitiva por la remisión a la reglamentación técnica aprobada en 1998 por el Ministerio de Obras Públicas, bien es verdad que "con las adaptaciones precisas a la estructura y funcionamiento de la Comunidad de Madrid". Como no podía ser de otro modo, también remite a la LPR de 1995 y al RD 1627/1997 para la determinación de los órganos competentes para ejercer la inspección de seguridad y salud en el trabajo durante la realización de las obras.

Otro ejemplo de aquella irradiación lo ofrece el Decreto 254/2000, de 30 de noviembre, dictado por la Consejería de Fomento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León,

(112) En el seno del Ministerio de Medio Ambiente se prepara un proyecto de Orden ministerial "como Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de obras subterráneas y subacuáticas, tanto hidráulicas como de costas", con el fin de imponer requisitos relativos a resistencia mecánica y estabilidad, condiciones de estanqueidad, seguridad de utilización y seguridad durante su conservación. El proyecto contempla una serie de obligaciones para el titular, prescripciones para situaciones de emergencia, competencias de aprobación e inspección y criterios básicos de actuación para la fase de proyecto, la fase de construcción y la fase de explotación. Tanto en la de proyecto como en la de construcción se contienen las oportunas remisiones a la Ley 31/1995 y al RD 1627/1997, con vistas a la prevención de riesgos laborales.

al amparo de sus competencias en materia de obras públicas, y de la Ley 2/1990, de 16 de marzo, sobre infraestructuras para el transporte terrestre. De nuevo se llama la atención en esta norma sobre la "especial dificultad técnica" de ese tipo de obras públicas, y sobre "la necesidad de dar cumplida respuesta a las exigencias de calidad y consiguiente seguridad de la obra civil en sus diferentes fases de ejecución y funcionamiento". Y de nuevo se hace una remisión a la IOS-98, por tratarse de la "reglamentación técnica específica" para las obras subterráneas que constituyen proyectos de infraestructura para el transporte (de carreteras o ferroviarias), y por la conveniencia, para la mejor satisfacción de los intereses públicos afectados, de "someter a un tratamiento normativo uniforme" tanto las obras promovidas por la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad como las promovidas por la propia Comunidad Autónoma. El Decreto 254/2000 incluye, asimismo, una cláusula de derogación de "cuantas disposiciones de igual o inferior rango" se opongan a sus previsiones[113].

EL CARÁCTER INNOVADOR DE LA IOS-98 HA HECHO QUE HAYA EMPEZADO A ACTUAR COMO MODELO DE REGULACIÓN DE OTRAS OBRAS SUBTERRÁNEAS COMO LAS HIDRÁULICAS O SUBACUÁTICAS Y QUE SUS PRESCRIPCIONES HAYAN SIDO ASUMIDAS POR NORMAS DE ÁMBITO AUTONÓMICO

CONCLUSIONES

1) La extensión de las facultades de "Policía minera" (PM) a la seguridad e higiene de los obreros tuvo su origen y principal fundamento en la inexistencia en esos primeros momentos tanto de leyes laborales en sentido estricto como de una Administración especializada en el control y seguimiento de los problemas relativos al trabajo asalariado. La creación en 1906 de la Inspección de Trabajo (IT) supuso la progresiva limitación de las funciones y competencias de la Administración de minas (Administración de industria y energía, generalmente) en materias relacionadas con el trabajo (incluida la normativa de seguridad y salud en el trabajo), hasta el punto de que hoy en día no constituyen más que una excepción a la competencia que con carácter general se atribuye a la autoridad laboral.

2) Por tratarse de una excepción a la regla general, las disposiciones que excluyan la competencia de la Administración laboral y de la IT en el terreno de la prevención de riesgos laborales, para atribuirla a instancias o autoridades distintas, habrán de ser interpretadas siempre de forma restrictiva, cir-

(113) Incluye también una Disposición Transitoria en la que se establece la aplicación, a los proyectos ya aprobados en el momento de su entrada en vigor, de "las prescripciones de la IOS-98 relativas a las atribuciones para las aprobaciones técnicas y administrativas e inspecciones de las obras que hayan de realizarse".

cunscribiéndolas estrictamente a los ámbitos y aspectos que de modo claro y expreso queden fuera del campo de actuación de la autoridad laboral, sin posibilidad de extenderlas por vía de analogía o proximidad a supuestos no contemplados por la correspondiente disposición legal, como ha puesto de relieve la jurisprudencia.

3) La competencia atribuida a la IT en materia de seguridad y salud en el trabajo es de carácter general y está plasmada en normas con rango de ley al menos desde el año 1939. Es, por lo tanto, una competencia sujeta a una cláusula formal de reserva de ley, contra la que no pueden actuar normas de menor rango. La existencia de esa reserva impide la intervención "independiente" de normas de rango inferior a la ley; este tipo de normas solamente podrá actuar en este punto con fines de desarrollo, cmplemento o especificación de la ley, nunca para establecer, de manera autónoma y más allá de lo dispuesto por la ley, un sistema de atribución de competencias en esta materia.

4) El art. 7.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 (LPR) no es una norma de atribución *ex novo* de competencias, ni tampoco una previsión de la que pueda extraerse, sin más consideraciones, la regulación de esa materia. Se trata, simple y exclusivamente, de una cláusula que tiene por objeto mantener la situación normativa anterior a su entrada en vigor, a la que se efectúa la correspondiente remisión, y a la que se presta el consiguiente respaldo. Así se deduce tanto de su formulación literal (las funciones de referencia "continuarán siendo desarrolladas" conforme a "su normativa reguladora"), como de su contexto; así se deduce también de la imposibilidad de darle sentido y virtualidad si no se cuenta con un cuadro previo de atribución de competencias.

5) La alusión del art. 7.2 LPR a "los trabajos en minas, canteras y túneles" y a "su normativa reguladora", sólo puede estar referida a lo dispuesto en las leyes de minas, como normas especializadas en ese terreno. Tales leyes son aplicables en exclusiva a los trabajos encaminados a la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos. A esa actividad minera (a la regulada por las leyes de minas) quedan ceñidas, pues, las competencias de inspección y vigilancia de la Administración de minas y sus Cuerpos facultativos (como se deriva de esas leyes, y como especifica el art. 168 RGNBSM); más allá de dicha actividad rige la regla general competencial del art. 7.1 LPR.

6) La remisión del art. 7.2 LPR también ha de conectarse con las leyes reguladoras de la Inspección de Trabajo, que han venido consagrando la competencia general de ese Cuerpo de la Administración laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo (como hacen hoy en día los arts. 3 y 4 de la Ley 42/1997), con la única excepción de aquellos centros o establecimientos "cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas", que "continuarán rigiéndose por su normativa específica, sin perjuicio de la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las materias no afectadas por la misma". La concordancia entre una y otra disposición es, pues, absoluta; ambas, por otra parte, son normas de remisión a lo dispuesto en aquellas leyes de minas.

7) La referencia legal a la "técnica minera", acogida por el art. 7.2 LPR pero procedente de la legislación de minas, no puede tomarse como criterio de ampliación del ámbito propio y tradicional de las autoridades mineras, sino como elemento complementario en la delimitación del campo de aplicación de las leyes de minas, y como instrumento corrector o de precisión a la hora de fijar las competencias de dichas autoridades: para que juegue la excepción a la regla general (competencia de la autoridad minera frente a la competencia de la autoridad laboral, según el art. 7 LPR) hace falta no sólo que se trate de actividades comprendidas en las normas de minas, por encaminarse a la investigación o aprovechamiento de recursos minerales (exigencia inicial), sino también que hayan de desarrollarse conforme a técnica minera (exigencia adicional).

8) La acotación y ubicación legal del concepto de "técnica minera" no permite extenderlo a trabajos o labores extraños a su ámbito natural y originario (que es el de las explotaciones mineras), o que presentan rasgos diferenciados respecto del mismo, ya sea por su dimensión o magnitud, ya sea por su modo de realización, ya sea por la maquinaria o instrumental utilizado, ya sea por sus fines o usos, ya sea, en fin, por la clase de bienes o intereses implicados. En este apartado cabe hacer referencia a las obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre, que, a diferencia de las minas, no tienen por objeto la explotación del terreno o de recursos minerales, sino la instalación de pasos estables para el tráfico rodado, con todo lo que ello implica desde el punto de su trazado, su dimensión, su morfología, su construcción, su mantenimiento o su repercusión en las personas y bienes. Debe tenerse en cuenta, además, que el eventual aprovechamiento de técnicas experimentadas en las explotaciones mineras no es en sí mismo título alguno para la asignación de competencias, dado que éstas dependen de la correspondiente asignación normativa.

9) La referencia a los "túneles" dentro del art. 7.2 LPR, y a "labores subterráneas" dentro de algunas normas precedentes, ha de reconducirse en todo caso al ámbito de las explotaciones mineras. Así ha de concluirse por dos razones. Por un lado, porque el art. 7.2 LPR no añade competencias o nuevos supuestos de hecho a los ya existentes, sino que se limita a recoger y dar continuidad a la situación creada por la legislación anterior. Por otro, porque en dicha legislación las referencias a labores subterráneas siempre han aparecido en el contexto de las explotaciones mineras, dentro de normas dedicadas a la actividad minera.

10) Una de esas normas es el RGNBSM, cuyas previsiones han de proyectarse en exclusiva sobre el ámbito minero, por varios motivos: porque así se deduce de los contornos trazados por el cuerpo legal que le presta cobertura (leyes de minas), que está ceñido a las explotaciones mineras; porque ése es el ámbito de aplicación que a sí misma se atribuye dicha disposición reglamentaria; porque los diversos preceptos que dentro de ella contienen reglas, prescripciones y "especificaciones" para las labores subterráneas, van dirigidos a tareas y actividades propias de la explotación de minas, y porque así lo explicita su art. 168 RGNBSM al referirse al ámbito de competencias de la autoridad minera. A esa realidad ha de ceñirse también, por razón de rango y de coherencia legal, el ámbito de aplicación de las ITC dictadas en desarrollo del RGNBSM, que no puede sobrepasar la correspondiente habilitación.

11) El RD 1389/1997, sobre disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras, tampoco puede tomarse como norma de atribución de competencias. Primero, porque tan sólo contiene reglas sustantivas, y, a lo sumo, obligaciones de información. Adicionalmente, porque de ningún modo podría abordar esa tarea, por estar sometida a la citada cláusula de reserva de ley; no es posible, con carácter general, que normas de rango reglamentario o técnico puedan actuar en ese terreno, salvo que se limiten a reproducir o confirmar las prescripciones legales. Por lo demás, sus previsiones de aplicación a la construcción de túneles y galerías se supeditan en todo caso a "lo dispuesto en la normativa relativa a las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción", lo cual remite, a la postre, a la hipótesis de inexistencia de normativa específica en ese sector, hipótesis que no se da en la actualidad.

12) Las obras subterráneas promovidas por la Administración pública para la construcción de túneles y galerías dedicados al transporte terrestre cuentan desde hace tiempo con normas específicas de seguridad e higiene (dentro de la legislación general o en Reglamentos propios), de las que se desprende la sujeción de ese sector, en ese concreto aspecto, a la Administración laboral y a sus autoridades, de acuerdo con la regla general que hoy en día enuncia el art. 7.1 LPR. En las últimas décadas este segmento normativo ha experimentado, además, un creciente proceso de especificación y minuciosidad, así como de adaptación a las directrices comunitarias, buena muestra de lo cual son el RD 1627/1997 (de desarrollo de la LPR), la IOS-98 del Ministerio de Fomento o las normas que en esa misma línea han sido aprobadas en ámbitos autonómicos.

13) La IOS-98 constituye en la actualidad la "reglamentación técnica específica" para el proyecto, construcción y explotación de ese tipo de obras cuando actúa como promotor la Administración del Estado, con la consiguiente derogación de "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Orden". La IOS-98 pasa a ser, de esa manera, la regulación técnica más especializada y de más directa aplicación en el ámbito de las obras subterráneas para el transporte terrestre, con el consiguiente desplazamiento, dentro de su ámbito de aplicación, de aquellas otras disposiciones que, con igual o inferior rango, pudieran incidir en ese terreno. Como es preceptivo en ese tipo de obras, la IOS se ocupa de la seguridad de tales obras en sus distintos aspectos y fases (proyecto, construcción y explotación), con las oportunas prescripciones respecto de la prevención de riesgos laborales. En lo que se refiere a las competencias de inspección "durante la realización de las obras", la norma remite a lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 y en el RD 1627/1997, sobre seguridad y salud en las obras de construcción.

14) La IOS-98 inaugura una nueva etapa en el tratamiento de las obras subterráneas dedicadas al transporte terrestre, por su especialización en este tipo de obras y por su explícita conexión con el nuevo marco legal de la seguridad y salud en el trabajo (LPR de 1995 y RD 1627/1997). También tiene el valor de norma "modelo" o de referencia, ya que ha actuado de espejo para la aprobación de normas paralelas en ámbitos autonómi-

cos, como la Orden de 27 de julio de 2000 (Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid), dictada para hacer frente a "la creciente dificultad técnica" de las obras de infraestructura del transporte terrestre, a la especificidad que dentro de las mismas muestran las "obras subterráneas" (por la clase de maquinaria y las técnicas constructivas que se requieren a tales efectos), y a la necesidad de definir "unos criterios técnicos específicos" ante la ausencia de una "regulación específica que dé respuesta satisfactoria a los diversos intereses públicos que confluyen en las mismas". Un nuevo ejemplo de irradiación lo ofrece el Decreto 254/2000, de 30 de noviembre, de la Consejería de Fomento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que se manifiesta en esos mismos términos.

15) Analizada a fondo, conforme al tenor de sus palabras, a sus antecedentes, a su contexto normativo, y a su espíritu y finalidad, la mención del art. 7.2 LPR a "los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de técnica minera", sólo puede referirse a trabajos desarrollados en el medio minero, con exclusión de las obras subterráneas de tipo "civil" dedicadas al transporte terrestre. El principio de legalidad que rige en esta materia, unido a la fórmula utilizada por el art. 7.2 LPR (que es de mera remisión a las competencias establecidas en "su normativa reguladora", que debe ser normativa de rango legal) avalan esa misma conclusión.

doctrina

La reforma laboral del año 2001 (Nota sobre 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)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Socio Director del Departamento Laboral de URÍA & MENÉNDEZ *Abogados*
Catedrático de Derecho del Trabajo

Sumario:

1. Introducción. Contratos a los que se aplica la Ley 12/2001. 2. La ampliación de los colectivos que pueden concertar un contrato para la formación y las nuevas empresas de promoción e inserción laboral. Nuevos supuestos de contratos en prácticas. 3. La reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial. 4. La limitación de la duración máxima del contrato eventual a doce meses y la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes. 5. La creación de un nuevo contrato temporal: el contrato de inserción. 6. La prevención de los abusos en materia de contratación temporal, el principio de igualdad y la información sobre vacantes de puestos permanentes. 7. Los nuevos deberes de información en contratas y subcontratas. 8. La novedosa indemnización por finalización de los contratos temporales y la penalización en la cotización de contratos inferiores a siete días. 9. La introducción de una nueva causa de despido objetivo. 10. La ampliación de los colectivos que pueden concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida (mujeres) y su consagración como modalidad contractual permanente. 11. Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimien-

to. 12. La derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores en materia de jubilación forzosa. 13. El programa de fomento de empleo para el año 2001 y la eliminación de la confusa referencia a las ayudas de *minimis*. 14. Los permisos parentales en casos de nacimientos prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto. 15. La importante reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (sucesión de empresa).

1. INTRODUCCIÓN. CONTRATOS A LOS QUE SE APLICA LA LEY 12/2001

El objeto de la presente Nota es exponer de forma sintética el contenido básico 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 (en adelante, ***Ley 12/2001***), haciendo particular énfasis en los cambios más relevantes desde la perspectiva empresarial.

La Ley 12/2001 ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 2001. Como se sabe, la Ley 12/2001 es fruto de la tramitación como Ley del previo Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo. En la tramitación ha habido novedades y cambios importantes, de las que se dará cumplida cuenta en esta Nota; una de las novedades más señaladas es la reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (**ET**).

Es posible, por otro lado, que la Ley 12/2001 no sea la última reforma laboral de este año, toda vez que, por un lado, está pendiente de transposición –cabe decir– el *Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social*, firmado el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, CCOO y CEOE-CEPYME; y, por otro, está ahora mismo abierta una mesa de negociación entre el gobierno y los interlocutores sociales sobre la reforma de la negociación colectiva.

Sea como fuere, conviene advertir, antes que nada, que la Ley 12/2001 sólo se aplica a los contratos celebrados después de su entrada en vigor (11 de julio de 2001), de manera que los contratos celebrados "*antes*", *incluidos los contratos para el fomento de la contratación indefinida* (Disposiciones Adicionales Primeras del Real Decreto-Ley 8/1997 y de la Ley 63/1997), continúan rigiéndose por *la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron*.

También conviene advertir que la nueva indemnización por finalización de contrato (a la que se hace mención más abajo en el número 8) no se aplica a *las extinciones de contratos celebrados con anterioridad* al 4 de marzo de 2001 (que fue la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001), *cualquiera que sea la fecha de su extinción*.

2. LA AMPLIACIÓN DE LOS COLECTIVOS QUE PUEDEN CONCERTAR UN CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y LAS NUEVAS EMPRESAS DE PROMOCIÓN E INSERCIÓN LABORAL. NUEVOS SUPUESTOS DE CONTRATOS EN PRÁCTICAS

Una primera modificación que introduce la Ley 12/2001 tiene lugar en el **contrato para la formación.**

La modificación consiste en que el límite máximo de edad de veintiún años no es de aplicación "cuando el contrato se concierte con desempleados incluidos en algunos de los siguientes colectivos":

– Minusválidos.

– Trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, salvo que se acrediten la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo.

– Aquellos que lleven más de tres años sin actividad laboral.

– Quienes se encuentren en situación de exclusión social.

– Los que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo".

RESPECTO AL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN EL LÍMITE MÁXIMO DE EDAD DE VEINTIÚN AÑOS NO ES DE APLICACIÓN CUANDO SE CONCIERTE CON DESEMPLEADOS INCLUIDOS EN ALGUNOS DE LOS COLECTIVOS ESTABLECIDOS EN LA LEY

Frente a la amplitud y aparente carácter incondicionado del Real Decreto-Ley 5/2001, la Ley 12/2001 clarifica que los extranjeros sólo pueden ser contratados para la formación si carecen de la formación y experiencia necesarias para desempeñar el puesto de trabajo.

Por lo que se refiere a la situación de exclusión social que habilita para la concertación de un contrato para la formación, sin limitación máxima de edad, aquella situación se acredita por los servicios sociales competentes y queda determinada por la pertenencia a los colectivos contemplados en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 12/2001. Esta Disposición Adicional habilita al Gobierno para "modificar la consideración de la situación de exclusión social que habilita para la concertación del contrato de formación, sin limitación máxima de edad, en atención a la situación y política de empleo de cada momento".

Por otro lado, quienes se encuentren en situación de exclusión social, además de con contratos para la formación, pueden ser contratados por empresas y entidades sin ánimo de lucro de forma indefinida, incluyendo la fijeza discontinua, o temporalmente (aunque no sea para la formación). Y en tal caso, tales empresas podrán acogerse a las bonificaciones previstas en el artículo 6.5 de la Ley 12/2001 (artículo 4.11.3 de la Ley 12/2001)

La Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001 establece que la contratación de personas en riesgo de exclusión en los supuestos a que se refiere el artículo 4.11.3 de dicha Ley podrá realizarse por empresas específicamente dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.

Se consideran empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, "cualquiera que sea su forma jurídica y actividad económica", aquellas que "dediquen habitualmente no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo" al empleo de personas que estén en la citada situación de exclusión social, "para formarles y adiestrarles en el ejercicio normalizado de una actividad laboral". El fin primordial del objeto social de estas empresas ha de ser "la plena integración laboral y el acceso al empleo ordinario de las indicadas personas". Las empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social "podrán inscribirse voluntariamente en el registro público que a tal efecto de determine reglamentariamente" (Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001).

Además de acceder a las bonificaciones previstas en el artículo 6.4 de la Ley 12/2001, las empresas de promoción e inserción laboral "podrán desarrollar los programas que se determinen en colaboración con las Administraciones y Entidades Públicas con competencias en la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social" y, "específicamente, los servicios públicos de empleo podrán establecer convenios con empresas de inserción" (Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001).

Finalmente, por lo que se refiere al contrato en prácticas, la Disposición Adicional Séptima de la Ley 12/2001 modifica el artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica. La modificación consiste en que se permite a los *organismos públicos de investigación* celebrar *contratos para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología*, rigiéndose tales contratos por el artículo 11.2 del ET (contrato de trabajo en prácticas), con las *particularidades* establecidas en la reforma del artículo 17 de la Ley 13/1986 que realiza la Disposición Adicional Séptima de la Ley 12/2001.

3. LA REFORMA DEL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Una segunda e importante reforma es la del contrato a tiempo parcial. Como se sabe, la regulación hasta ahora vigente, y que la Ley 12/2001 cambia, era fruto de un acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos más representativos de ámbito estatal (CCOO y UGT), bastante criticado por las organizaciones empresariales que tachaban la regulación de rígida y de gestión problemática y *burocratizada*, como efectivamente lo era.

Pues bien, las reformas más significativas respecto del contrato a tiempo parcial son las siguientes:

(i) El concepto de trabajo a tiempo parcial ya no exige prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior al "*77 por ciento*" de la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, de la jornada máxima legal. A partir de ahora, basta con que se preste servicios durante un número de horas *inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable*.

Se entiende por *trabajador a tiempo completo comparable* a un trabajador "a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal".

La noción de trabajador a tiempo completo comparable se extrae de la cláusula 3.2 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial acordado entre la UNICE, el CEEP y el CES, aplicado por la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1977, del Consejo.

(ii) En segundo lugar, a partir de ahora el contrato a tiempo parcial requiere simplemente que figuren en el mismo *el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución*, sin que se exija ahora –como ocurría antes– que dicha distribución se concrete de forma *mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en que el trabajador debe(rá) prestar servicios*.

Éste es un cambio muy notable. A partir de la Ley 12/2001, el contrato de trabajo a tiempo parcial basta con que exprese la distribución de las horas ordinarias de trabajo, sin que se requiera que se precise nada más respecto de dicha distribución. Sin embargo el modelo oficial de contrato a tiempo parcial sigue partiendo de la exigencia de mayores precisiones.

(iii) Un tercer y muy importante cambio ha tenido lugar en relación con las horas complementarias.

El cambio más significativo radica en la notabilísima reducción y aligeramiento de la regulación legal. Ahora se dice simplemente (lo que ya se decía antes) que *el número de horas complementarias no podrá exceder del 15 por ciento de las horas ordinarias objeto del contrato*. Ahora bien, los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior pueden establecer *otro porcentaje máximo que en ningún caso podrá exceder del 60 por ciento de las horas ordinarias contratadas*. La reforma consiste aquí en que antes el porcentaje era el 30 por ciento y ahora es el del 60 por ciento, doblándose y multiplicándose así por dos el anterior porcentaje.

Un segundo cambio es que la distribución y forma de realización de las horas ordinarias debe atenerse a lo establecido al respecto en el *convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias*, cuando antes se hablaba de *convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior*.

El tercer cambio consiste en que ahora el trabajador debe conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días únicamente si el convenio colectivo no ha establecido *otra cosa*. La modificación radica así en que lo que antes era derecho necesario pasa a ser ahora derecho dispositivo para el convenio colectivo.

El aligeramiento y notabilísima reducción de la *carga* legal se pone de manifiesto de forma sobresaliente si se repara, de un lado, en que ya no hay regulación (aunque era supletoria del convenio colectivo) en materia de distribución por trimestres de las horas complementarias y transferencia de horas complementarias de un trimestre a otro. De otro, en que la Ley guarda ahora silencio y no regula ni prevé la posibilidad de modificación de la jornada ordinaria pactada por la vía de la *consolidación* de una parte de las horas complementarias realizadas, suprimiéndose así, en consecuencia, el preaviso y las obligaciones empresariales antes requeridas para hacer viable el ahora suprimido derecho de consolidación de parte de las horas complementarias. Y, finalmente, en que no se prevé ya que, con carácter general, el pacto de horas complementarias puede quedar sin efecto por denuncia del trabajador una vez cumplido un año desde su celebración, si bien se prevé que, una vez cumplido el citado año, y con un preaviso de quince días, el trabajador puede renunciar al pacto si concurren las siguientes circunstancias: la atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 ET; necesidades formativas, *en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria*; y, en fin, incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

El artículo 14.2 de la Ley 12/2001, modificando en este extremo el artículo 7.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (*LISOS*), tipifica como infracción grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de horas complementarias.

(iv) Un adicional cambio consiste en que se procede a tipificar, como infracción leve, el no informar a los trabajadores a tiempo parcial (...) sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos previstos en (el artículo) 12.4 ET.

(v) Un penúltimo cambio en materia de contrato de trabajo a tiempo parcial consiste en que se vuelve a reordenar el contrato fijo discontinuo. Es significativo que se elimine del título del precepto la referencia al contrato fijo discontinuo.

Con todo, sigue siendo modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial por tiempo indefinido el trabajo fijo y periódico –que se repita en *fechas ciertas*– dentro del volumen normal de actividad de la empresa (nuevos artículos 12.3 y 15.8, párrafo primero, ET). Pero ya no es modalidad de trabajo a tiempo parcial el contrato por tiempo indefinido de fijos discontinuos que no se repita en fechas ciertas. Esta última modalidad deja de ubicarse en el art. 12 del ET y pasa a insertarse en el art. 15.8 del ET. A ambos preceptos, y no sólo al primero, hace referencia ahora el apartado 2 de la Disposición Adicional Séptima del la Ley General de Seguridad Social, modificado en este extremo por la Disposición Adicional Décima de la Ley 12/2001.

De todas formas, se dispone que los convenios colectivos de ámbito sectorial pueden acordar, *cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen*, la utilización en los contratos de fijos discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos discontinuos.

(vi) Finalmente, la Ley 12/2001 ha procedido a dar nueva redacción a la llamada jubilación parcial –reduce su jornada y salario entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo de un 85 por ciento– y al paralelo –preceptivo sólo cuando el jubilado parcial no tiene aún la edad de jubilación– contrato de relevo (artículo 12.6 ET).

En esta ocasión, la modificación trae causa, básicamente, del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social (apartado IV sobre *jubilación flexible*) y recoge la posibilidad de seguir prestando servicios a tiempo parcial incluso habiendo cumplido la edad que permite acceder a la pensión contributiva de jubilación.

A PARTIR DE LA LEY 12/2001, EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL BASTA CON QUE EXPRESE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS HORAS ORDINARIAS DE TRABAJO, SIN QUE SE REQUIERA QUE SE PRECISE NADA MÁS AL RESPECTO

4. LA LIMITACIÓN DE LA DURACIÓN MÁXIMA DEL CONTRATO EVENTUAL A DOCE MESES Y LA POSIBILIDAD DE CELEBRAR UN CONTRATO DE TRABAJO PARA LA COBERTURA DE VARIOS CONTRATOS DE PUESTA A DISPOSICIÓN SUCESIVOS CON EMPRESAS USUARIAS DIFERENTES

También ha sido objeto de modificación el **contrato eventual** por circunstancias de la producción [art. 15.1.b) ET].

La modificación consiste en que se introduce un límite infranqueable de doce meses (hasta ahora era de trece meses y medio) para el supuesto de que el convenio colectivo sectorial (estatal o, en su defecto, de ámbito inferior) haya modificado la duración legal dispositiva para dicho convenio de seis meses.

En correspondencia con ello, se modifica la letra c) del art. 8 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (**Ley 14/1994**), introduciendo el mismo límite de doce meses (en vez de los anteriores trece meses y medio).

Por lo demás, la previsión de una única prórroga que antes estaba en la norma reglamentaria (Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio), se lleva ahora al texto del artículo 15.1.b) del ET.

El artículo 13 de la Ley 12/2001 ha procedido a introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 10 de la Ley 14/1994. De conformidad con este nuevo apartado, la empresa de trabajo temporal puede celebrar con el trabajador "un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en la letra b) del apartado 1 del artículo 15 ET, debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en él (artículo 10.1 de la Ley 14/1994) y en sus normas de desarrollo reglamentario".

5. LA CREACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO TEMPORAL: EL CONTRATO DE INSERCIÓN

La Ley 12/2001 ha creado un nuevo contrato temporal o por tiempo determinado [nueva letra d) del art. 15.1 ET], si bien la regulación entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2002 (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 12/2001).

Se trata del **contrato temporal de inserción.** Este contrato se formaliza por una Administración pública o por una *entidad sin ánimo de lucro* con *un trabajador desempleado, inscrito en la oficina de empleo* al objeto de realizar una obra o servicio de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente.

El contrato de inserción ha de constar por escrito (nueva redacción del art. 8.2 ET para incorporar esta exigencia de forma escrita).

Los trabajadores que sean parte en estos contratos no pueden *repetir su participación* hasta transcurridos tres años desde finalizar el anterior contrato de esta naturaleza, *siempre y cuando el trabajador haya sido contratado bajo esta modalidad por un período superior a nueve meses en los últimos tres años*. Los servicios *públicos* de empleo competentes financian, a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social de estas contrataciones subvencionando, a efectos salariales, la cuantía equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador" y, a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios, *todo ello con independencia de la retribución que finalmente reciba el trabajador*.

La retribución de los trabajadores que se incorporen a estos programas será la que se acuerde entre las partes, sin que pueda ser inferior a la establecida, en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo aplicable.

La incorporación de desempleados a esta modalidad contractual ha de estar de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de "*la estrategia europea por el empleo*.

La Disposición Adicional Quinta de la Ley 12/2001 introduce una nueva Disposición Adicional Decimosexta en el ET. Esta nueva Disposición Adicional del ET establece que los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo a los que se refiere el artículo 15.1.d) ET son *los que actualmente se regulan en la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1997*, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e Instituciones sin ánimo de lucro, *que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social*, y *la Orden Ministerial de 26 de octubre de 1998*, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con las corporaciones locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social.

El Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales queda habilitado para *modificar* el contenido de los anteriores programas, establecer nuevos programas públicos de mejora de la ocupabilidad o excepcionarlos, a efectos de lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 15 ET.

6. LA PREVENCIÓN DE LOS ABUSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA INFORMACIÓN SOBRE VACANTES DE PUESTOS PERMANENTES

La Ley 12/2001, además de una nueva letra en su apartado 1 (el nuevo contrato de inserción) ha añadido cuatro nuevos apartados en el art. 15 del ET. Se trata de los nuevos apartados 5 a 8, pasando el hasta ahora apartado 5 a ser el apartado 9 del precepto.

La *idea-fuerza* que subyace y aglutina a los nuevos apartados 5 a 7 del art. 15 del ET es la de reforzar los derechos y tratar de prevenir los abusos en materia de **contratación temporal.** La Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 menciona expresamente, en este sentido, que se procede a incorporar al ordenamiento interno la Directiva 99/70/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. El Real Decreto-Ley 5/2001 omitía sorprendentemente toda mención expresa de esta Directiva y, sin embargo, trataba de transponerla, como igualmente –no podía ser de otra manera– lo hace la Ley 12/2001.

En materia de contratación temporal, lo más relevante de la Ley 12/2001 es lo siguiente:

(i) Se dispone que los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. Se trata de la llamada contratación temporal *encadenada* o *en cadena*.

(ii) Se establece expresamente que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tienen "los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida", sin perjuicio de "las particularidades específicas de cada una de las

modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción".

Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos *de manera proporcional, en función del tiempo trabajado*.

Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa *antigüedad* del trabajador, dicha antigüedad debe computarse *según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación*.

(iii) El empresario debe *informar* a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, *incluidos los contratos formativos*, sobre la existencia de *puestos de trabajo vacantes*, a fin de garantizarles *las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores*. Esta información puede facilitarse mediante *un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información*. No se exige, en consecuencia, que la información se dirija individualizadamente a todos los trabajadores temporales con contratos de duración determinada o temporales. No informar a los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa es una infracción leve (nuevo artículo 6.5 LISOS, redactado por el artículo 14 de la Ley 12/2001).

Los convenios colectivos pueden establecer *criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos*.

Los convenios colectivos han de establecer medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de mejorar su progresión y movilidad profesionales.

Ya se ha mencionado que el contrato indefinido de fijos discontinuos para trabajos que no se repitan en fechas ciertas abandona su polémica ubicación en el contrato a tiempo parcial (art. 12 ET) y pasa a regularse en el nuevo apartado 8 del art. 15 del ET.

7. LOS NUEVOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

La regulación del precepto legal que regula las **contratas y subcontratas** (art. 42 ET) ha sido objeto de dos modificaciones.

La primera modificación consiste en que la responsabilidad del empresario principal en materia salarial y de Seguridad Social no se limita ya a las obligaciones que le corresponderían si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo.

La segunda modificación consiste en que se introducen tres nuevos apartados en el art. 42 del ET, estableciéndose en todos ellos expresas y concretas obligaciones de información a cumplir por el empresario principal o por el contratista o contratista.

En efecto:

(i) Los trabajadores del contratista o subcontratista deben ser *informados por escrito* por su empresario de *la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento*. Dicha información debe ser facilitada *antes* del inicio de la respectiva prestación de servicios y ha de incluir *el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal*. El incumplimiento de este deber de información se tipifica como infracción grave por el nuevo apartado 11 del artículo 7 de la LISOS, introducido por el artículo 14.2 de la Ley 12/2001.

Asimismo, el contratista o subcontratista debe informar de *la identidad de la empresa principal* a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Por su parte, los representantes legales de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista deben ser informados por ésta, *antes del inicio de la ejecución de la contrata*, de todos los extremos anteriores y, además, de: 1º) El "objeto y duración de la contrata"; 2º) El "lugar de ejecución de la contrata"; 3º) "En su caso, (del) número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal"; 4º) De las "medidas previstas de coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales".

(ii) Sin perjuicio de la información sobre "previsiones en materia de subcontratación" prevista en el art. 64.1.1º ET, cuando "la empresa concluya un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista", debe "informar" a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: 1º) "Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista", 2º) El "objeto y duración de la contrata"; 3º) El "lugar de ejecución de la contrata"; 4º) "En su caso, (del) número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal"; 5º) De las "medidas previstas de coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales".

EN LOS CONTRATOS DE CARÁCTER TEMPORAL CUYA DURACIÓN EFECTIVA SEA INFERIOR A SIETE DÍAS, CON LA EXCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERINIDAD, LA CUOTA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL POR CONTINGENCIAS COMUNES SE INCREMENTARÁ EN UN TREINTA Y SEIS POR CIENTO

8. LA NOVEDOSA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES Y LA PENALIZACIÓN EN LA COTIZACIÓN DE CONTRATOS INFERIORES A SIETE DÍAS

Una de las novedades más conocidas de la Ley 12/2001 es la **indemnización** que establece en los supuestos de extinción de determinados **contratos temporales** o de duración determinada.

Se trata de una indemnización "equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación".

La redacción finalmente resultante de la Ley 12/2001 permite seguir planteando el interrogante de si los ocho días de salario son un mínimo de derecho necesario, como terminantemente había establecido el Congreso de los Diputados en el debate parlamentario. Parece, sin embargo, que la redacción finalmente aprobada no configura los ocho días como un mínimo, sino, más bien, como derecho dispositivo para la *normativa específica que sea de aplicación*.

Por otro lado, no todos los supuestos de extinción de contratos temporales o de duración determinada generan derecho de indemnización, toda vez que no existe dicha indemnización en los casos *del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos*.

Conviene recordar, por último, que la nueva indemnización por finalización de contrato no se aplica a *las extinciones de contratos celebrados con anterioridad al 4 de marzo de 2001, cualquiera que sea la fecha de su extinción* (Disposición Transitoria Segunda de la Ley 12/2001).

En los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea inferior a siete días, con la excepción de los contratos de interinidad, "la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 36 por ciento" (Disposición Adicional Sexta de la Ley 12/2001).

9. LA INTRODUCCIÓN DE UNA NUEVA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO

La Ley 12/2001 ha introducido **una nueva causa de despido objetivo** [nueva letra e) del art. 52 ET].

La nueva causa es la siguiente:

"En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo de que se trate."

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 del ET *se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo* (despido colectivo).

10. LA AMPLIACIÓN DE LOS COLECTIVOS QUE PUEDEN CONCERTAR EL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA (MUJERES) Y SU CONSAGRACIÓN COMO MODALIDAD CONTRACTUAL PERMANENTE

La Ley 12/2001 ha procedido a modificar el **contrato para el fomento de la contratación indefinida** en una doble dirección. De un lado, el contrato pasa a ser, en principio, una opción o posibilidad *permanente*, o indefinida en el tiempo, de contratación, sin que, como ocurría hasta ahora, sea una opción limitada a un plazo determinado (cuatro años). De otro, se amplía el colectivo de trabajadores desempleados que pueden concertar el contrato.

A partir del 4 de marzo de 2001, se puede concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida sin ninguna fecha final para hacerlo. Únicamente se establece que "en el marco del diseño de los planes y programas de política de empleo y del análisis del funcionamiento del mercado de trabajo, el Gobierno procederá a evaluar los efectos de esta medida para el fomento de la contratación indefinida, a fin de determinar la necesidad o no del mantenimiento de la misma y proponer, en su caso, las modificaciones que procedan".

Por lo que se refiere a los grupos de trabajadores **"desempleados"** con los que puede concertarse el contrato los cambios son los siguientes:

– Los jóvenes son ahora de *desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive*. Antes eran jóvenes desde dieciocho hasta veintinueve años de edad, ambos inclusive.

– El mayor cambio radica en que se introduce a las "mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones de menor índice de empleo femenino". A estos efectos, se considera que existe un menor índice de empleo femenino en todas las profesiones u oficios de la clasificación nacional de ocupaciones (Real Decreto 917/1994), excepto las que figuran en la lista contenida en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998.

– En tercer lugar, los parados han de llevar, *al menos, seis meses inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo*. No se exige ya que sean doce meses y no se utiliza la expresión de parados de *larga duración*.

Por lo que se refiere a los trabajadores sujetos a contratos temporales que pueden concertar un contrato para el fomento de la contratación indefinida, lo pueden hacer aquellos que *en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrado con anterioridad al 31 de diciembre de 2003*.

El último cambio radica en que la prohibición de concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida si con anterioridad en la empresa se hubieran extinguido

contratos por causas objetivas o por despido colectivo se reduce a *seis meses* en vez de a doce meses, como ocurría con anterioridad.

11. BONIFICACIONES DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES EN PERÍODOS DE DESCANSO POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

La Ley 12/2001 establece **bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo.**

A la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo, mediante "los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados, a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación una bonificación del 100 por ciento en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta".

Esta bonificación sólo es de aplicación "mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituido".

La duración máxima de las bonificaciones previstas para "los trabajadores o socios sustituidos, coincidirá con la situación de suspensión de su relación profesional, con el límite máximo que proceda según los casos".

La letra c) del artículo 2 del Real Decreto-Ley 11/1998 ha sido derogada por la Ley 12/2001.

12. LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE JUBILACIÓN FORZOSA

De las disposiciones derogadas por el Real Decreto-Ley 5/2001 llama la atención la **derogación** que procede a hacer de la **Disposición Adicional Décima del ET** en materia de **jubilación forzosa.**

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2001 justifica la derogación en el hecho –se afirma– de que "estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas".

La derogación de la Disposición Adicional Décima del ET ha suscitado de inmediato el debate de si a partir de ahora serán o no legales las cláusulas de los convenios colectivos, no infrecuentes en modo alguno entre nosotros, que fijan edades de jubilación forzosa y que, si bien no siempre se adecuan a la jurisprudencia constitucional (que parece exigir la no amortización de los puestos de trabajo), habían pasado sin problemas el "filtro" de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La doctrina se ha dividido y hay quienes consideran que tales cláusulas pueden seguir pactándose (RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDÉS SEMPERE, y CASAS) y quienes opinan lo contrario (GOERLICH). Sin que proceda profundizar aquí en los términos del debate, personalmente entiendo que, de pactarse, las cláusulas de jubilación forzosa requieren de una particular causalización, siendo de interés al respecto la jurisprudencia constitucional antes mencionada.

13. EL PROGRAMA DE FOMENTO DE EMPLEO PARA EL AÑO 2001 Y LA ELIMINACIÓN DE LA CONFUSA REFERENCIA A LAS AYUDAS DE 'MINIMIS'

La Ley 12/2001 establece el programa de fomento de empleo para el año 2001.

A efectos de una mayor claridad expositiva, se opta en esta ocasión por mencionar el ámbito subjetivo de aplicación y los incentivos para el año 2001 y no únicamente, como se ha venido haciendo hasta ahora en la presente Nota, por exponer los cambios producidos.

Se pueden acoger a los beneficios establecidos en el programa para el fomento del empleo:

(i) Las empresas que contraten "indefinidamente a trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo e incluidos en algunos de los colectivos siguientes:

– Mujeres desempleadas entre 16 y 45 años.

– Mujeres desempleadas, cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

SE AMPLÍA EL COLECTIVO DE TRABAJADORES QUE PUEDEN CONCERTAR EL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y, POR OTRO LADO, PASA A SER CONCEBIDO COMO UNA OPCIÓN INDEFINIDA EN EL TIEMPO DE CONTRATACIÓN

– Desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante seis o más meses.

– Desempleados mayores de cuarenta y cinco años y hasta los cincuenta y cinco.

– Desempleados mayores de cincuenta y cinco años y hasta los sesenta y cinco.

– Desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, a los que les reste un año o más de percepción en el momento de la contratación.

– Desempleados perceptores del subsidio por desempleo en favor de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

– Desempleados admitidos en el programa que contempla la ayuda específica denominada renta activa de inserción.

– Mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto".

(ii) Los trabajadores "incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social para Trabajadores Autónomos, dados de alta en el mismo al menos desde el 1 de enero de 2000, que no hayan tenido asalariados a su cargo para el desempeño de su actividad profesional en los doce meses anteriores a la contratación y contraten indefinidamente a su primer trabajador, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, cuando éste pertenezca a alguno de los colectivos definidos" en el anterior apartado (i).

(iii) Las empresas y las entidades sin ánimo de lucro que contraten, "indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, o temporalmente, trabajadores desempleados en situación de exclusión social". Como ya se ha anticipado, la situación de exclusión social se acredita por los servicios sociales competentes y queda determinada por la pertenencia a determinados colectivos, que son los mismos que ya se mencionaban en el programa de fomento de empleo para el año 2000.

El programa de fomento de empleo para el año 2001 incentiva, asimismo, "la transformación en indefinidos, incluida la modalidad de fijo discontinuo, de los contratos de duración determinada o temporales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor" de la Ley 12/2001. Además, se incentiva, "la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración".

Los concretos incentivos que se establecen son los que seguidamente se relacionan.

Los contratos "indefinidos iniciales, incluidos los fijos discontinuos, a tiempo completo o parcial", celebrados durante el período comprendido entre el 4 de marzo de 2001 y el 31

de diciembre de 2001, dan derecho, "a partir de la fecha de la contratación, a las siguientes bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes:

– Contratación de mujeres desempleadas entre dieciséis y cuarenta y cinco años: 25 por ciento durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.

– Contratación de mujeres para prestar servicios en profesiones y ocupaciones establecidas en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998, para el fomento del empleo estable de mujeres en las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino, que reúnan, además, el requisito de permanecer inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo, por un período mínimo de seis meses, o bien sean mayores de cuarenta y cinco años: 70 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato; 60 por ciento durante el segundo año de vigencia del mismo. Si no reunieran alguno de los anteriores requisitos adicionales, la bonificación será del 35 por ciento durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.

– Contrataciones de desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante un período mínimo de seis meses: 20 por ciento durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.

– Contrataciones de desempleados mayores de cuarenta y cinco años y hasta los cincuenta y cinco: 50 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato; 45 por ciento durante el resto de la vigencia del mismo.

– Contrataciones de desempleados mayores de cincuenta y cinco y hasta los sesenta y cinco años: 55 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato; 50 por ciento durante el resto de la vigencia del mismo.

– Contratación de perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, a los que les reste un año o más de percepción en el momento de la contratación: 50 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato; 45 por ciento durante el segundo año de vigencia del mismo.

– Contrataciones de desempleados perceptores del subsidio por desempleo en favor de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social: 90 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato; 85 por ciento durante el segundo año de vigencia del mismo.

– Contratación de desempleados admitidos en el programa que contempla la ayuda específica denominada renta activa de inserción: 65 por ciento durante los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.

– Contratación de mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto: 100 por ciento durante los doce siguientes meses al inicio de vigencia del contrato."

La contratación indefinida a tiempo completo o parcial, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, que realice un trabajador autónomo de los anteriormente mencionados con un trabajador desempleado da lugar a la aplicación de las bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes que han sido expuestas, "con un incremento de cinco puntos respecto de lo previsto para cada caso", excepto en el último supuesto mencionado, toda vez que en él la bonificación alcanza ya el 100 por ciento.

En determinados supuestos de contratación a tiempo completo de *mujeres desempleadas*, las bonificaciones de cuotas se incrementan *en diez puntos* (art. 6.3 Ley 12/2001).

La empresas y entidades que contraten indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, o temporalmente, bien mediante contrataciones a tiempo completo o parcial, a trabajadores desempleados en situación de exclusión social pueden aplicar una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65 por ciento, *durante el resto de la vigencia del contrato, con un máximo de veinticuatro meses*. Cuando un mismo trabajador celebre distintos contratos de trabajo, ya sea con una misma empresa o entidad, o con otra distinta, con o sin solución de continuidad, se aplica igualmente el máximo de veinticuatro meses desde la fecha inicial del primer contrato.

Las transformaciones en indefinidos, incluidas las que se acuerden a la modalidad de fijo discontinuo, que se realicen hasta el 31 de diciembre de 2001 de los contratos de duración determinada o temporales celebrados a tiempo completo o parcial con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/2001, así como la de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación concertados, de acuerdo con su normativa reguladora, a tiempo completo o parcial, cualquiera que sea la fecha de su celebración, dan lugar a "una bonificación del 25 por ciento durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del nuevo contrato".

Dan derecho a la misma bonificación "las transformaciones de contratos de prácticas y de relevo celebrados inicialmente a tiempo parcial, en indefinidos a tiempo parcial. En este supuesto la jornada del nuevo contrato indefinido será como mínimo igual a la del contrato de prácticas o de relevo que se transforma".

Los contratos acogidos al programa de fomento del empleo estable han de formalizarse en "el modelo oficial que disponga el Instituto Nacional de Empleo".

Por lo demás, se sigue fomentando el empleo temporal de trabajadores minusválidos en los mismos términos en que se venía haciendo (Disposición Adicional Tercera de la Ley 12/2001).

Son sustancialmente similares a sus precedentes:

– Los requisitos de los beneficiarios (artículo 5 Ley 12/2001), si bien se precisa ahora que el requisito de hallarse al corriente del cumplimento de las obligaciones tributarias

y de Seguridad Social tiene que realizarse "tanto en la fecha de concesión de las bonificaciones como durante la percepción de las mismas", dando lugar "la falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones" a la "pérdida automática de las bonificaciones".

– La concurrencia de bonificaciones (artículo 7 Ley 12/2001).

– Las exclusiones (artículo 8 Ley 12/2001): se sigue excepcionando la relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias, reiterando así la Disposición Adicional Trigésima Primera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

– Las incompatibilidades (artículo 9 Ley 12/2001).

– La financiación y control de los incentivos (artículo 10 Ley 12/2001), si bien la información pasa a ser mensual en vez de semestral.

– El reintegro de los beneficios (artículo 11 Ley 12/2001).

La Ley 12/2001 omite toda mención a las *ayudas bajo condiciones de 'minimis'* que se citaban en el artículo 12 del Real Decreto-Ley 5/2001. Como se sabe, esta cita había sido muy polémica y causado no poca inquietud en determinados sectores.

Pues bien, la Ley 12/2001 silencia toda referencia a la cuestión, sin ni siquiera justificarlo en su Exposición de Motivos, al contrario de lo que se pensó hacer en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados ("(...) se suprime el artículo duodécimo del Real Decreto-Ley 5/2001, por entender que no son aplicables a las actuaciones previstas en (el) programa (de fomento del empleo para 2001), las restricciones previstas en Reglamento 69/2001/CE, de 12 de enero, sobre ayudas de *minimis*, lo cual determina su aplicación, uniforme y sin discriminaciones, a los diferentes sectores de la economía".

UNA ADICIONAL APORTACIÓN DE LA LEY 12/2001 RESPECTO DEL REAL DECRETO-LEY 5/2001 ES LA NOVEDOSA REGULACIÓN DE LOS PERMISOS PARENTALES EN CASOS DE NACIMIENTOS PREMATUROS O QUE REQUIERAN HOSPITALIZACIÓN

14. LOS PERMISOS PARENTALES EN CASOS DE NACIMIENTOS PREMATUROS O QUE REQUIERAN HOSPITALIZACIÓN A CONTINUACIÓN DEL PARTO

Una adicional aportación de la Ley 12/2001 respecto de su precedente (el Real Decreto-Ley 5/2001) es la novedosa regulación de los permisos parentales en casos de nacimientos prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto.

En primer lugar, se procede a añadir un nuevo apartado (el 4 bis) al artículo 37 del ET, que tiene el siguiente tenor literal: "En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 (del artículo 37 ET)".

De conformidad con este último apartado, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponden al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. Las discrepancias entre trabajador y empresario se resuelven por la modalidad procesal contemplada en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

La segunda modificación consiste en que se añade un nuevo párrafo tercero al artículo 48.4 del ET, pasando los actuales restantes párrafos a ser el cuarto, quinto, sexto y séptimo, respectivamente.

El nuevo párrafo tercero del artículo 48.4 del ET tiene el siguiente tenor literal: "En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre."

La Ley 12/2001 procede a modificar el artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en sentido coincidente con los artículos 37.4 bis y 48.4 del ET.

Quienes a la entrada en vigor de la Ley 12/2001 estuvieran disfrutando el permiso o el período de suspensión con reserva de puesto de trabajo con ocasión del parto, y al mismo tiempo, tuvieran hospitalizados hijos prematuros o neonatos por cualquier otra causa, pueden someter los períodos de suspensión aún pendientes de disfrute al nuevo régimen jurídico previsto en la Ley 12/2001.

15. LA IMPORTANTE REFORMA DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (SUCESIÓN DE EMPRESA)

España tenía pendiente de transponer la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1998 (en adelante, Directiva 98/50/CE), por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. La Directiva 77/187/CEE ha sido derogada por la Directiva 2001/23/CE, que es una suerte de versión consolidada de la Directiva 98/50/CE.

Pues bien, como explicita su Exposición de Motivos, la Ley 12/2001 ha aprovechado la oportunidad para incorporar aquella Directiva a nuestro ordenamiento interno, lo que no hacía sin embargo el precedente Real Decreto-Ley 5/2001. Está por ver si la futura Ley Concursal aprovechará o no para incorporar a nuestro ordenamiento algunas otras previsiones y opciones que a los Estados permite la Directiva 98/50/CE.

La reforma del artículo 44 del ET incrementa notabilísimamente la extensión y carga normativa del precepto legal, tratando de incorporar asimismo, en algunos de sus pasajes, lo que es ya una rica, no exenta de matices, jurisprudencia comunitaria. De todas formas, ni siquiera el ahora mucho más extenso artículo 44 del ET solventa el problema de su paradójica menor extensión y concreción frente a la norma mucho más amplia y pormenorizada que pretende transponer: la Directiva 98/50/CE.

La radical novedad de la reforma del artículo 44 del ET aconseja no sólo llevar a cabo una exposición principalmente descriptiva del nuevo precepto, sino que conviene transcribirlo en su literalidad, siquiera sea de forma "trozeada" en sus diversos apartados. Tiempo habrá para análisis más valorativos y críticos. Ahora se trata de dar noticia de la reforma del precepto legal.

El apartado 1 del nuevo artículo 44 del ET tiene el siguiente tenor literal: "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente."

La novedad radica aquí en que se explicita que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones de "Seguridad Social" del anterior y, especialmente, en que la subrogación incluye "los compromisos de pensiones" y, en general, "cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente". En materia de Seguridad Social hay que remitir a los artículos 104.1 y 127.2 de la Ley General de Seguridad Social, así como al artículo 10.1 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

El apartado 2 del nuevo artículo 44 del ET tiene el siguiente tenor literal: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

En general, se recogen aquí criterios jurisprudenciales (tanto comunitarios como nacionales) bastante consolidados, si bien, a pesar de ello, no siempre es claro en todos los supuestos cuando tienen lugar o los requisitos de la existencia de sucesión.

El apartado 3 del nuevo artículo 44 del ET tiene el siguiente tenor literal: "Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas."

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito". La novedad consiste aquí en la referencia a la legislación de Seguridad Social.

El tenor literal del apartado 4 del nuevo artículo 44 del ET es el siguiente: "Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida".

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

El apartado clarifica que, salvo que se pacte lo contrario, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión se siguen rigiendo por "el convenio colectivo que, en el momento de la transmisión, fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida". Y se establece, asimismo, que esta aplicación se mantendrá "hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo, que resulte aplicable a la entidad económica transferida".

A resaltar que la aplicación del convenio colectivo "de procedencia", por así decirlo, es dispositiva, de manera que cabe el pacto en contra, "una vez consumada la sucesión", adoptado por "el cesionario y los representantes de los trabajadores".

El apartado 5 del nuevo artículo 44 del ET tiene el siguiente tenor literal: "Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad."

El apartado regula así la polémica cuestión de la no extinción del mandato de los representantes legales. El problema está en que no siempre es sencillo determinar cuándo se conserva la "autonomía". También puede ocurrir que algún representante no sea transferido. En todo caso, la regulación es más escueta que la contenida en el artículo 5 de la Directiva 98/50/CE.

El apartado 6 del nuevo artículo 44 del ET establece los siguiente: "El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

a) Fecha prevista de la transmisión;

b) Motivos de la transmisión;

c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y

d) Medidas previstas respecto de los trabajadores."

Respecto del texto ahora derogado, la novedad está, en primer lugar, en que ahora son tanto el cedente como el cesionario quienes deben informar a "los representantes legales de sus trabajadores respectivos", cuando antes era el cedente, y sólo en su defecto el cesionario, quien debía hacerlo y únicamente a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida.

La segunda y muy relevante novedad es que ahora se detalla el contenido de la información a suministrar a los representantes. Se les ha de informar de: la "fecha prevista de la transmisión"; los "motivos" de la misma; las "consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión"; y de las "medidas previstas respecto de los trabajadores".

Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores se concretan e incrementan en su contenido, si bien se transpone de forma prácticamente literal el artículo 6.1 de la Directiva 98/50/CE.

El problema puede radicar en la no siempre fácil identificación y especialmente explicitación de los motivos, así como en la dificultad de valorar en ese momento las eventuales consecuencias de todo orden de la transmisión y si hay que o se van a adoptar medidas respecto de los trabajadores. Lo que puede tener el riesgo de afirmar -porque en ese momento se ve así– que la sucesión no va a tener consecuencias económicas y sociales negativas ni se acompaña de medidas para los trabajadores y que dichas consecuencias y medidas se tengan que materializar poco tiempo después, contradiciendo las primeras afirmaciones.

Como establece el apartado 7 del nuevo artículo 44 del ET, "de no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado (6) a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión". Hay que tener identificados, en consecuencia, a los trabajadores afectados.

El tenor literal del apartado 8 del nuevo artículo 44 del ET es el siguiente: El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. "El cesionario estará obligado

a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos."
El apartado recoge casi literalmente los dos últimos párrafos del artículo 6.1 de la Directiva 98/50/CE.

Respecto a las previsiones en materia de fusión y escisión de sociedades, hay que recordar el vigente artículo 238.1 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece que "al publicar la convocatoria de la junta", debe ponerse determinada documentación a disposición no sólo de los accionistas, sino también de "los representantes de los trabajadores".

El apartado 9 del nuevo artículo 44 del ET establece que: "El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley."

La previsión transpone el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 98/50/CE.

Finalmente, el apartado 10 del nuevo artículo 44 del ET tiene el siguiente tenor literal: "Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto."

El apartado transpone el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 98/50/CE.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Derecho comunitario y Derecho interno de los Estados. 3. Legislación Estado-Comunidades Autónomas. 4. Norma aplicable o reguladora. 5. Ley-Autonomía colectiva. 6. Ley-Convenio colectivo. 7. Ley-Pacto colectivo. 8. Convenio colectivo y cambios en la titularidad de la empresa. 9. Convenio colectivo-Reglamento. 10. Convenio extraestatutario. 11. Principio de compensación y absorción. 12. Condición más beneficiosa. 13. Pacto de permanencia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265).

2. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

Entre las sentencias examinadas cabe mencionar el análisis de las consecuencias de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados. Así en la **STJCE de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3094, se clarifican algunos aspectos en relación al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. El recurso se pronuncia reiterando, una vez más, la obligatoriedad para los Estados de efectuar la adaptación de su ordenamiento interno ante la aprobación de una norma comunitaria como la Directiva 96/97/CEE. En este asunto el Tribunal condenó a la República Helénica, al haber incumplido su obligación de transponer a su derecho interno, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales para aplicar la Directiva 96/97, que modificaban el contenido de la Directiva 86/78. Ante los distintos y sucesivos plazos y requerimientos de la Comisión, las autoridades griegas no adoptaron las medidas para cumplir con la norma comunitaria. Se entendió que esos regímenes profesionales de Seguridad Social eran inexistentes en Grecia, y consideraban que tan sólo tenían regulado un régimen legal de seguridad social al que se aplicaba el Reglamento CEE 1408/71, de 14 de junio de 1971. Pese a sostener el citado dudoso argumento, las autoridades griegas habían actuado de modo contradictorio, pues ante la Directiva

96/97, decidieron aprobar la Ley 2676/1999 que recogió en parte los contenidos de una norma comunitaria que estimaban ajena a su sistema legal.

Tal planteamiento no fue asumido pues se observó que presentaba algunas lagunas. El Tribunal de Justicia tras aclarar la existencia en Grecia de determinados regímenes de Seguridad Social comprendidos claramente dentro del ámbito de la Directiva, reitera la obligación de todos los Estados miembros de alcanzar los resultados de la norma comunitaria y la necesidad de proceder a una adaptación del derecho interno. Y por ello condena este incumplimiento, recordando que las medidas adoptadas con la aprobación de la Ley 2676 resultaron ineficaces ya que tras la interposición de un recurso por la Comisión, ante un incumplimiento de normas comunitarias por un Estado, no cabría tomarlas en consideración según manifiesta la jurisprudencia reiterada del propio tribunal.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse también sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad entre hombres y mujeres referido al acceso al empleo. Concretamente, se ha valorado si ciertas disposiciones nacionales constituyen o no una discriminación basada en el sexo. En la **STJCE de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 3093, se entiende que las disposiciones del Land de Hesse, reguladoras de prácticas jurídicas preparatorias para acceder a un empleo en la Función Pública, no se oponen al principio de igualdad de trato comunitario. En las mismas se establecía prioridad para los candidatos que habían prestado servicio militar. El Tribunal entendió que esta medida estaba justificada por razones objetivas pues con tal prioridad se trataba de compensar el retraso sufrido por los candidatos que habían prestado de forma obligatoria este servicio durante unos meses, sin que de ningún modo pudiera estimarse que existía una vulneración de los principios inspiradores de la Directiva 76/207/CEE.

3. LEGISLACIÓN ESTADO–COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Los procesos de transferencia de personal entre la Administración Central y las distintas Administraciones Autonómicas han supuesto el encuentro de dos marcos reguladores diferentes, lo cual ha provocado ciertas dificultades a la hora de conjugarlos de modo satisfactorio para los intereses de todos los implicados. Pese a que estos procesos cuentan con una normativa detallada aplicable en la fase de cambio, pueden surgir discrepancias en su interpretación, con el consiguiente conflicto, que en ocasiones ha tenido que ser resuelto ante los tribunales.

La **STS de 13 de octubre de 2000,** I.L. J 2600, se enfrenta a un problema derivado de estos cambios de régimen legal del personal de la Administración, a propósito de un problema de aplicación del convenio colectivo vigente en la Comunidad Autónoma, al personal laboral que había sido transferido desde la Administración Central. El litigio va más allá de una mera cuestión de interpretación del ámbito de aplicación del convenio; pues,

en realidad, revisa la relación entre normas reglamentarias y un convenio colectivo. La sentencia analiza en detalle los efectos derivados de la integración del personal transferido a un ámbito que contara con un convenio colectivo que ya venía siendo aplicado desde hacía tiempo en la Comunidad.

El asunto está referido al personal laboral del Ministerio de Justicia, que se transfirió a la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía merced a dos Reales Decretos. Ese personal se incorporó a la Junta y su situación legal pasó a estar regulada por el convenio ya negociado en dicha Administración. La aplicación de una norma convencional a aquellos que se vieron incluidos en su ámbito, no debería ocasionar dificultades, pues se trata de seguir las reglas generales de articulación de las fuentes reguladoras de la relación laboral. El tema podía estar solucionado goblamente con tal planteamiento, pero, algunos aspectos del proceso de tránsito suscitaron algunas dudas, tales como la fijación del "hecho causante", es decir, la determinación del momento concreto en el que se entiende realizada plenamente la integración de los trabajadores a efectos económicos del convenio. El Real Decreto establecía la fecha de transferencia a la Comunidad, pero resultaba preciso además contar con otros indicadores para poder definir ciertos derechos económicos. En este caso concreto venía la cuestión solucionada por el mismo convenio que, demostrando gran previsión y cautela por parte de sus negociadores, incluyó en su articulado, de un modo específico, los detalles que habrían de ser tenidos en cuenta, en caso de una posible incorporación de nuevos trabajadores a la Administración durante su período de vigencia.

4. NORMA APLICABLE O REGULADORA

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2000,** I.L. J 2482, resuelve un problema de norma aplicable, a propósito de las dudas que había suscitado la concurrencia de un acuerdo aprobado por el Consejo de Ministros y una norma legal.

La sentencia aborda la aplicación del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, regulador del régimen retributivo del personal estatutario al servicio del INSALUD a un colectivo de especiales características como es el personal médico de cupo y zona. Con tal aplicación se pretendían homogeneizar las retribuciones establecidas para el personal sanitario. Conviene recordar que con dicho Real Decreto-Ley se querían suprimir las diferencias de regulación que contenían los Estatutos de Personal anteriores y que constituían un obstáculo para esa regulación uniforme.

La decisión del Tribunal Superior ratifica lo señalado por la instancia, es decir, mantiene que la norma general de 1987 ha de aplicarse al personal médico de cupo y zona en relación con el cálculo de los trienios. La cuestión se resuelve partiendo de la previsión contenida en la norma y por ello no cabe acudir al Acuerdo nacido del Consejo de Ministros para excluir al médico de cupo y zona de la percepción de ciertos complementos.

La **STSJ de Baleares de 18 de noviembre de 2000,** I.L. J 2438, aborda un problema relativo a las consecuencias derivadas de los cambios jurídicos que se introdujeron en el sis-

tema sanitario balear. En el momento de su reordenación se crearon, junto a un Servicio General, diversos Entes Específicos, a los que se atribuyeron funciones de gestión y administración dentro de una zona geográfica determinada. Estos entes fueron concebidos de modo independiente, dotándolos de su normativa específica y reconociéndoles autonomía para concertar acuerdos con los interlocutores sociales.

La resolución judicial que nos ocupa tenía que resolver un problema relativo a la determinación de la normativa del concurso de traslados convocado por un ente de gestión. Dado que estamos ante una cuestión aparecida en un ente independiente, dotado de marco regulador, parece factible en principio tratar de acudir a la normativa por él pactada. Pero, como todavía no se había negociado un acuerdo específico que en dicho ámbito regulara este aspecto, se intentó solucionar la cuestión acudiendo de modo supletorio al Acuerdo ya firmado por el Servicio Balear y los sindicatos, al entender que su contenido y el que previsiblemente podría tener el nuevo acuerdo futuro, habrían de ser fundamentalmente coincidentes.

Pero el tribunal no consideró adecuada tal medida e impidió su aplicación. Al entender, que si bien se trataba de un funcionario dependiente del sistema balear de salud, éste prestaba sus servicios para un ente diferenciado como era el mallorquín, y por ello no cabría utilizar un pacto de carácter general nacido en otro servicio. Ante dos entes distintos, dotados de una normativa propia, no se puede utilizar esta solución. No resulta posible desvirtuar la autonomía negocial que ambos poseen; ante la ausencia de pacto concreto, el concurso, se había de regular según las normas específicas recogidas en la propia convocatoria de traslados, que fueron consideradas como ley entre las partes, a estos efectos.

5. LEY–AUTONOMÍA COLECTIVA

Se ha señalado la preeminencia normativa de la ley sobre la autonomía colectiva, que en nuestro sistema obliga a los negociadores a respetar sus reglas, establecidas para encauzar el ejercicio y desarrollo de su autonomía colectiva.

Un aspecto particular referido a la aplicación e interpretación de un precepto legal aparece en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2000,** I.L. J 3191. En esta resolución se aclara el verdadero sentido de las normas legales previstas en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, referido a la composición de la comisión negociadora del convenio colectivo, resaltando el carácter obligatorio y no disponible de las mismas. Aunque nuestro ordenamiento reconoce la autonomía de las partes y el derecho a la negociación colectiva, el sistema de fuentes no se puede olvidar del papel que desempeña la ley.

La sentencia considera el carácter de *ius cogens* de esta norma y la imposibilidad de su modificación por la voluntad de las partes. Por ello se concluye que para contar con la

presencia de asesores en el seno de la comisión negociadora de un convenio, es preciso el mutuo acuerdo de las partes, y en ese sentido cabe recordar la doctrina del Tribunal Supremo de otras sentencias como la de 29 de octubre de 1993.

6. LEY-CONVENIO COLECTIVO

En nuestro ordenamiento jurídico existen una serie de reglas que permiten articular fuentes diversas, como la ley y el convenio colectivo, que confluyen en la regulación de la relación laboral. El ensamblaje de la autonomía colectiva en el sistema tiene lugar combinando varios criterios tales como: la distribución de materias o la jerarquía y preeminencia de la ley. Normalmente ambas fuentes se complementan, y el marco general fijado en una norma legal se ve desarrollado por el convenio colectivo. Éste es un instrumento jurídico dotado de eficacia general, con una mayor facilidad que otras normas para contemplar las particularidades presentes en la prestación de servicios en una empresa.

La **STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2644, analiza una vez más, uno de los aspectos de las relaciones entre la ley y el convenio. En su texto se reitera que los derechos reconocidos en la ley que pueden ser regulados igualmente en aquel convenio desarrolla y mejora su articulación, matizando muchos de sus aspectos, y aportando mayor eficacia a tal regulación.

La decisión del Tribunal de Cantabria examina el desarrollo del tema de la representación sindical en la empresa, especialmente en lo referente a la figura que puede llegar a asumir la representación de la sección sindical: es decir, el llamado delegado sindical. Sabido es que tal derecho de representación viene regulado por la LOLS, y también que en todo caso se habrá de respetar siempre tal previsión legal. El propio texto legal, dotado del carácter de ley orgánica, señala que su contenido se mantendrá "a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo". Es decir, junto con su obligatoriedad, se admite explícitamente la posibilidad de que a través del convenio se amplíe el sentido de tal representación, bien aumentando el número de delegados sindicales que cabe nombrar en la empresa, o reconociendo como posible su presencia en centros de trabajo que no alcanzan el número mínimo de los 250 trabajadores, aceptando también pactarse una ampliación de los derechos y atribuciones a ellos reconocidos por la ley.

El aspecto que clarifica esta resolución judicial, está referido a la fuerza vinculante de las condiciones acordadas por las partes. Una vez que un convenio incorpora a su articulado una regulación especial, tal situación queda consagrada con plena eficacia jurídica en su ámbito y por ello debe ser respetada. En ningún caso, se puede modificar tal regulación negociada de modo unilateral pues, de hecho, se entendería que tal actuación constituiría una lesión y un atentado importante contra la libertad sindical.

La **STS de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 2797, reitera el carácter de fuente del convenio y su eficacia como norma reguladora. Esta sentencia llega a valorar cómo una norma pactada debe ser aplicada en los términos concretos en los que resulte negociada, pues la

voluntad de las partes que han concertado un determinado convenio no puede ser modificada por la actuación de terceros.

En la aplicación del texto del convenio no cabe ir más allá de lo que permita una interpretación de sus preceptos al supuesto concreto. En caso de que surjan discrepancias durante su vigencia, las dudas se someterán al parecer de la Comisión Paritaria creada por el propio acuerdo.

El contenido pactado tiene plena eficacia y no puede ser modificado hasta que sea denunciado y se promueva una nueva negociación. Durante su vigencia no es posible su modificación, ni siquiera mediante una decisión jurisdiccional. Así, en esta sentencia, no se permitió extender la aplicación del cobro de un complemento de libre disposición a otras situaciones y horarios diferentes a aquellos que fueron inicialmente previstos y, si bien no se mencionaban expresamente en el convenio, presentaban una gran semejanza e identidad de razón con los supuestos recogidos.

El tribunal entendió que no se podía aplicar el complemento a estos casos, dado que para incluir el nuevo supuesto habría de suplantarse la voluntad de las partes negociadoras, vulnerando la propia autonomía colectiva de las partes y, por esa razón, no cabría estimar tal pretensión.

7. LEY-PACTO COLECTIVO

Podemos considerar los efectos y las consecuencias de ciertos acuerdos, que se diferencian del convenio colectivo pero que nacen de la propia autonomía colectiva y pueden tener un papel importante entre las fuentes reguladoras de la relación laboral. Así cabe mencionar ciertos los acuerdos firmados entre los representantes de los trabajadores y la empresa que en determinadas circunstancias pueden enervar algunas acciones individuales.

La **STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2552, nos permite apreciar las consecuencias de un pacto sobre el aplazamiento del pago de salarios ante una situación de crisis.

La sentencia entiende que bajo la situación de dificultad extrema, la negociación de un plan de viabilidad para garantizar la vida de la empresa y el mantenimiento del empleo, puede incluir condiciones peculiares aplicables al cumplimiento de determinadas obligaciones empresariales de pago. Éstas son admitidas por el tribunal al entender que son transacciones negociadas libremente por las partes sin que puedan considerarse como una renuncia irregular a derechos individuales.

Una vez que se ha negociado un plan, que incluyó la aceptación de ciertos aplazamientos para el pago de los salarios, no podría entenderse como incumplimiento el retraso en

el abono de la retribución de los trabajadores. Y tampoco cabría admitir el ejercicio de una acción individual solicitando una resolución contractual indemnizada por incumplimiento empresarial debido a un retraso en el pago. El acuerdo establecido es eficaz y modula la aplicación de la norma legal, más en concreto de su artículo 50.1.b) del ET.

La **STSJ de Murcia de 13 de noviembre de 2000,** I.L. J 2713, nos plantea la eficacia de un acuerdo en el tiempo y las consecuencias de un cambio de circunstancias sobre un pacto celebrado entre los trabajadores y la empresa, especialmente analizando la situación cuando los cambios acontecidos no conllevan una revisión en el sentido del acuerdo por efecto de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La empresa firma un acuerdo con el comité, relativo al establecimiento de un plus de ayuda escolar, para los hijos de los trabajadores. En el pacto se asume una obligación periódica de pago y dado el carácter continuado del compromiso, el propio acuerdo prevé una actualización de sus cuantías, tomando como referencia el aumento previsto en el convenio. El problema surge con la reforma legal del sistema educativo, que provoca un cambio importante en la situación original y plantea el problema de la aplicación del acuerdo ante unas condiciones diferentes a las negociadas.

En este caso se realiza una valoración de la entidad de los cambios, estimándose que su magnitud no conlleva la aplicación de una cláusula revisoria. La empresa respeta la obligación contenida en el pacto, arbitrando una interpretación nueva para poder aplicarlo en las nuevas circunstancias, solicitando incluso el asesoramiento del Ministerio de Educación, para realizar la adaptación el acuerdo. De este modo se entendió que la práctica seguida por la empresa fue adecuada, pues el pacto originario conservó vigencia y mantuvo la finalidad y el espíritu con el que fue concebido, sin que se haya alterado el equilibrio contractual establecido entre las partes.

8. CONVENIO COLECTIVO Y CAMBIOS EN LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA

El ámbito de aplicación de los convenios deriva de varios elementos, tales como los siguientes: el ámbito funcional, el territorial, el temporal y el personal. La combinación de todos ellos define el tipo de convenio. Esta fuente reguladora puede resultar aplicable a un sector, a una empresa o a un centro de trabajo. Habrán de ser los propios sujetos negociadores quienes determinen esos aspectos, aunque una vez negociado, si es un convenio estatutario, afectará a todos los trabajadores y empresarios comprendidos en ese ámbito.

Esos convenios regularán las relaciones laborales en empresas que, cada vez de un modo más frecuente, pueden sufrir cambios en su configuración jurídica inicial mediante fusiones, absorciones o cesiones empresariales. Tales cambios provocan efectos sobre sus plantillas y pueden generar algunas dificultades nuevas, complicando así mismo la aplicación del convenio, ya que en ocasiones estos hechos acontecen durante el período de vigencia de un convenio colectivo determinado. Alguno de estos temas ha llegado a los tribunales, así cabe mencionar un litigio suscitado tras una cesión de empresa, ante la

aparición de ciertas dudas respecto al efecto que tales medidas podrían producir sobre las normas convencionales vigentes.

Inicialmente cabría pensar que si se produce una cesión y se modifica la titularidad de la empresa, igualmente se modificaría también el ámbito personal del convenio, al cambiar la composición y configuración de la plantilla. Pero cabe afirmar que no necesariamente se producirá tal circunstancia, pues parece admisible que los trabajadores de la nueva empresa, al menos temporalmente, no se vean todos sometidos al mismo convenio colectivo.

La **SAN de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 3095, aborda este tema, cuestionando si las cesiones de empresa que llevan cambios del marco empresarial provocan algunos efectos sobre la eficacia del convenio en vigor.

Siguiendo la Directiva 77/87, se admite que, producido el traspaso de una empresa, se mantengan para los trabajadores las condiciones pactadas en ese ámbito, hasta el momento de la expiración de ese convenio o la entrada en vigor de otro.

Es decir, tras los cambios de titularidad que conllevan la subrogación empresarial, no resulta imprescindible que todos los trabajadores de la empresa deban estar afectados por el mismo convenio. Puede ocurrir que si la empresa cesionaria tiene un convenio anterior para su personal, diverso al aplicable en la empresa cedente, éste se mantenga eficaz durante el período inicialmente previsto hasta que llegue su pérdida de vigencia. La solución aportada siguiendo la Directiva, nos llevaría a la aceptación y coexistencia de órdenes normativos convencionales diferentes, aplicables en la misma empresa. El Tribunal asume tal solución, clarificando además que la coexistencia de marcos convencionales diferentes no supone ninguna discriminación para los trabajadores, ni puede entenderse como una situación contraria al orden público constitucional.

9. CONVENIO COLECTIVO–REGLAMENTO

La relación entre un reglamento y la autonomía colectiva también suscita en ocasiones controversias que llegan a los tribunales.

La **SAN de 15 de noviembre de 2000,** I.L. J 3096, resuelve un problema nacido dentro de un entorno empresarial peculiar como son las empresas de seguridad privada. Dadas las funciones especiales desempeñadas por el sector, todas las empresas están bajo el control del Ministerio del Interior, y su regulación se ve sometida a un Reglamento especial para la Seguridad Privada. El control administrativo establecido condiciona su marco legal laboral y también la aplicación del convenio colectivo.

La cuestión litigiosa concreta viene referida al abono de las horas de formación obligatoria a los trabajadores. Inicialmente parece que podía solucionarse con las previsiones

contenidas en el convenio, sin olvidar el Reglamento que regulaba las condiciones de dicho personal. En el Acuerdo de Formación Continua se estableció que las horas empleadas en la formación obligatoria efectuada fuera de la jornada laboral, serán financiadas a través de la Comisión Paritaria y no por la empresa, según una cuantía ya establecida. Ésta tan sólo está encargada de garantizar la asistencia de su personal a los cursos. La empresa cumple su obligación concediendo permisos a los trabajadores para facilitar su asistencia. Por todo ello el tribunal entendió que la obligación recogida en el convenio estatal de empresas de seguridad privada, que las señalaba como obligadas al abono de las horas de formación, no resultaba aplicable.

10. CONVENIO EXTRAESTATUTARIO

Los convenios extraestatutarios constituyen pactos válidos cuya eficacia se vincula exclusivamente a las partes y a los trabajadores directamente representados en la negociación. Sus diferencias con el convenio estatutario no sólo están referidas a su eficacia, sino también se reflejan en las vías de impugnación previstas en la ley.

El procedimiento para impugnar tales acuerdos difiere de las acciones que cabe ejercer frente a un convenio colectivo regulado por el título III del Estatuto.

La **STS de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3193, desestima la impugnación de oficio del convenio al entender que la autoridad laboral carece de acción para impugnar un acuerdo de tipo extraestatutario. Se trataba de un Acuerdo conciliatorio empresarial, suscrito por los representantes de la empresa y una sección sindical, que si bien representaba a la mayoría, no lo hacía a la totalidad de los trabajadores de la empresa. Para que un acuerdo alcance carácter de convenio de eficacia general, resulta preciso que en su elaboración se respeten todas las previsiones del Estatuto. En este caso el proceso discurrió por un cauce diferente, excluyéndose de la negociación a los otros sindicatos presentes en la empresa; esa falta de participación de todos impide que el pacto alcance una eficacia general, incluso aunque se trate de un acuerdo cualificado como el que fue llevado a cabo ante la misma Autoridad Laboral para resolver en su día un conflicto. Por ello, para depurar tal acuerdo, no se puede acudir a la modalidad procesal de impugnación de oficio prevista para los convenios en el capítulo IX de la LPL, ya que no resulta adecuada para combatir este tipo de acuerdo de mérito.

Del mismo modo la autoridad laboral no puede ejercer su acción para impugnarlo, pues sólo puede utilizarla frente a convenios estatutarios. Descartadas tales medidas, sólo quedan abiertas las vías de impugnación directas que las partes interesadas y legitimadas pueden ejercer frente a estos acuerdos de eficacia limitada.

11. PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN

La **SAN de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2487, plantea la regla de la compensación y absorción. La sentencia matiza el modo en que cabe entender la compensación econó-

mica y el sentido que debe darse a la misma. Para poder aplicar la previsión legal del artículo 26.5 del ET resulta imprescindible que nos encontremos ante dos órdenes salariales que puedan ser comparables. El marco de referencia ha de ser la tabla salarial incorporada al convenio, que al revisarla se detecta si cabe o no la comparación. Tal elemento no concurrió en el caso, pues la empresa pretendió aplicar la compensación y absorción a dos complementos que se regulaban en el convenio colectivo de una forma separada. Efectivamente ambos habían sido establecidos en la norma convencional, pero el carácter que se les otorgó no era homogéneo. La función con la que habían sido diseñados resultaba también diferente; uno estaba referido a la categoría profesional, y el otro, a la antigüedad del trabajador en la empresa.

En una primera valoración, cabe pensar que podía actuar el principio pues se trataba de dos conceptos retributivos, y se ha llegado a admitir que la compensación llegue a operar incluso por imperativo legal, en caso de falta de una previsión convencional. Pero, aquí estamos ante una norma pactada, que es una fuente reguladora y siempre resulta preciso tener presente la voluntad negocial que han expresado las partes. Esta idea enmarca el supuesto de la sentencia, pues el convenio, al diseñar su correspondiente tabla salarial, regulaba de un modo separado y diferente los dos conceptos, a saber: el salario de la categoría y el plus de actividad. No concurría por tanto, el elemento de homogeneidad entre ellos y, la regla legal de la compensación no podía operar de modo automático. En tal situación, sería preciso que los negociadores hicieran una previsión específica para aplicar la compensación; pues en otro caso el hacerlo sin tal aportación, estaría vulnerando lo pactado por ellos en el convenio.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2851, recuerda cómo una condición más beneficiosa, salvo disposición legal o convencional en contrario, puede no mantenerse de modo indefinido.

La resolución reitera cómo un acto de liberalidad del empresario, que llevó al abono de un plus o un complemento, cuyo pago no formaba parte de las obligaciones empresariales, puede ser neutralizado mediante el llamado mecanismo de la absorción y compensación.

12. CONDICION MÁS BENEFICIOSA

Siguiendo la doctrina contenida en las sentencias revisadas se puede reflexionar de nuevo sobre los requisitos que han de concurrir para poder entender que nos encontramos ante una verdadera condición beneficiosa. Los tribunales parecen seguir considerando necesario la concurrencia de una clara voluntad empresarial de concesión de un beneficio determinado y que, junto a esto, conste con claridad el ánimo explícito de consolidarlo, ambos elementos aparecen como esenciales.

En las resoluciones siguientes se añade a esta doctrina general ciertos matices de tipo muy diverso. En general se puede afirmar que están referidos a la posibilidad de modificar las condiciones iniciales y que pueden llegar a neutralizar su aplicación en ocasiones; como el posible cambio en los contenidos de una mejora de tipo colectivo, o la peculiaridad que supone un reconocimiento de tales derechos en el seno de la Administración Pública.

La **STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3203, analiza a fondo los elementos que han de estar presentes para considerar que una ventaja determinada tenga el carácter de condición más beneficiosa. La resolución citada contiene un estudio del tema y aporta numerosas referencias a la doctrina emanada de las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, de 31 de mayo de 1995, 21 de febrero de 1994 y 25 de enero de 1995.

Señala que podemos hablar de una condición más beneficiosa cuando se prueba una voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores una ventaja o beneficio social que supera lo establecido en las fuentes legales o convencionales de regulación aplicables en el ámbito. Para poder estimar la condición, también se requiere que la ventaja concedida se haya incorporado al nexo contractual.

El tribunal estima que incluso se puede llegar a considerar como una ampliación del contrato originario, y que una vez aceptada por el trabajador, no pueden suspenderse sus efectos sin el consentimiento del mismo, o sin realizar una compensación por medio de las llamadas vías de neutralización. En el supuesto concreto, un grupo de trabajadoras venía disfrutando de días libres adicionales, desde el año 1989. El origen de la práctica era un acuerdo celebrado hace años con la empresa y no la mera tolerancia de una ausencia de las trabajadoras ciertos días al año.

Es sabido que la empresa siempre debe respetar sus propios acuerdos, teniendo también reconocida la posibilidad de modificarlos y proceder en un momento posterior, por ejemplo, a una eliminación de una ventaja acudiendo al mecanismo que la doctrina científica califica como las técnicas de neutralización. Pero como en el caso no operaron tales elementos de cambio la empresa seguía obligada al manteniendo del beneficio pactado y reconocido hacía años.

La **STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3049, diferencia la condición beneficiosa de lo que llama concesión graciosa. La resolución se refiere a los elementos imprescindibles que constituyen la esencia de una condición más beneficiosa, señalando expresamente la necesidad de tener constancia de la voluntad empresarial de reconocimiento del beneficio y de la intención de su consolidación. En el supuesto, no constaba tal elemento y por ello se estimó que no cabía reconocer la ventaja.

Se trataba de una mejora de Seguridad Social con cargo a la empresa, que había sido pactada bajo determinadas premisas, condicionando su aplicación al cumplimiento de ciertos objetivos de absentismo por parte de la plantilla de la empresa. La mejora fue disfrutada varios años, pero de modo indebido ya que la empresa cometió un error en sus

operaciones de cálculo, y aplicó el acuerdo sin que hubieran concurrido las condiciones exigidas para ello. Esa aplicación, de hecho, no ha servido para consolidar la condición. Una vez que esa situación, anómala e involuntaria, fue detectada la empresa actuó subsanando el error cometido y dejando de aplicar, desde ese momento, una mejora que a todas luces no procedía aplicar siguiendo simplemente aquello que se había establecido en sus compromisos.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3256, entra a valorar un aspecto más particular, denegándole a una trabajadora de la Comunidad Autónoma de Canarias el mantenimiento de una jornada de cinco horas diarias como condición más beneficiosa. El aspecto más interesante de la resolución es el argumento tomado en cuenta por el tribunal a la hora de desestimar la pretensión.

El fallo del tribunal se basa en el análisis del origen de tal situación y en la revisión de la identidad del autor de esas "peculiares" condiciones de trabajo en ese ámbito laboral.

Nuestra doctrina declara para tomar en cuenta una condición más beneficiosa, especialmente cuando estemos ante un trabajador de la Administración Pública, que resulta necesario que tal circunstancia derive de una decisión tomada por aquella persona que tenga atribuida esa competencia o facultad dentro de la empresa. En defensa de tal argumento se puede recordar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1989 y 8 de julio de 1996.

En el caso que nos ocupa, tales elementos no concurrieron, pues se ignoraba de quién procedía una decisión que amparara una situación tan sorprendente como ésta. El tribunal estima que su origen probablemente estuviera en una mera práctica de tolerancia patronal mal entendida o, dicho de otro modo, en la simple dejación o falta de control del cumplimiento de la normativa general por parte de las personas responsables. No parece probado que el hecho proceda de la decisión de quienes tienen o han tenido capacidad y competencias en esta materia, que en este caso parecen ser el propio Gobierno de Canarias o su Consejero de la Presidencia. Por ello, se desestimó tal pretensión.

La **STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2000,** I.L. J 2531, matiza el sentido de la condición más beneficiosa y los contenidos que se pueden mantener con ese derecho, analizando un caso particular referido a la actuación del mecanismo frente a las condiciones ya negociadas en un convenio colectivo.

La sentencia aclara, en términos generales, los aspectos sobre los que un trabajador puede reclamar respeto a una condición personal que le ha sido reconocida, señalando diversos supuestos referidos a derechos o condiciones laborales que puedan resultar susceptibles de un cálculo, básicamente la remuneración, los permisos, las licencias y la acción social. Pero, tras esta delimitación de contenidos, añade una consideración relativa a la imposibilidad de extensión del principio hacia otros aspectos que puedan trascender el

ámbito individual y afectar a ciertos intereses colectivos; así se menciona, por ejemplo, que quedarían fuera de tal consideración todos los relacionados con la política de empleo. Siguiendo con tal planteamiento, el tribunal no estima como posible una reclamación efectuada de modo individual por parte de un trabajador frente a su empresa, ante el cese obligado de su relación.

Se estimó que no cabía esgrimir como argumento frente a tal medida, una condición más beneficiosa referida a la jubilación forzosa, ya que la articulación de esta situación se había realizado siguiendo una pauta previamente pactada y establecida de modo colectivo.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3242, desestima también la existencia a favor de los demandantes, personal de la Maestranza Aérea de Sevilla, una condición más beneficiosa consistente en un permiso, que permitía la libranza, a partir de las 12.00 horas, del último viernes del mes, para realizar el cobro de salarios.

Esta condición tuvo cierta historia en su ámbito. Pasó de ser inicialmente una concesión graciosa de la empresa a aparecer como derecho colectivo reconocido e inserto expresamente en el texto del convenio colectivo. Pero en la evolución de la vida de la empresa esta norma fue derogada al negociarse un nuevo convenio para todo el personal laboral de la Administración General del Estado. No se incluyó en él, no apareciendo reflejado en su articulado tal situación. Cabe decir que ese nuevo convenio planteaba unas prestaciones muy superiores a las previstas en el anterior, pero el tribunal consideró que no podía alegarse el principio de condición más beneficiosa porque, conforme a una doctrina reiterada, la condición en relación con los convenios colectivos ha de interpretarse según el conjunto de sus normas y no de una forma aislada analizando sólo algunos de sus preceptos.

Los litigantes todavía plantearon otra vía para tratar de rescatar el disfrute de su permiso, acudiendo a la Disposición Transitoria del convenio que permitía mantener la vigencia de los regímenes especiales de jornadas y horarios. El tribunal no se hizo eco del planteamiento pues entendió que el supuesto no estaba referido a una jornada u horario especial, sino que se refería a un permiso que podía disfrutarse dentro de la misma jornada normal.

13. PACTO DE PERMANENCIA

La aplicación de la normativa laboral coexiste también con la libre voluntad de las partes. Esa autonomía de voluntad de las partes se ve muy condicionada por la aplicación de la normativa laboral y su complejo sistema de fuentes. Pero, junto a los aspectos reglados por la ley o por el convenio colectivo, las partes contratantes tienen un cierto grado de autonomía que les permite manifestar su voluntad negociando condiciones particulares y concretas en su contrato o incluyendo alguno de los llamados pactos típicos. Éstos presentan diversas características y suponen un acuerdo dotado de sustantividad propia

y sometido a una cierta regulación legal. Uno de ellos es el pacto de permanencia en la empresa, cuya característica es limitar durante un tiempo la libre rescisión de la relación en aquel caso en que el trabajador haya recibido una especialización profesional a cargo del empresario.

Con relación a este pacto típico cabe mencionar la **STS de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2789. Esta resolución matiza cómo se han de entender los requisitos exigidos por el legislador para que podamos concertar un pacto de estas características. La resolución analiza uno de los elementos del pacto: el requisito de la llamada "especialización del trabajador". Ésta ha de ser proporcionada por el empresario y que siempre ha de estar presente como elemento imprescindible para concertar el pacto.

El Tribunal, en este caso tuvo que precisar sobre la naturaleza de la formación aclarando cómo se ha de proporcionar al trabajador una formación de tipo singular y cualificada, que conlleve coste adicional para la empresa. Ante el desembolso especial realizado por el empresario, en aras de la protección de su interés, el Estatuto de los Trabajadores admite y justifica pactar una limitación temporal de la libertad del trabajador, para romper el contrato bajo determinadas condiciones.

La sentencia revisa el verdadero sentido de este pacto y valora los supuestos para los que cabe establecerse, afirmando la imposibilidad de concertarlo cuando estamos ante un simple contrato de prácticas. Tal modalidad contractual persigue la inserción profesional de los titulados pero no supone, en general, una especialización especial del trabajador durante la vigencia de su contrato. La formación que le proporciona la empresa suele tener carácter ordinario y nace directamente del ejercicio de la propia práctica real de una profesión. Se estima que una cláusula de este tipo, limitadora de la libertad profesional de un trabajador en prácticas, es inválida o nula por ser manifiestamente desproporcionada, dado que la ventaja formativa obtenida por el trabajador deriva de la propia naturaleza y esencia del contrato en prácticas. La figura contractual tiene un régimen legal peculiar que ya contempla tales circunstancias, incluyendo una cierta compensación al empresario por su esfuerzo formativo, al permitirle establecer una retribución menos elevada que la del resto de los trabajadores de su misma categoría profesional.

La **STS de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 2809, expone un perfil diferente de este mismo tema. En ella se resuelve un aspecto concreto derivado de la cláusula de permanencia incorporada también al contrato en prácticas. Si bien aquí el tribunal admite el pacto de permanencia, con todas sus consecuencias, ya que la situación que nos presenta posee elementos muy diferentes a los mencionados en la resolución anterior.

Se trata, otra vez de un contrato en prácticas, pero en el caso el trabajador ha disfrutado de una especialización extra a cargo de la empresa, recibiendo varios cursos formativos adicionales, que han aumentado su cualificación y han supuesto un mayor coste económico. Ante tal situación, el tribunal estima que el pacto nace de la libertad de las partes y no del contrato, y que concurren en él todos los elementos legales necesarios para cele-

brar este tipo de acuerdos, por lo que se admite la firma del pacto de permanencia y deben desplegarse todos los efectos.

Tras aclarar la eficacia del pacto hay que preguntarse por las consecuencias de un incumplimiento por alguna de las partes. No debemos olvidar que *pacta sunt servanda* y por ello no cabe que el trabajador, tras beneficiarse de la formación recibida, opte por no respetar el tiempo de permanencia pactado, rescindiendo de modo anticipado su contrato e incumpliendo claramente su compromiso, pues se le aplican los efectos negativos del pacto.

Es decir, la relación laboral se ve resuelta, pues no cabe mantener un vínculo contractual laboral más allá de la voluntad de las partes, pero la cláusula negociada también debe desplegar su eficacia y por ello el empresario tendrá derecho a percibir la indemnización de daños según la cuantía que hayan pactado.

Ana Luisa Rega Rodríguez

II. TRABAJADOR

Sumario*:

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

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265).

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

Cuatro relaciones controvertidas se dan cita en este apartado, con una proporcionalidad en las soluciones nada pretendida al seleccionar las sentencias objeto de comentario en esta Crónica. En dos de los supuestos –técnico deportivo y médico– los TSJ respectivos –Castilla y León y Baleares– valoran los elementos probados para considerar la existencia probada de una relación dependiente entre las partes. Por el contrario, en los otros dos supuestos –farmacéutico y profesora de inglés– los TSJ –Valencia y Murcia– entienden que la relación laboral queda desfigurada por la inexistencia del elemento de la dependencia en la relación.

– **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de septiembre de 2000,** I.L. J 2501 (recurso 1224/2000).

1. Los hechos que dan lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 25 de septiembre de 2000, tienen su origen en el acta de infracción practicada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social respecto a la Federación Territorial de Castilla y León de Tenis de Mesa en la que se propone una sanción económica para dicha Federación. Según las actuaciones de la Inspección, D. Vladimir D., que desempeña determinadas actividades en la Federación, es un trabajador de dicha entidad. Por ello, al no haber practicado el alta de este trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, la Federación ha incumplido las obligaciones que se le imponen legalmente. Consta en los hechos probados que D. Vladimir está vinculado con la Federación desde el año 1997, percibiendo desde entonces determinadas cantidades anuales, a las que se aplica la retención correspondiente en concepto de IRPF. D. Vladimir presta los servicios de *espacring* y ayudante como técnico con las funciones de enseñanza técnico-deportiva, táctica y de preparación física. Asimismo, decide con el Director los criterios de selección de los deportistas, asiste a concentraciones, competiciones regionales y vigila el aprovechamiento de los deportistas en los entrenamientos y en las competiciones. La Federación presentó alegaciones frente al acta de infracción manteniendo que su relación con el Sr. Vladimir era un arrendamiento de servicios. El Juzgado de lo Social estimó la demanda de la Inspección y, declarando la existencia de relación laboral, confirmó la sanción propuesta. Contra esta decisión recurre en suplicación la Federación.

2. El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación confirmando que la relación entre la Federación y el Sr. Vladimir es una relación de carácter laboral. Esta conclusión se apoya en la apreciación de una relación de dependencia entre ambas partes, acreditada porque el trabajador desempeñaba sus funciones en los días y horas fijados por la Federación, siguiendo los programas y objetivos a cumplir marcados por ésta. Confirma la laboralidad de la relación el hecho de que el trabajador percibiese una compensación económica por el desempeño de sus funciones sin que la circunstancia de que el pago o abono se efectuara en períodos anuales desvirtúe su consideración como retribución por el trabajo prestado. Finalmente, la sentencia advierte que la circunstancia de que la Federación sea una asociación sin ánimo de lucro no obsta en absoluto a que su relación con el Sr. Vladimir presente un carácter laboral.

3. La existencia de una relación laboral se aprecia, más allá de la voluntad de las partes, por la concurrencia de los requisitos de laboralidad recogidos en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores. En el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 25 de septiembre de 2000, la existencia de tales elementos no ofrece ninguna duda. Tal y como señala la sentencia, se aprecian claros indicios que ponen de manifiesto la relación de depedencia que caracteriza a toda relación laboral. La existencia de una retribución, aunque ésta no tuviera carácter mensual, concurre también en la relación contractual entre la Federación y el Sr. Vladimir de forma que dicha relación no puede sino calificarse como laboral. Así pues, al margen de la posible voluntad de las partes de configurar su relación como meramente civil o mercantil, la concurrencia de los precitados elementos determina que, aplicando la presunción de laboralidad recogida en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato deba calificarse como laboral y surtir los efectos que de esa calificación se derivan, entre otros, la obligación de proceder al cumplimiento de las obligaciones empresariales de alta y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

– **STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 3114 (recurso 3020/2000).

1. Al actor le fue adjudicada mediante herencia la nuda propiedad de la farmacia familiar, siendo usufructuaria su madre. Con posterioridad, la familia heredera decide otorgarle la cesión de la farmacia durante veinte años a otro hermano, Rafael S.R., a condición de que mantenga en calidad de auxiliar al actor con un sueldo y, en caso de decidir prescindir de los servicios de éste, someterse a un arbitraje para determinar la compensación. El actor es quien ha venido dirigiendo y organizando la farmacia, decidiendo quién y cómo se efectúan los pagos, disponiendo de la cuenta bancaria, figurando a su nombre dicha cuenta, pagando las nóminas de los empleados, firmando los cheques y asignándose a sí mismo una cantidad de dinero mensual. Por escrito de 24 de febrero de 2000, los familiares de Rafael S.R., hermano del actor, le comunican que "debido a la reestructuración de la plantilla damos por concluida la colaboración que hemos mantenido durante los últimos años en la oficina de farmacia de la que somos titulares. Le informamos que será Vd. quien deba cursar la baja en el régimen especial de trabajadores autónomos. Dicha colaboración finaliza con fecha de hoy y a todos los efectos".

2. Ante la estimación por el tribunal de instancia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, el TSJ de Valencia entra a valorar "la declaración de laboralidad de la actividad desempeñada por el actor". Considera que, a la vista de los hechos –aclarando que "esta Sala no tiene por qué someterse a los hechos declarados en la sentencia de instancia ni al cauce establecido por el propio recurso, al tratarse de una cuestión de orden público"– entre las partes han subsistido formalmente diversas relaciones. Una de ellas de carácter laboral, constituida por la colaboración llevada a cabo por el actor a través de una actividad de gestión y control del negocio de la farmacia y otra derivada del acuerdo que trae su causa de sus derechos hereditarios y que le otorgaba una expectativa de futuro para, en el caso de fallecer su madre, obtener el 50 por ciento de los beneficios líquidos de la farmacia y el sueldo que estuviera percibiendo. Habiéndose producido tal contingencia –el fallecimiento de la madre– "las expectativas del actor se han convertido en derechos" que implican la posibilidad, por un lado, de obtener la compensación económica derivada de la falta de mantenimiento de su actividad de gestión y control del negocio y, por otro, la posibilidad de impugnar la sucesión en la explotación del negocio por los familiares de su hermano. A la vista del entramado de derechos, debe rechazarse la calificación como laboral de la relación mantenida pues la posición del actor "carecía de la dependencia y subordinación propias de la relación laboral y, aunque formalmente se le denominara así, la falta de un horario definido y de la sujeción a normas y directrices del empresario desnaturaliza la posibilidad de estimarla laboral". El actor ha actuado como verdadero empresario y así se deduce del sometimiento de las partes a un proceso arbitral para dilucidar las consecuencias económicas de la finalización de su relación.

3. Al margen de la relación civil derivada de los derechos hereditarios que cada una de las partes conservara, lo cierto es que entre los dos hermanos existe un vínculo que aparentemente puede ser laboral. Uno de ellos, titular de la explotación de la farmacia, debe mantener como auxiliar colaborador con un sueldo mensual a otro. Se escuda el Tribunal en datos meramente formales –disposición de una cuenta, pago de salarios, etc.– para rechazar la calificación como laboral de esta relación. Pero son datos que, por sí solos, no determinan dicho rechazo. Existen trabajadores por cuenta ajena que, por su cualificación, tienen delegados muchos poderes de los que carecen el resto de los trabajadores de la empresa y no por ello dejan de ser trabajadores por cuenta ajena. La ajenidad y la dependencia no se miden en función de la disponibilidad por parte del trabajador de algunos poderes delegados sino por la finalidad última de la capacidad que el trabajador tenga de disponer de los frutos del negocio –y aquí el titular de la explotación era otro– y de tomar decisiones sobre el mismo –y aquí el actor sólo gestionaba no decidía sobre este último–. Aun cuando ciertamente nos encontramos en un supuesto fronterizo entre la condición laboral o civil de la relación, la solución no deja de ser excesivamente formalista.

– **STSJ de Murcia de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3199 (recurso 674/2000).

1. En el presente proceso, la actora presentó demanda por despido en la instancia contra una academia donde daba clases de inglés. No hay constancia de que la actora hiciera otra

cosa en la academia que dar clases y esporádicamente, atender el teléfono. El juez en la instancia apreció la concurrencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia por lo que se declaró incompetente para conocer de la demanda interpuesta por la actora al tiempo que señalaba la jurisdicción civil para el conocimiento del asunto.

2. Puesto que en la instancia se había determinado la incompetencia material de jurisdicción lo que equivale a considerar que entre las partes no existía contrato de trabajo sino una relación de colaboración profesional dimanante de un contrato civil de arrendamiento de servicios, el tribunal de suplicación debe detenerse en primer lugar en el examen de su competencia para conocer de la materia pues es cuestión de orden público procesal y por tanto de obligado cumplimiento. Esta tarea pasa por examinar si existió o no relación laboral entre la academia demandada en la instancia y la profesora, para lo cual la Sala goza de plena libertad no estando vinculada por la declaración de hechos probados. Pues bien, en esta tarea, el Tribunal considera relevantes los siguientes datos, primero el que la actora haya impartido clases de inglés para la academia en las instalaciones de la demandada, no consta que se hubiera realizado contrato alguno formalizador de dicha relación ni que la actora realizara otras actividades que la de impartir clases no habiendo constancia de que realice actividades administrativas. En segundo lugar, no estaba sujeta a horario alguno, ni mucho menos al cumplimiento de una jornada preestablecida, tampoco que debiera ajustarse a una específica programación docente bajo directrices emanadas del centro limitándose a dar sus clases puntuales gozando de una amplia libertad de criterio. La actora no tenía garantizada una retribución mensual fija sino que cobraba por hora lectiva impartida, una cantidad variable dependiendo del número de alumnos. No consta el alta de la actora en Seguridad Social ni en el Impuesto de Actividades Económicas. A la vista de todo ello, el Tribunal comparte el criterio judicial de la instancia al considerar que no existe relación laboral pues no se dan las notas de remuneración, ajenidad y dependencia.

3. Nuevamente el Tribunal vuelve sobre el concepto de las notas caracterizadoras de la relación laboral para la resolución de este caso. La línea divisoria, a veces muy sutil, entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios está en la nota de la dependencia, que es definida en la jurisprudencia por la integración del trabajador en el círculo rector y disciplinario del empleador. La dependencia pasa a ser así el factor clave para delimitar la existencia de la relación laboral pero para que resulte verdaderamente útil como factor delimitador, es preciso interpretar la dependencia en un sentido amplio que se adapta mejor a la realidad de los tiempos. Pues, como dice el propio Tribunal, no puede entenderse necesariamente que la dependencia se manifieste necesariamente por los indicadores clásicos de jornada, horario preestablecido, puesto de trabajo en las dependencias de la empresa, ordenación y control continuos. Antes bien, la dependencia puede demostrarse por otros aspectos como son la programación exclusiva por parte de la empresa y las directrices acerca de cómo desempeñar la tarea. También pueden resultar ilustrativas circunstancias como la posibilidad o no de rechazar las tareas encomendadas así como contar o no con colaboradores y la existencia o no de mecanismos dirigidos a controlar la actividad profesional. Cuando se den estas notas o indicios de dependencia, en una valoración conjunta, se puede apreciar la existencia de relación laboral mientras que de no darse puede entenderse que existe un arrendamiento de servicios.

– **STSJ de Baleares de 23 de diciembre de 2000,** I.L. J 3139 (recurso 662/2000).

1. Desde 1989, el actor había comenzado a prestar servicios como médico, primero para una empresa a la que luego sucedería la demandada en autos. Ésta últimamente abonaba al actor una cantidad por hora trabajada y el actor incluía esas cantidades en sus declaraciones como actividades profesionales, siendo retribuido por la presentación de facturas en las que descontaba el 20 por ciento en concepto de IRPF. El actor prestaba servicios en el centro médico de la demandada cubriendo los turnos que elaboraba el director médico y durante su turno recibía a todos los pacientes que acudían y que le eran remitidos por la empresa. Todo el material que utilizaba el actor era de la empresa, siendo ayudado en su actividad por personal facultativo y no facultativo de la misma. Cuando la empresa le comunicó por escrito "la resolución de la relación mercantil que les unía" el actor presentó demanda por despido que fue estimada en la instancia declarando la sentencia la improcedencia del despido. Frente a dicha resolución se interpuso por la empresa recurso de suplicación que dictó la sentencia que ahora comentamos.

2. La sentencia se detiene, en primer lugar, en el examen de la excepción de incompetencia de jurisdicción que se opuso por la demandada y que fue rechazada en la instancia. Para ello se analiza la naturaleza jurídica de la prestación de servicios que realizaba el actor, en su condición de médico, para la empresa demandada. En este sentido, se impone atender a la realidad de los hechos con independencia de la calificación que las partes den a la relación jurídica que les une, para determinar si en esa relación se dan los presupuestos de ajenidad y dependencia que tipifican el contrato de trabajo. En esta tarea, el Tribunal reconoce la dificultad de delimitar entre una relación laboral y otras figuras afines puesto que concurren circunstancias comunes como son la prestación de unos servicios por cuenta de otro, esto se da con especial intensidad en el arrendamiento de servicios. De modo que la delimitación vendrá dada, a juicio del Tribunal, por la concurrencia o no de la nota de la dependencia que es propia del contrato de trabajo y que, diferenciándola de figuras afines, debe ser interpretada en un sentido amplio. La cuestión estriba en que la prestación se realice dentro del ámbito de dirección y de organización del empleador. Pues bien, en este caso concreto, aplicando la citada doctrina, es evidente que concurren las notas delimitadoras de la relación laboral; ya que los servicios profesionales prestados por el actor como médico tienen lugar en las dependencias hospitalarias de la demandada, donde atiende a pacientes que no son particulares suyos, de los que no recibe directamente retribución alguna, sino que la recibe de la empresa en función de las horas en que pasa consulta que le son asignadas por el centro médico, siendo del propio centro los materiales utilizados para el desarrollo de su labor. Por todo lo expuesto, procede la desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada en el recurso y se confirma la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

3. Se percibe en el razonamiento jurídico de la sentencia comentada el esfuerzo del juzgador dirigido a la adaptación de la doctrina sobre las características definidoras de la relación laboral a las situaciones que cada vez más frecuentemente nos presenta la reali-

dad de las prestaciones de servicios hoy en día. Ello se centra fundamentalmente en el análisis de la dependencia que, a decir del propio órgano juzgador, debe interpretarse en un sentido amplio, tal y como aparece en el Estatuto de los Trabajadores, esto es, que dicha prestación se realice dentro del ámbito de organización y dirección del empleador. Como hemos tenido ocasión de señalar, la interpretación que quepa hacer de las notas caracterizadoras de la relación laboral ha ido adecuándose con el tiempo a la nueva realidad de las prestaciones de servicios. Así, en concreto, para determinar la existencia de la dependencia no debe limitarse el examen a comprobar la existencia de un horario o una jornada o un puesto físico en las dependencias del empleador. Se hace necesario atender igualmente a la existencia o no de directrices así como mecanismos de control que revelen la existencia de un círculo organicista en el que se inserta, en virtud del contrato de trabajo, el trabajador.

d) Actividad por cuenta ajena

Dos pronunciamientos con soluciones distintas también para supuestos ciertamente diferentes pero que comparten en común la discusión sobre si se trata de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. En el primer caso, se valora la pervivencia de la relación laboral entre dos socios de una academia de enseñanza reglada cuando uno de ellos deja de ser socio pero sigue impartiendo clases. No considerando acreditado este dato, el Tribunal entiende que no existe relación laboral. En la segunda sentencia que se recoge en este apartado la relación entre el fotógrafo y el periódico para el que presta sus servicios es considerada como laboral toda vez que elementos como la propiedad de la cámara fotográfica o la inexistencia de horario no se consideran suficientemente relevantes para excluir la condición como laboral del trabajador.

– **STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2698 (recurso 4746/2000).

1. El actor constituyó una sociedad civil con el demandado dedicada a la enseñanza reglada y no reglada abarcando la organización de cursos, jornadas y eventos en los diferentes campos de la formación. Con posterioridad, el actor remite un escrito a su socio en el que le comunica su deseo de dejar la sociedad y liquidar el 50 por ciento que le corresponde. La sociedad se liquida, quedándose el socio con los bienes y derechos de aquélla, el nombre de la misma y las deudas contraídas. El actor queda liberado de las deudas y cargas sociales originadas antes y después de su marcha de la sociedad. En el hecho probado quinto de la sentencia de instancia se especifica que después de disolverse la sociedad civil, el actor continúa impartiendo clases y desempeñando la función de director del centro, estableciéndose un salario mensual con prorrateo de pagas extras. El representante de la empresa, antiguo socio del actor, le comunica con fecha 27 de abril de 2000 "que no vuelva por la empresa".

2. Ante la reclamación por despido iniciada por el actor, el juzgado de lo social estima la excepción de incompetencia de jurisdicción y reconoce en el fundamento quinto de su sentencia que "no queda acreditado que con posterioridad a su cese el actor haya continuado realizando la actividad laboral en la empresa demandada". Pero el recurso viene motivado, al margen de por el cumplimiento de las infracciones que permiten interponer

el recurso de suplicación, por el hecho de que tras cesar como socio el actor continuara como profesor de dicho centro, considerándose que "es por tanto a partir de esa fecha cuando la relación pasa a ser laboral". Sin embargo, el Tribunal ratifica la decisión de instancia por entender que "en el presente caso no se da el más mínimo indicio que permita presumir la prestación de un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro ni la existencia de una retribución, esenciales ambos para poder calificar una relación como laboral".

3. La decisión del Tribunal es correcta siempre que del conocimiento de los hechos se deduzcan las conclusiones que han sido apreciadas para dictar esta resolución. En definitiva, no parece quedar demasiado claro si efectivamente tras el cese del trabajador como socio siguió prestando este último servicios como profesor para el mismo centro o no. De haber quedado tal punto demostrado nada empece la calificación como laboral de dicha relación pues tras haber vendido el 50 por ciento de su participación, la relación modifica su naturaleza. Se trata, por tanto, de una cuestión meramente probatoria. Del tenor de la sentencia se deduce que ambos tribunales han considerado que no queda acreditada la permanencia del actor en la empresa tras la ruptura del vínculo societario que le unía a la misma. De ser así, ningún reproche jurídico merece entonces este pronunciamiento.

– **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2637 (recurso 539/2000).

1. El actor ha prestado servicios como fotógrafo para la empresa Micsa en el periódico *La Gaceta*, percibiendo a cambio una retribución media de 175.594 pesetas mensuales. Acudía por las mañanas a las instalaciones de la empresa a recoger los partes de encargo que se le entregaban por parte de los redactores con las instrucciones de los reportajes a cubrir y se los repartía con otro compañero. Ambos cobraban 500 pesetas por foto realizada y contaban con una mesa instalada en las citadas dependencias para su uso y con un scanner proporcionado por la empresa a través del cual mandaban las fotos una vez reveladas a las otras secciones. El actor utilizaba para su trabajo una máquina de fotos de su propiedad y se desplazaba en su vehículo para realizar su trabajo a los distintos lugares a los que le mandaba la empresa. Ésta abonaba los gastos de kilometraje y el material utilizado (carretes, revelado, etc.) El actor estaba permanentemente localizable para la empresa quien le avisaba también por la noche para realizar las fotos de determinados reportajes, trabajando en exclusiva para esta empresa. A raíz de una visita de la Inspección de Trabajo, la empresa requiere a los trabajadores para que se den de alta en el RETA y en el IAE, algo que hicieron otros trabajadores pero no así el actor. A partir de entonces dejó de recibir encargos por parte de la empresa, si bien continuó acudiendo diariamente a la misma para recibirlos, hasta que el 4 de diciembre de 1999 le advirtieron que no fuera más por allí.

2. El Tribunal se basa en la doctrina del Tribunal Supremo, especialmente en SSTS de 31 de marzo de 1997 y 22 de abril de 1995, para señalar la diferencia entre quien como

reportero gráfico realiza trabajos por propia iniciativa para ofrecerlos con posterioridad en el mercado de la información y quien los efectúa atendiendo a precisas indicaciones temáticas o de objeto de una empresa periodística. No se considera decisivo a efectos de rechazar la laboralidad de la relación que el trabajador aporte su propia cámara fotográfica y vehículo propio para desplazarse. "Estas aportaciones, contempladas en el conjunto de la relación contractual, no tienen con toda evidencia entidad económica suficiente para convertir al colaborador o reportero gráfico en titular de una explotación o empresa, posición esta última en la que el objetivo de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo realizado". Atendiendo a esta doctrina del Tribunal Supremo, el TSJ de Canarias considera en el caso objeto de litigio "evidente que la relación es de carácter laboral, dándose las notas exigidas para este tipo de situaciones y en donde se aprecian las notas de dependencia y ajenidad, sin que sea preciso que se den las circunstancias de que disfrutara de vacaciones ni que estuviera sometido a un horario determinado".

3. Una decisión que aplica una jurisprudencia ya reiterada por el Tribunal Supremo y que no puede más que ser compartida. Esto no significa que no puedan darse supuestos en la práctica en los que la relación entre el reportero gráfico y la empresa sea una relación por cuenta propia y no ajena. Para ello se requiere, como apunta el Tribunal Supremo, que sea el reportero el que ejercite con plena independencia su actividad, sin estar sometido a instrucción alguna más que las propias necesidades que el mercado de la información marque en cada momento. No está de más insistir en que datos como el horario o como el disfrute de vacaciones no desdibujan la naturaleza laboral de la relación, aun cuando lleguen a condicionar lógicamente el desarrollo de la misma. Así, la plena disponibilidad del reportero se verá compensada por una mayor retribución de su servicio y si, como parece, ésta se halla calculada en función de las fotos realizadas, por una mayor cantidad de fotos, esto es, por una mayor productividad.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

E) Trabajos familiares

Un supuesto nada habitual ocupa al TSJ de Valencia en este pronunciamiento: las labores de "lazarillo" que algunas personas realizan para conseguir que los vendedores de cupón de la ONCE puedan llevar a cabo su prestación. Un supuesto de "colaboración" que roza los caracteres de la laboralidad, si bien el Tribunal hace prevalecer en el caso concreto la condición de familiar del acompañante para excluir dicha relación del Estatuto de los Trabajadores.

– **STSJ de Valencia de 11 de septiembre de 2000,** I.L. J 2832 (recurso 916/2000).

1. La actora ha venido prestando servicios por orden y cuenta de la demandada, Pilar S.L., presuntamente incapaz y tutelada por el también codemandado José L.S. con la categoría profesional de lazarillo y salario de 50.000 pesetas mensuales hasta haber sido despedida por Pilar S.L. Esta última tiene reconocida la condición de minusválida debido a una dis-

minución de su capacidad orgánica y funcional del 90 por ciento por ceguera bilateral y deficiencia mental media. Pilar S.L. viene prestando servicios por orden y cuenta de la ONCE como agente vendedor. Antes de iniciar la prestación, su familia (hermanos, cuñadas y sobrinos) asumió colaborar con ella acompañando a Pilar S.L. desde su domicilio al punto de venta, en la recogida y liquidación de los cupones, etc. Así ha venido haciéndose, a cambio de una gratificación en metálico o en especie de los padres de Pilar S.L. Como consecuencia de la mala relación existente entre la actora y Pilar S.L. esta última decidió que no le acompañase más a la venta de los cupones comunicándole Pilar a la actora que a partir del lunes, 30 de agosto de 1999, no volviera a acompañarla.

2. El Tribunal entiende, en primer lugar, que "no puede entrar a realizar una nueva valoración sobre la globalidad y el conjunto de la prueba practicada". En el presente recurso se solicita la revisión de dos de los hechos de la sentencia de instancia a través de documentos de los que "en modo alguno puede deducirse, de manera clara y precisa, que acrediten la existencia de los datos que la parte recurrente quiere que se tengan por acreditados". Por otra parte, considera que la alegación sobre la existencia de la relación laboral entre la demandante y Pilar S.L. "choca frontalmente con hechos indiscutidos relativos a la relación familiar existente entre las partes y el apoyo del resto de la familia en la colaboración tendente al acompañamiento de la Sra. L. a su puesto de venta de los cupones", así como en la falta de todo dato que obligue a considerar que el acompañamiento era complementado con tareas de ayuda en la venta de cupones. Resulta "evidente" para este Tribunal que los "agentes vendedores de la ONCE, poseen determinadas minusvalías que no les impiden realizar trabajo de manera independiente", aunque en ocasiones cuenten con alguna ayuda para desempeñarlo. "Ni el horario, ni la retribución, ni la dependencia resultan elementos que consten acreditados en el presente supuesto, por lo que la presunción de laboralidad de la relación no puede estimarse como elemento de necesaria deducción".

3. No se plantea como en anteriores sentencias la calificación de la relación entre el vendedor de cupón y la ONCE sino que, de forma novedosa, se trata de calificar el vínculo que une a aquél con las personas de las que se sirve para realizar la venta del cupón o "lazarillos". Sin valorar el supuesto concreto, una contemplación general de esta labor no estaría ajena a la calificación como laboral de la relación. En definitiva, se trata de una actividad sometida a la voluntad del vendedor –dependiente–, de la que no se obtienen beneficios directos –ajena–, que deberá ser retribuida y siempre previa aceptación voluntaria del "lazarillo". Nada obsta para que el vendedor del cupón contrate a otra persona para que le ayude, no para vender el cupón –pues entraríamos en un ámbito mucho más delicado como es el carácter personal del vínculo que une a la ONCE con el vendedor del cupón y es éste un aspecto no susceptible de valoración en este comentario– sino para que le acompañe. De hecho, muchas minusvalías necesitan de un tercero, funciones que pueden hacerse de forma altruista o con carácter laboral. La determinación sobre si nos encontramos dentro de una u otra, esto es, si la relación es benévola y amistosa y, por tanto, excluida del ámbito laboral o, por el contrario, se halla sometida al Estatuto de los Trabajadores es una cuestión que ha de ser probada por las partes. En el supuesto que nos

ocupa prima, en el entendimiento del Tribunal, la relación familiar de la acompañante, debilitando cualquier otro indicio que se manifieste a favor de la laboralidad del supuesto. Una solución, sin duda, demasiado simple pero que no puede ser criticada por la falta de elementos decisivos –como el salario o los indicios que revelan la dependencia de la acompañante– en el contenido de la sentencia.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

La habitual prestación de servicios de mediación en una inmobiliaria para promover y vender bienes inmuebles centra la atención del TSJ de Baleares en esta sentencia en la que el Tribunal rechaza la existencia de una relación laboral entre las partes.

– **STSJ de Baleares de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2913 (recurso 696/2000).

1. La actora concertó una relación de mediación con una Inmobiliaria para promover y vender bienes inmobiliarios, a cambio del 50 por ciento de las comisiones percibidas por la empleadora. Surgida una desavenencia sobre el importe de las comisiones a percibir, se demanda ante el Juzgado de lo Social, invocando la condición de "representante de comercio" y rechazando paralelamente la condición de "agente mercantil". El Juzgado se declara incompetente por razón de la materia, lo que confirma la Sala al desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la demandante, por ausencia de dependencia en la relación jurídica subyacente.

2. Tras desestimar un motivo por la vía del art. 191.b), a través del cual la actora pretendió incorporar al relato fáctico de la sentencia un hecho que estableciera la dependencia de la misma respecto de la empresa Inmobiliaria basándose en anuncios de periódico, tarjetas de visita y contratos con clientes, la Sala desestima el motivo articulado por la vía del art. 191.c), sobre aplicación del derecho. Argumenta, a tal fin, que (...) "la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, destaca el carácter de intermediario independiente que tiene el agente, independencia y autonomía que le diferencia del representante de ella, que carece de ella y en su artículo primero se lee que 'por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones'; y, en el segundo, luego de no considerar agentes a los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, a las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan, concreta [que] 'se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios'. Si se pone en relación lo declarado probado con tales artículos, se verá que es forzoso concluir como hemos anunciado ya, que del relato fáctico inmodificado no se deduce la nota definitoria de la dependencia, necesaria para el triunfo de la tesis de la recurrente".

3. Como en la mayor parte de los casos que se enjuician por los tribunales sobre el concepto de trabajador, al final, la solución jurídica suele quedar supeditada a la prueba que se realiza y, por tanto, a los hechos probados que se declaran en la sentencia, imprescindibles para admitir la actividad por cuenta ajena, frente a la actividad por cuenta propia, o la actividad dependiente, frente a la actividad autónoma. Desde esta perspectiva, este comentario poco puede añadir a lo que ha quedado expuesto en los dos números anteriores. Sin embargo, puede ser ésta una ocasión tan buena como otra cualquiera para criticar el anacrónico concepto de la dependencia que se desprende de los preceptos de la Ley 12/1992, pues en el actual tráfico jurídico es perfectamente compatible que el trabajador organice su actividad y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios, y que quede sujeto al poder directivo del empleador en los aspectos sustanciales y definitorios de la subordinación, en particular, la decisión de la actividad a realizar [quedando a disposición del trabajador decidir los criterios específicos para su desarrollo], las decisiones sobre cambios o modificaciones de la misma y, sobre todo, las decisiones sobre la aplicación al trabajador que desempeña la actividad de alguna sanción disciplinaria, dentro del amplio abanico que le reconoce la ley y la normativa convencional.

4. ZONAS GRISES

E) Socios empleados

La falta de prueba conduce al TSJ de Galicia a excluir del ámbito laboral a la relación mantenida entre la actora, socia fundadora junto con la demandada, y la sociedad irregular creada por ambas. Por su parte, el TSJ de Andalucía afronta de nuevo una reclamación sobre la laboralidad y, en su caso, temporalidad o indefinición de la relación mantenida por los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza primaria y la CA de la que dependen, en el supuesto de hecho de Andalucía.

– **STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2545 (recurso 4158/2000).

1. Esta sentencia resuelve en suplicación el recurso presentado contra la resolución que declaraba la incompetencia del orden laboral ante la demanda de despido presentada por la actora. Para ello se atiende al hecho probado de que la actora era socia fundadora junto a la demandada, de la sociedad irregular para la que afirmaba trabajar. También quedan definidas cuáles eran sus funciones dentro de tal sociedad, así como el manejo directo por su parte de los fondos de la misma. Concurre también la circunstancia de que la actora figuraba en un plan de empleo del Concello de Vigo lo que proporcionaría a la empresa que la contratara una subvención de 500.000 pesetas, que se hizo efectiva para la sociedad irregular citada en el momento en que la actora fue contratada verbalmente por la socia "co-fundadora", sin que quede probado que a cambio de los servicios contratados obtuviera retribución salarial alguna. Ante estos hechos la sentencia confirma la recurrida y remite a la actora a la jurisdicción civil.

2. Pese a no entrar en el fondo del asunto, el ponente ha tenido en cuenta los datos aportados por la parte actora, así como los hechos considerados probados por la sentencia recurrida. Por un lado, se afirma la existencia de relación laboral según lo dispuesto en el art. 1 ET alegando que existe un parte de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, así como otro de baja desde la fecha de notificación de la carta de despido, unido a la presencia de "hojas de salarios". Por otro, aparecen como hechos probados los ya expuestos más arriba, lo que no contribuye a considerar suficientemente probada la existencia de los presupuestos básicos de la relación laboral, de ahí la decisión adoptada por el ponente.

3. Es importante partir del concepto de sociedad irregular, como aquella a la que le falta el doble requisito de la escritura pública y de la inscripción registral, o simplemente este último (URÍA, R., *Derecho Mercantil,* Marcial Pons, vigésimo segunda edición, Madrid, 1995. pág. 166.), lo que supone que tal sociedad carecerá de personalidad jurídica, y que no serán eficaces los contratos por ella celebrados, siendo responsable de ellos los encargados de su gestión social (arts. 116, 119 y 120 CCo). Es por ello que, efectivamente, la demandada en este caso ha de ser la socia "co-fundadora" de la actora. Por otra parte, es necesario observar la posible existencia de fraude en este supuesto, probando que la finalidad del contrato de trabajo no era el intercambio de servicios por una retribución sino la obtención por la sociedad de la que era socia la actora, y, aparentemente, controlada por la misma, de una subvención del Concello de Vigo, apoyándose en que si bien existían "hojas de salario", alta y baja en la Seguridad Social, etc., no se produce un pago efectivo de aquéllos ni la ejecución de los servicios en él pactados.

H) Religiosos

– **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3235 (recurso 666/2000).

1. Los actores han prestado servicios como profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza primaria, dependientes de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. Los nombramientos eran anuales entre las personas que el Ordinario diocesano proponía como idóneas para ejercer la enseñanza. En cuanto a las condiciones, no fueron objeto de alta en el sistema de Seguridad Social y percibían una retribución inferior a la que perciben otros profesores de EGB de su mismo grupo y categoría, por lo que reclaman diferencias retributivas, amén de su relación con el Estado y el carácter estable de su relación laboral, único aspecto sobre el que la sentencia establece importante doctrina.

2. La fundamentación de la sentencia razona sobre tres aspectos jurídicos diferentes: 1º) sobre la competencia por razón de la materia, la confirma con base en la jurisprudencia social (SSTS, u.d., de 19 de julio de 1986 y 30 de abril de 1997); 2º) sobre la relación laboral con la Junta de Andalucía y no con el Estado, se desprende del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica) y de las transferencias realizadas en materia de duración, sin que el criterio interpretativo diverso de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco tenga valor vinculante alguno, al no constituir jurisprudencia; 3º) sobre el carácter indefinido o temporal de la relación laboral, inclinándose por la segunda alternativa, por imponerlo así el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, lo que cuenta con apoyo jurisprudencial (SSTS, u.d., de 14 de junio de 1996 y 30 de abril de 1997); relación

temporal que (...) "puede acomodarse o subsumirse en la figura del art. 15.1.a) ET, constituyendo 'servicio determinado' la enseñanza religiosa para cada año escolar, causa esta de temporalidad incorporada *ex lege* a la relación concurriendo al finalizar cada año escolar la causa de extinción del art. 49.1.c) ET, por expiración del tiempo convenido para la realización del servicio. Cierto que ello se refiere a una actividad en principio permanente de la Administración educativa, que se reitera todos los años escolares, mas si hubiera duda sobre la aplicabilidad de estos arts. 15.1.a) y 49.1.c) del repetido ET, cabía entender, en tal caso, que el contrato incluye por imperativo legal como causa de extinción el fin de cada año escolar, lo que es válido y produce efectos extintivos a tenor del art. 49.1. b) ET, por no constituir abuso de derecho manifiesto por parte de la Administración, sino acomodación a la previsión del acuerdo internacional referido. Ello no supone crear un grupo de trabajadores docentes en situación desigual o discriminatoria, pues su régimen no es comparable al resto, dada la diversidad de actividad a la que se dedican y el especial origen normativo de la diferencia, lo que encuentra justificación constitucional en el art. 16.3 de la Constitución Española, amén de que se puede considerar su situación semejante a la de otros trabajadores docentes temporales, a los que también son de aplicación los citados arts. 15 y 49 ET, como razonó esta Sala en su Sentencia 3002/1996. Tal consideración de temporalidad no se altera por lo previsto en la Orden de 11 de octubre de 1982, sobre que [el] nombramiento tendrá carácter anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contrario del Ordinario antes del comienzo del curso, o salvo que la Administración considere necesaria la cancelación por razones académicas y de disciplina, pues la revocación no es sino fruto de la reiteración de los presupuestos para una nueva relación de servicios 'para el año escolar', conforme al sentido del Acuerdo citado, el cual no puede ser modificado por norma reglamentaria, facilitándose la actividad con vías o medios automáticos de contratación de condiciones para un nuevo empleo de naturaleza temporal" (...)

3. Como muy discutible, al menos, hay que valorar la doctrina de la Sala, y la jurisprudencia social coincidente, sobre el carácter necesariamente temporal de la relación de los profesores de religión con las Administraciones Públicas, sea cual sea el número de años continuados que presten servicios para las mismas. La jurisprudencia es, sin embargo, clara y rotunda, por lo que, partiendo de su conocimiento, sólo cabe lamentar que una situación moralmente rechazable no haya servido de estímulo suficiente para forzar una interpretación distinta del ordenamiento legal aplicable al caso, seguramente posible.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

a) Familiares

La relación familiar no elude la calificación como laboral de la relación pero exige un plus probatorio para destruir la presunción existente sobre las mismas tendentes a la

consideración como no laboral de dichas relaciones. En uno de los pronunciamientos que se comentan en este apartado, el Tribunal estima que no ha quedado convenientemente destruida dicha presunción (STSJ de Andalucía) mientras que en las tres sentencias restantes (TSJ de Canarias, TSJ del País Vasco y TSJ de La Rioja) la relación familiar no consigue quebrar los presupuestos sustantivos acreditados en el juicio correspondiente. Curiosamente tres de los pronunciamientos tienen una reclamación común, la prestación por desempleo.

– **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2000,** I.L. J 2483 (recurso 1063/1998).

1. El supuesto de hecho de que parte la sentencia comentada tiene su origen en la demanda presentada por la actora, Dña. Noelia V.V., contra el Instituto Nacional de Empleo (INEM) al serle denegado el derecho a la prestación por desempleo. Constan como hechos probados que en el año 1996 la actora fue contratada para prestar sus servicios como ayudante de dependienta en el centro de "Hermanos Valerón Hernández, SL", sociedad de la que su padre era socio con una participación de un 33 por ciento del capital social y con la condición de administrador mancomunado. Asimismo, se acredita la convivencia de la actora con su padre, madre y hermana.

2. La sentencia trata de determinar a la vista de estas circunstancias la existencia de relación laboral con el fin de poder proceder al reconocimiento del derecho de la prestación por desempleo. Para ello se recurre a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de fraude, de trabajo familiar y de trabajo en sociedades en cuyo capital también se participa como socio. Respecto al tema del fraude se entiende que éste nunca se presume, y que el INEM no lo ha acreditado de ninguna manera; en cuanto a la posible exclusión de la relación laboral por ser subsumible el supuesto en la exclusión contenida en el art. 1.3.e) ET de los trabajos familiares, se afirma que el dato de la convivencia no es relevante una vez acreditada en la sentencia recurrida la existencia de una real y efectiva prestación de servicios como trabajador por cuenta ajena. Finalmente, refiriéndose a la última cuestión se entiende en primer lugar que la posesión por el padre de la actora del 33 por ciento del capital social no presupone el control directo y efectivo de la sociedad , y que en todo caso a quien se le exigiría sería a la actora y no a uno de sus familiares. Por todo ello la sentencia examinada termina afirmando la existencia de relación laboral.

3. El problema aquí surge de la existencia de una sociedad con personalidad jurídica propia y por lo tanto con capacidad para ser empleador. Esa personalidad es diferente a la de sus socios. La sociedad no puede ser familiar de uno de sus trabajadores, lo que limita bastante la exclusión contenida en el art. 1.3.e) ET y puede invitar al fraude. Una vía para demostrar la existencia de tal fraude es probar que la voluntad de esta entidad jurídica está controlada por uno de sus socios, que además es familiar de la persona contratada. Sin embargo, aún en este caso se debería destruir la presunción contenida en el mencionado art. 1.3.e) ET, como en el supuesto concreto, a través de la existencia probada de una efectiva prestación de servicios en régimen de cuenta ajena.

– **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de octubre de 2000,** I.L. J 2852 (recurso 663/2000).

1. El actor ha cotizado desde 1994 a 1996 para una sociedad familiar denominada "Puertopetrol, SL" y luego, desde marzo a mayo de 1998, para otra sociedad distinta. "Puertopetrol, SL" fue constituida por el demandante, sus cuatro hermanos y su padre, aportando el actor 190.000 pesetas cada uno de sus tres hermanos 100.000 y su padre 10.000 pesetas. Fue nombrada administradora una hermana del actor. En la fecha de la constitución de la sociedad existía convivencia del actor en el mismo domicilio con su padre y su hermana, que duró hasta que cesó en "Puertopetrol, SL". Un año después de cesar en el último empleo el actor vivía en otro domicilio en la misma localidad. El INEM niega el derecho a la prestación de desempleo porque en el tiempo de ocupación cotizada en los últimos 6 años, había cotizaciones que no podían computarse, no alcanzando por tanto el mínimo de 360 días cotizados.

2. En el recurso se cita el art. 7.2 LGSS, y con base en esa mera cita se decide negativamente el recurso, por entender que, si el actor ha cotizado dos años para "Puertopetrol, SL", siendo ésta una sociedad enteramente familiar, siendo sus socios el padre y los hermanos del actor y él mismo, sin que se acredite que prestara servicios efectivos, ni que percibiera la correspondiente prestación. Por ello, se estima que faltan las notas definitorias del art. 1.1 ET, lo que significa que no se ha destruido la presunción de no laboralidad que se contiene en el art. 7.2 LGSS, y ello, a su vez, lleva a que se concluya que no acredita las cotizaciones exigidas en el art. 210 LGSS, de 360 días como mínimo.

3. El panorama que se deja expresado parece un típico ejemplo de trabajo familiar, en el que falta la ajenidad, si es que no falta la propia actividad laboral. Queda excluida del ámbito del ET [art. 1.2.e)] la actividad que se califica como trabajo familiar, a menos que se demuestre la condición de asalariado de quien la lleva a cabo. La consideración de familiar, a esos efectos, requiere la condición de la convivencia con el empresario. Ahora bien, este precepto parece o puede parecer, más bien, como un remedio frente a los intentos de elusión de la obligación de cotizar, que como un medio de supresión de prestaciones por desempleo, u otras. Si se ha cotizado, si no se ha hurtado la obligación de colaborar en el cumplimiento de las cargas económico-profesionales, y la TGSS no ha obstado a su cobro, parece que la presunción debería cambiarse a favor de la laboralidad, y negar la eficacia de la cotización sólo cuando se probase la falta de ajenidad. Pues ocurre al contrario. El art. 7.2 LGSS presume que no es trabajador quien es familiar, convive con el empresario y está a su cargo. La ajenidad debería tener que presumirse por quien ha aceptado la existencia de las cotizaciones, las ha utilizado durante años y no ha puesto pegas a que procedieran de los correspondientes salarios. En la STS de 10 de diciembre de 1997, seguida por la de 29 de mayo de 2000, se dice que la presunción del art. 7.2 LGSS no opera cuando el empresario es una persona jurídica con lo que es legalmente imposible una relación de parentesco. Para poder aplicar esta presunción en estos supuestos sería necesario resolver sobre lo que ha venido en llamarse doctrina del levantamiento del velo y analizar las relaciones económicas efectivas que subyacen bajo la fórmula societaria. Es una presunción *iuris tantum*, que se destruye por la práctica de prueba en contrario, como se ha dicho en

las SSTS de 25 de noviembre de 1997, 14 de junio y 19 de octubre de 1994 y SSTC 79/1991 y 2/1992. Como la esposa del actor tenía una participación del 35 por ciento, que no alcanza por tanto el 50 por ciento, hoy establecido, para entender que tiene el control de la sociedad. No existe dato alguno del que pueda estimarse que viva a costa de su esposa. Trayendo esa doctrina al caso ahora en estudio puede verse que la dependencia económica no se ha de presumir respecto de los hermanos, viviendo en el domicilio paterno, ni tampoco respecto del padre porque fue quien aportó sólo 10.000 al patrimonio social, mientras que el demandante colaboró con 190.000 pts. a dicho patrimonio, rondando, pero sin llegar, al 50 por ciento del capital social. No existen indicios de que el actor dependiera del padre, en cuanto ello se encuentre en el grado de relevancia de las aportaciones o dirección social de éste en la sociedad de que se trata, pues la administradora era una hermana, sin que el padre tuviera cargo social alguno. Cosa distinta podría ser el argumento relativo a que el actor era socio relevante o con poder decisivo de la sociedad, pero esa causa de denegación no se ha alegado. Pero para ese supuesto podría ser de aplicación la STS de 19 de abril de 2000.

– **STSJ del País Vasco de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 2942 (recurso 1881/2000).

1. En este caso el actor y la sociedad para la que trabaja presentan demanda común contra la decisión adoptada por la TGSS de darle de baja en el RGSS y de alta en el RETA, por considerar que no existe relación laboral al ser el demandante hijo del titular del 90 por ciento del capital social de la sociedad demandante. Ante tales circunstancias la sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve al organismo demandado.

2. En la sentencia objeto de comentario se analiza el contenido del art. 1.3.e) ET como presunción de que quien convive con un familiar directo y trabaja en la empresa del mismo no tiene una relación laboral por cuenta ajena. Sin embargo, se entiende que tal presunción puede desvirtuarse mediante prueba en contrario de la efectiva voluntad de las partes de crear un vínculo laboral como es el caso, en el que el demandante fue contratado como aprendiz, cumpliendo todos los requisitos exigidos para este tipo de contratación. Por otra parte, el ponente destaca, que la propia TGSS admite la existencia de tal contrato hasta determinada fecha, y resulta incoherente un cambio sobrevenido de la calificación de esta relación. Otra cuestión es resuelta en los fundamentos de derecho, se analiza la posible aplicación de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, que declara obligatoria la inclusión en el RETA, entre otros, de quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista sobre la que ejerza el control efectivo por sí solo o junto a otros miembros de su familia, y señala el ponente, que aunque éste es el caso del padre del demandante, no es la del propio actor, por lo que no resulta de recibo la aplicación de tal disposición. La razón de ser de esta presunción no es más que la de evitar el fraude, que se encubra el control efectivo de una sociedad a través del reparto del capital entre distintos miembros de una misma familia. Pero no es ése el caso, por lo que se estima el recurso de suplicación atendiendo la petición de los demandantes.

3. Se trata una vez más de un supuesto en el que el elemento sustantivo de la ajenidad de la relación laboral se pone en entredicho. En una primera aproximación, se está ante una relación laboral entre un trabajador y una sociedad con personalidad propia, lo que en

principio no traería mayor problema si no fuera porque el capital social de la misma se encuentra, en gran porcentaje, en manos del padre de este trabajador, con quien además convive. El control efectivo de la sociedad por el padre del aquí demandante hace que la voluntad de la sociedad y de él mismo se acerquen, y por otro lado, el hecho de que ambos convivan nos aleja de la idea de ajenidad de los frutos del trabajo del contratado. Pero, el concepto de control efectivo directo o indirecto se aplica a supuestos distintos al que nos ocupa, y la presunción de no laboralidad del art. 1.3.e) ET, bien queda desvirtuada por lo más arriba expuesto.

– **STSJ de la Rioja de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3228 (recurso 305/2000).

1. Se resuelve aquí el recurso contra una sentencia que desestima la reclamación de prestaciones por desempleo presentada por la actora contra el INEM, organismo que desestimó la solicitud de tales prestaciones entendiendo que faltaba la nota fundamental de la ajenidad en la prestación de servicios con la empresa dirigida por la familia de la solicitante.

2. Con el fin de llegar a una conclusión sobre la existencia o no de relación laboral en este supuesto, el ponente atiende a la jurisprudencia del TS en esta materia, en concreto a la contenida en la STS de 18 de marzo de 1998 (dictada en casación para unificación de doctrina, recurso 2361/1997) y a las SSTC 79/1991 y 2/1992, y considera que los servicios prestados por la actora lo fueron como trabajadora por cuenta ajena pues la empleadora era una sociedad de responsabilidad limitada con personalidad jurídica propia en la que ella no tenía ninguna participación social, además, no existía convivencia con los miembros de su familia quienes sí tenían el control efectivo de la sociedad. Por otro lado, la posible existencia de fraude no ha quedado acreditada, y no cabe presumirla por la mera relación de parentesco con los socios de la entidad. Otra cuestión que se resuelve es la posible contratación fraudulenta de la actora, pues existía un primer contrato con la sociedad de su familia, que dio por finalizado voluntariamente, y un segundo contrato eventual que cesó por voluntad de la empresa dos meses después generando la situación legal de desempleo. Tras analizar el concepto de fraude que se maneja por la jurisprudencia, se concluye que en este caso no consta como probada la voluntad de la trabajadora de ser contratada eventualmente con la finalidad distinta de obtener una prestación por desempleo, por lo que analizadas todas estas cuestiones se declara el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo.

3. Se muestra aquí cómo la ausencia de convivencia es un dato a tener en cuenta a la hora de manejar la exclusión del ámbito laboral de la prestación de servicios para sociedades controladas por parientes. Además, se manifiesta una vez más que el dato de que la familia de una persona que presta servicios para una sociedad, tenga el control efectivo de la misma, no tiene por qué afectar a su relación en régimen de ajenidad. Resulta también importante resaltar la idea de que el fraude en este tipo de relaciones no es una presunción sino que ha de quedar probado por parte de quien lo alega, constatando la voluntad de utilizar una norma o un negocio jurídico con una finalidad distinta a aquella por la que fueron creados.

B) Inclusiones por asimilación

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

La inclusión en el RGSS o en el RETA de una trabajadora perteneciente a una sociedad laboral y de dos trabajadoras que participan en una sociedad cada una de ellas con un tercio del capital social de la misma son el objeto de consideración de las sentencias que se analizan en este apartado.

– **STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2558 (recurso 1166/2000).

1. El supuesto se desarrolla en el ámbito de una sociedad laboral. Mª Josefa B.L. es titular de un determinado porcentaje de acciones "no laborales" de dicha sociedad, si bien más tarde es contratada por la misma, acogiéndose a las medidas de fomento de empleo del RD 3239/1983, de 28 de diciembre, para prestar servicios con la categoría de Jefe de 2ª. Se le da de alta en el RGSS, y años más tarde sufre un accidente de trabajo consecuencia del cual se le da de baja durante un mes. Un año más tarde sufre un nuevo accidente que despierta las secuelas del anterior por lo que pide la baja a Mutua Cyclops, que en esta ocasión se la deniega al entender que la solicitante no reúne los requisitos de una trabajadora por cuenta ajena. Ante tal decisión Mª Josefa presenta demanda contra la Mutua, el INSS, la TGSS y la propia sociedad laboral, solicitando el reconocimiento de su derecho. Finalmente la sentencia recurrida por la Mutua, reconoce la correcta inclusión de la trabajadora en el RGSS.

2. La sentencia aquí examinada revoca la de instancia y entiende que Mª Josefa debe estar incluida en el RETA, por lo que su accidente no puede considerarse como de naturaleza laboral. Y llega a tal conclusión teniendo en cuenta que en la fecha en que tuvo lugar el segundo accidente, entre el esposo e hijos de la demandante sumaban más del cincuenta por ciento de las acciones "laborales" y la actora poseía 750 acciones "no laborales", con lo que atendiendo al art. 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales modificado por la Ley 40/1998, de 30 de diciembre, deben estar incluidos en el RETA.

3. Se trata ésta, de una sentencia poco clara, donde los hechos no aparecen lo suficientemente detallados como para valorarla adecuadamente. Se abren distintos frentes que necesitarían mayor espacio para ser abordados. En primer lugar, se está tratando la polémica materia del encuadramiento de los socios trabajadores de las sociedades laborales en la Seguridad Social (por todos *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., "Algunas reflexiones sobre el controvertido encuadramiento en la Seguridad Social de los socios de Sociedades Laborales", *Tribuna Social*, núm. 97, 1999, págs. 9 a 20), cuya evolución no lleva a soluciones claras ni a la doctrina ni a la jurisprudencia, si bien parece que la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, introduce ciertos criterios aparentemente clarificadores. No obstante, habría que acudir al sentido último de la constitución de sociedades laborales, en base al art. 129.2 CE, que contiene el mandato a los poderes públicos de fomento del acceso de los trabajadores a los medios de producción, si tal acceso supone la exclusión de las ventajas obtenidas por el resto de los trabajadores por cuenta ajena, aquella función de fomento se verá seriamente perjudicada. Todo ello debe conducir a lograr el delicado equilibrio entre fomento de la participación y protección frente al fraude.

– **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J. 2940 (recurso 1957/2000).

1. Cada una de las dos actoras suscribe un tercio del capital social, siendo designado administrador único el socio tercero. Las dos socias conciertan contratos de trabajo por tiempo indefinido con la sociedad en 1 de julio de 1997, en cuya fecha se cursó alta en el RGSS. El 14 de octubre de 1999 el socio vendió sus participaciones a las actoras que las suscribieron por mitad. El 1 de noviembre de 1999 solicitaron la inclusión en el RETA. Se resuelve en el sentido de incluirlas en el RETA con efectos desde 1 de enero de 1998, siendo baja el día anterior en el RGSS. La empresa no tenía otros trabajadores por cuenta ajena.

2. En la sentencia se subraya que la dos socias inicialmente prestaron su actividad a la sociedad de la que fueron partícipes al 33,33 por ciento, y se estima que el problema del régimen en el que debía producirse el encuadramiento deriva del contenido de la DA Vigésima Séptima LGSS, según la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (art. 34.2). De ello deriva que se constate que el fin de la norma es que se incluya en el REA a todos los que posean el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad, al tiempo que se establece una presunción de dominio o control efectivo. Esa presunción es *iuris tantum*. La prueba concurre cuando se demuestra que las participaciones sociales se hallan divididas a partes iguales entre tres socios, sin que conste tengan más relación que la de ser copartícipes de la sociedad limitada, y que la administración social ha sido asignada al socio tercero, pues en ese caso la participación de cada socia carece de los requisitos necesarios para ostentar el control efectivo de la sociedad, porque el voto de cada una de las demandantes, por sí solo, nunca será decisivo.

3. Esta doctrina es la correcta desde la perspectiva del contenido de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre. Es decir, el socio minoritario que trabaja para la sociedad, sin tener tampoco control efectivo indirecto de la misma, debe ser encuadrado en el RGSS. Esa doctrina se afirma en la STS de 15 de junio de 2000, siguiendo otras anteriores, como la de 29 de enero de 1997, al afirmar que el Administrador socio titular de una participación inferior al 50 por ciento en el capital social de la empresa debe de figurar encuadrado en el RGSS. Se ha reiterado en las SS de 18 de febrero de 1997 y 26 de enero de 1998, con su correspondiente consecuencia de que si tales Administradores lo son de su propia empresa, lo que se produce cuando detentan el 50 por ciento o más de su capital social, deberán en tal caso figurar en el RETA, según se dice en las SSTS de 30 de enero de 1997, 20 de marzo de 1997, 5 de febrero de 1998 y 7 de julio de 1999. Con todo, se ha de observar que ese régimen normativo, la reforma de la Ley 50/1998, no parece aplicable al tiempo de retroacción que pretende la TGSS, esto es, al 1 de enero de 1998, pues en esa fecha estaba vigente la redacción dada al art. 97.2.a) LGSS por la Ley 60/1997, de 30 de diciembre, en su DA 43.2, y en ella no se trataba de los socios trabajadores de sociedades mercantiles, antes bien, ni siquiera se les mencionaba, haciéndose referencia en dicho apartado, tan sólo, del personal de alta dirección. Por ello la jurisprudencia había llegado a la conclusión de que los meros socios de sociedades mercantiles no eran encua-

drables ni en el RGSS ni en el RETA. En la STS de 14 de abril de 1997, se cita las de 6 y 12 de junio de 1996, y 24 de enero y 14 de marzo de 1997, y con remisión a esta última se dice que la relación que vincula a los órganos de administración con la sociedad de capital no es de carácter laboral pues, a tenor del artículo 1.3.c) ET, está excluida incluso de la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.a) ET y regulada en el Real Decreto 1382/1985, por lo que esta relación es de naturaleza estrictamente mercantil.

La doctrina que se había construido venía a decir lo siguiente: la actividad y cargo desempeñados por los actores, no puede comprenderse dentro del concepto de trabajador por cuenta propia del artículo 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, pues no realiza una tarea personal y directa de carácter económico a título lucrativo, ya que su cometido lo es por cuenta de la Sociedad. Tampoco es aplicable la presunción *iuris tantum* del núm. 3 del artículo 2 citado a favor de quienes ostentan "la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario usufructuario o otro concepto análogo", pues los actores tienen acciones, cada uno de ellos, en la cuarta parte del capital social, por lo que su participación en la sociedad no es decisiva para fijar la orientación de la voluntad social. Al no ser los actores trabajadores autónomos ni estar comprendido en el apartado c) del artículo 3 del Decreto 2530/1970, es claro que están excluidos del campo de aplicación del RETA. Si la inclusión en el RETA es claramente improcedente, mucha mayor dificultad ofrece determinar si procede o no la inclusión en el RGSS. Esa doctrina hubiera sido la aplicable a las actoras en cuanto socias, pero en cuanto trabajadoras para la sociedad, es claro que debían ser encuadradas en el RGSS.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

De nuevo es la prestación por desempleo la excusa para valorar la existencia o no de la relación laboral. En el supuesto que se recoge a continuación la presencia de una trabajadora que además de ser administradora realiza una prestación para la empresa motiva la concesión de la prestación de Seguridad Social solicitada.

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

1. La actora era administradora solidaria de la sociedad empresarial y representó a ésta en su propio contrato de trabajo, firmando por ambas partes, en 1993, siendo otras dos personas administradores solidarios, entre ellos su esposo. Entre las funciones de éstos están las de contratar y despedir empleados. Se comprometió a prestar sus servicios como directora. En el intento de conciliación en el SEMAC representó a la sociedad otra persona y ésta reconoció la improcedencia del despido y ofreció una indemnización a la actora, dándose por finalizada la relación entre las partes. El INEM deniega a la actora la prestación por desempleo fundándolo en que la actora no tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena.

2. Se estima el derecho de la actora a la prestación porque hay que tener en cuenta: 1° La actora no es accionista de la empresa; 2° la actora no es administradora única, sino soli-

daria junto con otras dos personas; 3° viene percibiendo un salario, cotizando por él y realizando una actividad como encargada del centro de trabajo, y 4° su situación se mantiene durante cuatro años y medio. De ello deriva que la actora es administradora y encargada o directora de la tienda, constituyendo con la última actividad una relación laboral común. La jurisprudencia del TS expresa que los administradores solidarios que realicen actividades propias de una relación laboral común no se pueden igualar a la relación de los administradores únicos cuya relación es mercantil. Si es posible compatibilizar las condiciones de socio y órgano societario con la de trabajador, también se puede concluir que es posible compatibilizar las condiciones de cargo societario con la actividad derivada de un contrato común de trabajo.

3. Es de observar que el problema que se presenta en el presente supuesto es el de la existencia o no de la ajenidad. Si la actora es administradora solidaria, con capacidad de plena decisión, entonces no trabajará para otro, mientras que si el cargo de administradora se estima como funcional, siendo lo relevante la titularidad y, entonces, como la actora no tiene ninguna participación en el patrimonio social, la relación de actividad no será consigo misma. En la jurisprudencia se constatan, entre otras, las recientes SSTS de 10 de abril de 2000 y 30 de mayo de 2000, con cita de la Sentencia de 14 de octube de 1998, en la que se dice que en el marco de las sociedades mercantiles capitalistas es plenamente compatible la condición de socio con la de trabajador por cuenta ajena de la sociedad, salvo que se supere el porcentaje que, según las Sentencias de 29 de enero de 1997 y otras, determina la pérdida de la ajenidad. El art. 34 de la Ley 50/1998 vino a rectificar de nuevo el régimen aplicable a administradores sociales, en el sentido de corregir los apartados a) y k) del art. 97.2 LGSS, para considerar entre los trabajadores incluibles en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma. En el presente caso no es titular de la cuarta parte del capital social ni se dice que por vía de parentesco tenga el control del capital social, por lo que es aplicable la asimilación a trabajador. Ahora bien esta asimilación se ha hecho en el art. 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, con exclusión de los beneficios propios de la protección por desempleo. En definitiva, la solución del TSJ de Canarias es válida y se anticipa al texto de la citada Ley 5/1998, lo que no quiere decir que, después de ella, la actora no hubiera tenido el mismo trato, pues la exclusión de la prestación por desempleo hubiera sido de aplicación en caso de ser sólo administradora. La protección por desempleo la tiene por haber trabajado como directora del negocio de la boutique, sin que le prive de ella el hecho de haber compatibilizado esa actividad con la de administradora de la sociedad empresarial.

C) Exclusiones

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

De las dos sentencias comentadas en este apartado, tan sólo una de ellas resulta de interés siendo la otra un pronunciamiento del Tribunal Supremo en unificación de doctrina en el que, por cuestiones estrictamente procesales, no entra en el fondo del asunto. A diferencia de ésta, la STSJ de Andalucía considera la oportunidad de conceder la prestación por desempleo a quien, siendo inicialmente trabajador por cuenta ajena, solicita dicha prestación y con posterioridad decide darse de alta en el RETA. El rechazo del Tribunal de dicha prestación merece un comentario como el que se desarrolla a continuación.

– **STS de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 2800 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1412/2000).

1. Se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que declaró la existencia de relación laboral entre la empresa recurrente y los trabajadores demandados, confirmando de este modo el fallo de instancia desestimatorio de la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa dictada por la TGSS en la que se daba de alta de oficio en el Régimen General a los citados trabajadores. Se aportan como sentencias de contraste dos pronunciamientos del mismo Tribunal en relación con iguales partes, en los que, ante idénticos hechos, y en un marco de enjuiciamiento de acciones de despido y extinción contractual por voluntad del trabajador, afirman que no ha llegado a existir vínculo laboral.

2. La determinación de la obligatoriedad de dación de alta y de afiliación de unos trabajadores en el RG pasa por dilucidar, como cuestión previa, si entre dichos empleados y la empresa existía o no una relación laboral. Existiendo ya sentencias firmes en procedimientos distintos en los que se declara su inexistencia, el Tribunal afirma estar condicionado por el efecto positivo de cosa juzgada, sin importar que no hubiera sido planteada en suplicación, dado que entonces no había recaído todavía el primer pronunciamiento. Sólo de esta forma se evita el quebranto de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) que la emisión de dos resoluciones judiciales de contenido opuesto y contradictorio llevaría consigo, acudiendo así al principio general del Derecho *de non bis in idem*. Por todo lo cual se estima el recurso, entendiendo que la cuestión quedó zanjada definitivamente en las sentencias de contraste, donde se proclamó que los trabajadores aquí demandados no llegaron a vincularse laboralmente a la empresa. La revocación de la sentencia supone dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada.

3. Estamos ante una sentencia de contenido eminentemente procesal, puesto que la cuestión de fondo, la existencia o no de relación laboral, no se dirime tomando en consideración las específicas circunstancias de las prestaciones de servicios, sino sopesando si hay que apreciar el efecto de cosa juzgada. En este sentido, es de notar el que se rechace una interpretación rígida del concepto de "cuestión nueva", para imponer una solución que conforme a la STC 161/1996, aquí también traída a colación, consagra el deber de los tri-

bunales de conocer sus propios pronunciamientos, quedando consiguientemente vinculados por sus resoluciones anteriores. Por todo lo cual, el fallo y, sobre todo, la sólida argumentación jurídica de la sentencia merecen una valoración muy positiva.

– **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2974 (recurso 1740/2000).

1. El recurrente venía prestando servicios laborales como conductor para el propietario de un taxi. El 5 de febrero de 1999 obtuvo una licencia municipal interurbana de taxi y cuatro días después fue despedido por su empleador. Presentada demanda frente al despido, se celebró la pertinente conciliación ante el órgano administrativo competente en la que empleador y trabajador alcanzaron un acuerdo a través del cual el primero reconoció el carácter improcedente del despido y puso a disposición del demandante la indemnización correspondiente. Apenas siete días después, el actor solicitó la prestación de desempleo y, posteriormente, procedió a darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y a la compra de un vehículo para desarrollar su actividad por cuenta propia. La prestación de desempleo fue denegada justificándose dicha decisión en la circunstancia de que el interesado no se encontraba en ninguno de los supuestos que dan derecho a la protección por desempleo. Ante esta negativa, el actor presentó demanda por desempleo que fue desestimada por el Juzgado de lo Social a través de sentencia que, a su vez, se recurre en suplicación.

2. El Tribunal Superior de Justicia desestima también el recurso presentado por el actor. En primer lugar, se rechaza la revisión de los hechos probados a través de la cual el recurrente pretende demostrar que la fecha de notificación de la adjudicación de la licencia de taxi es posterior a la fecha de despido. Estima el Tribunal que la revisión solicitada no procede advirtiendo, además, que "una cosa es la notificación formal del Acuerdo del Ayuntamiento al respecto y otra distinta la fecha en que realmente se tuvo conocimiento de su contenido". Sobre el fondo del asunto, la sentencia afirma que "a partir de la resolución del correspondiente Ayuntamiento autorizando la transferencia de la licencia o, como es el caso, otorgándole nueva licencia al solicitante de las prestaciones por desempleo, el mismo no se encuentra ya en tal situación al ser, a partir de ese momento, titular de una licencia municipal de taxi que le coloca en disposición de realizar por cuenta propia la misma actividad que hasta entonces ha venido realizando por cuenta ajena".

3. La extinción del contrato de trabajo por despido improcedente está recogida en el art. 208.1.c) de la Ley General de Seguridad Social como uno de los supuestos de situación legal de desempleo que habilitan para acceder a la correspondiente prestación. Para ello, la calificación de improcedencia debe producirse a través de conciliación administrativa, conciliación judicial o sentencia judicial firme. En cualquiera de estos casos, el interesado puede acceder, siempre que acredite el cumplimiento del resto de los requisitos exigidos legalmente, a la correspondiente prestación por desempleo. La circunstancia de que, con posterioridad, el beneficiario de la prestación desempeñe una actividad por

cuenta propia sólo determina, como ha señalado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la suspensión de la prestación, que se reanudará una vez finalizada la actividad por cuenta propia (SSTS de 18 de marzo de 1998, de 24 de junio de 1998 y de 21 de septiembre de 1999). La sucesión temporal de los hechos acaecidos en el litigio resuelto por la STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de diciembre de 2000, podría conducir a aceptar la validez de esta solución: el interesado fue despedido el 9 de febrero y este despido fue declarado improcedente en conciliación el día 25 del mismo mes, de forma que, cuando el 2 de marzo solicitó la prestación, se encontraba en situación legal de desempleo. El inicio de una actividad por cuenta propia días después de presentar la solicitud sólo habría generado la suspensión de la correspondiente prestación. Sin embargo, en el supuesto litigioso concurre una circunstancia que impide aplicar íntegramente esta doctrina: el interesado había obtenido con anterioridad al despido una licencia que le permitía ejercer un trabajo por cuenta propia, un trabajo que, además, se corresponde con la profesión habitual del trabajador. El problema no es, por tanto, el de si el solicitante de la prestación se encuentra o no en situación legal de desempleo sino el de si concurren los requisitos o elementos que configuran la situación protegida por la prestación de desempleo. Conforme al art. 203 LGSS, el sujeto protegido debe tener capacidad para trabajar y, lo que ahora más interesa, voluntad de trabajo. Pues bien, la adjudicación de una licencia de autotaxi que permite a su titular ejercer por cuenta propia la misma actividad que venía desempeñando por cuenta ajena impide apreciar la existencia de voluntad de trabajo que exige el mencionado art. 203 LGSS de la misma forma que produce idéntico efecto el rechazo de una oferta de colocación adecuada.

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) Determinación: profesores de religión y moral católica en colegios públicos de enseñanza primaria. B) Comunidad de bienes: ha de demandarse a todos los componentes de aquélla. **3. Grupo de empresas.** A) Noción: elementos configuradores. B) Competencia desleal y grupo de empresas. C) Elementos requeridos para apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo. D) Despido objetivo en los casos de existencia de grupo de empresas. **4. Contratas.** A) Delimitación. a) Diferencia con la cesión ilegal. b) La expresión "contrata" del art. 42 del ET comprende también negocios jurídicos públicos. B) La duración de una contrata puede limitar la vigencia de un contrato de obra o servicio determinado. C) Responsabilidad. a) Mejoras voluntarias de prestaciones. b) Salarios de tramitación. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Alcance de la falta temporal de autorización administrativa. B) La responsabilidad solidaria del artículo 16 de la Ley 14/1994 no comprende los salarios de tramitación. **6. Cesión ilegal de trabajadores.** A) Delimitación. a) Diferencia con la contrata. b) Falta temporal de autorización administrativa de una ETT. B) La cesión de trabajadores sólo puede efectuarse a través de ETT. **7. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. a) Delimitación: elementos subjetivo y objetivo. b) Un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. c) Transmisión de licencia y vehículo taxi. d) Sucesión de contratas. B) Existe sucesión aunque el contrato de cesión establezca que se adquiere la explotación libre de personal. C) Aplicación de convenio colectivo: la empresa cesionaria puede aplicar al nuevo personal que contrate su propio convenio colectivo y al personal subrogado el suyo hasta su pérdida de vigencia. D) Es necesario que los contratos de trabajo continúen en vigor.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal de Justicia des la Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores

de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265) que afectan a materia relativa a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones, Empresas de Trabajo Temporal) así como lo concerniente a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las sentencias del Tribunal Supremo analizadas son casi en su totalidad de la Sala Cuarta, si bien en el supuesto de que la resolución en cuestión no perteneciera a ésta aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, la sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Determinación: profesores de religión y moral católica en colegios públicos de enseñanza primaria

La calificación como laboral de las relaciones de servicios de estos profesores así como la determinación del sujeto que ocupa la posición de empleador en ellas ha sido ya objeto de diversos pronunciamientos y comentarios en estas páginas –*vid.* número 5, apartado III.2.A) y número 6, apartado III.2.A)–. A dichos pronunciamientos se remite la **STS de 29 de noviembre de 2000,** u.d., I.L. J 2629, si bien *obiter dicta*, pues el tema controvertido no es directamente éste sino la duración de la relación en cuestión. Dejamos constancia simplemente de la existencia de esta nueva decisión jurisprudencial que reitera las tesis precedentes sobre el carácter laboral de este tipo de prestación de servicios y de la posición de empleador que en ellas ocupa la correspondiente Administración educativa.

B) Comunidad de bienes: ha de demandarse a todos los componentes de aquélla

La correcta constitución de la relación jurídico-procesal en aquellos supuestos en los que la posición de empresario aparece ocupada por una comunidad de bienes es objeto de estudio en la **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2534. En ella se señala que en tales ocasiones son aplicables las disposiciones contenidas en el Código Civil, "lo que obliga a conformar la relación jurídico-procesal con todos los partícipes, en ausencia de una representación legalmente establecida, y excluye el arbitrio del demandante para accionar contra uno solo de ellos, marginando deliberadamente al otro, sobre la base de una supuesta responsabilidad solidaria legal o pactada". Y ello, entre otras razones, porque:

> "el legislador laboral reputa empresario a la comunidad de bienes perceptora de la prestación de servicios (art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), lo que diluye cualquier duda sobre la necesidad de llevar a juicio sobre responsabilidad empresarial a los componentes de aquélla".

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Noción: elementos configuradores

La **STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2996, resume la doctrina jurisprudencial acerca de los elementos indispensables para que exista un grupo de empresas, concretados en los siguientes: necesidad de que el vínculo entre las empresas reúna ciertas características especiales; funcionamiento integrado o unitario; confusión de plantillas, de patrimonio y unidad de dirección. Precisándose, a continuación, que las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, pues dependen de "la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajo y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresarios".

Pero lo relevante, más que los términos de la doctrina ya conocida sobre la noción jurisprudencial del grupo de empresas, es su concreta traslación al supuesto de hecho en cuestión. Desde esta perspectiva, la Sala entenderá que no queda acreditada la existencia de grupo de empresas pese a que los socios fundadores de ambas sociedades sean los mismos y el Administrador único también, pues no consta la gerencia compartida, ni la identidad de actividad ni existe una prestación de trabajo indistinta o común.

B) Competencia desleal y grupo de empresas

La traslación de la doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos necesarios para que pueda predicarse la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo sirve de base a la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 2000,** I.L. J 3140, para fijar la extensión de las obligaciones laborales del trabajador, en particular la que refiere a la prohibición de competencia desleal. De esta forma, razona la sentencia en examen, "si la concurrencia de estos elementos adicionales (los que determinan el nacimiento de la responsabilidad solidaria y a los que nos referiremos en el apartado siguiente) hace extensiva la responsabilidad al grupo, correlativamente, acreditándose (tales elementos), los deberes laborales del trabajador para la empresa formalmente contratante habrán de hacerse extensivos a las empresas que configuran el grupo, y viceversa". Pues:

> "lo que no puede, en suma, es exigirse al trabajador responsabilidad por competir deslealmente no con la empresa contratante sino con otra integrante del grupo en la que aquélla se inserta, sin que paralelamente se afirme la responsabilidad solidaria del grupo respecto de las obligaciones contraídas o que pudieran derivarse de la relación con el trabajador".

Doctrina, a nuestro juicio, discutible, máxime si se aplica a un deber laboral de límites tan difusos como el de no competencia y a un supuesto de hecho tan particular como el de los grupos bancarios. Prueba de ello es la distinta solución a la que llegó el juzgador de instancia, quien, con apoyo en la STS de 22 de marzo de 1991, entendió que bastaba

con que la concurrencia desleal se diese respecto de alguna de las empresas del grupo. Debe tenerse presente que la responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo es una garantía en favor de los trabajadores, de creación jurisprudencial, cuya concurrencia va más allá de la simple existencia del grupo como tal; precisamente es en los casos de funcionamiento "patológico" del grupo en los que, como mecanismo protector de los derechos de los trabajadores, la jurisprudencia ha recurrido a la aplicación de la responsabilidad solidaria. Pero, aceptada la figura y el fenómeno de los grupos de empresas, cuya existencia deriva de intereses más amplios y complejos que los relacionados con cuestiones laborales, no tiene por qué constreñirse la aplicación normal de la legislación laboral a la presencia de esos elementos que originan el juego de la responsabilidad solidaria. Recordemos, por ejemplo, cómo la jurisprudencia viene entendiendo que la aplicación de las causas legitimadoras del despido colectivo han de verificarse en atención a la situación del grupo en su conjunto y no simplemente de la empresa formalmente contratante; no se entiende bien por qué, entonces, la constatación de la diferencia de intereses y los posibles perjuicios económicos que para la empresa pueda representar la conducta desleal del trabajador hayan de ser tenidos en cuenta sólo en los estrechos límites de la actividad concreta ejercida por la empresa que lo contrató.

C) Elementos requeridos para apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo

La **STS de 21 de diciembre de 2000,** u.d., I.L. J 2791, aborda, entre otras cuestiones, la relativa a la determinación de los requisitos necesarios para que pueda afirmarse la responsabilidad solidaria de las distintas empresas que integran un determinado grupo. A tales efectos, se precisa, sistematizando jurisprudencia anterior, que:

> "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales".

Ese *plus* aparece residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

– Funcionamiento unitario.

– Prestaciones de trabajo común.

– Creación de empresas aparentes sin sustento real.

– Confusión de plantillas, de patrimonios.

– Apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

En atención a esta doctrina la Sala concluirá que la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo "carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria".

Idéntica tesis acerca de los factores exigibles para generar la responsabilidad conjunta de las empresas del grupo se recoge en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 2000,** I.L. J 3140, ya citada.

Por su parte, la valoración de los datos fácticos concurrentes llevará a la **STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2000,** I.L. J 2669, a subsumir el supuesto enjuiciado entre los que dan lugar a la extensión de responsabilidad entre las diversas empresas que componen el grupo, pues "la confusión de caja, mediante el abono indistinto de salarios, la expedición indistinta de partes de baja, o la facturación a nombre del grupo" desvirtúan la formal desvinculación entre ellas, evidenciando una abusiva utilización de la diferente personalidad jurídica en perjuicio de los trabajadores.

D) Despido objetivo en los casos de existencia de grupo de empresas

Aunque de manera incidental, la **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 3152, parece acoger la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual en los supuestos de grupo de empresas, la acreditación de la causa económica que legitima el recurso al despido colectivo u objetivo debe realizarse atendiendo a la situación del grupo en su conjunto y no de manera particularizada para cada una de las empresas que lo conforman.

4. CONTRATAS

A) Delimitación

a) Diferencia con la cesión ilegal

La difícil delimitación entre el fenómeno lícito de la contrata y el prohibido de la cesión de mano de obra hace, en palabras de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2933, que "sólo caso a caso se han de obtener conclusiones". En el de autos, la solvencia de las hipotéticas empresas cedentes, con una amplia infraestructura y una auténtica presencia en el mercado laboral sirven de fundamento a la Sala para rechazar la concurrencia de una cesión ilegal de mano de obra.

Sobre el particular, *Vid.* también apartado 6.A).a) de esta crónica.

b) La expresión "contrata" del artículo 42 del ET comprende también negocios jurídicos públicos

La aplicación del art. 42 del ET al campo de los procesos de descentralización productiva llevados a cabo por las Administraciones Públicas ya ha sido objeto de diversos pronunciamientos judiciales. A ellos alude la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3106, manifestando expresamente cómo:

> "la jurisprudencia ha declarado que las expresiones 'contratas o subcontratas' del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, no se refieren solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privada, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídico-pública".

B) La duración de una contrata puede limitar la vigencia de un contrato de obra o servicio determinado

A este tema hemos dedicado ya algunos comentarios en anteriores números de esta revista –número 3, apartado III.4.A) y número 6, apartado III.4.B)–, por lo que nos limitaremos a reseñar los nuevos pronunciamientos que reiteran la doctrina que, tras divergencias iniciales, aparece ya unificada en diversas sentencias del TS. Así, tanto la **STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2000,** I.L. J 3062, como la **STSJ de Valencia de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2881, acogen la tesis según la cual hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración de una contrata se ajusta a lo establecido en el art. 15.1.a) del ET.

C) Responsabilidad

Uno de los problemas más controvertidos en la interpretación del alcance de la responsabilidad solidaria que el art. 42.2 del ET hace recaer en el empresario principal en los supuestos de contratas y subcontratas es el referente al ámbito material de dicha responsabilidad. En particular, la jurisprudencia ha debido afrontar en repetidas ocasiones la cuestión de los concretos conceptos que se comprenden en las expresiones "obligaciones de naturaleza salarial (...) y las referidas a la Seguridad Social" recogidas en el citado precepto. Dos temas han sido especialmente discutidos –uno de ellos con importantes cambios en la doctrina jurisprudencial al respecto–, el que alude a la obligación de pago de las mejoras voluntarias de prestaciones y el concerniente a los llamados salarios de tramitación. A ellos nos referimos a continuación.

a) Mejoras voluntarias de prestaciones

La **STS de 22 de diciembre de 2000,** u.d., I.L. J 2794, sentará la doctrina según la cual:

> "el artículo 42 no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejoras voluntarias de prestaciones".

El conjunto de argumentos que conduce a la Sala a esta conclusión –amén de la reiteración de precedentes decisiones recaídas en unificación de doctrina–, puede resumirse de la siguiente manera:

– Una interpretación del art. 42 del ET según los criterios al efecto establecidos en el Código Civil (gramatical y sistemático, principalmente) permiten, según la Sala, entender que las deudas referidas a la Seguridad Social aludidas en el art. 42.2 del ET son el

pago de las cuotas a que se refiere el párrafo primero del citado precepto. Y ello porque el artículo:

> "está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, (...), prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social".

Argumentos, continúa la sentencia en examen, que se confirman si se tienen presentes los siguientes principios:

– Que existe una autonomía del Derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo;

– Que, de acuerdo con el artículo 1237 del Código Civil, la solidaridad ha de establecerse expresamente;

– Que no existe obligación solidaria de la Seguridad Social de responder en caso de incumplimiento por el empresario de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social;

– Que en materia de prestaciones obligatorias de la Seguridad Social la regulación específica parte del principio de subsidiariedad, por lo que no puede admitirse el de solidaridad.

b) Salarios de tramitación

De nuevo nos encontramos con un pronunciamiento destinado a dilucidar si los salarios de tramitación se encuentran incluidos entre las obligaciones de naturaleza salarial de las que el art. 42.2 del ET hace responsable al empresario principal en los supuestos de contratas de obras y servicios. Como en anteriores ocasiones, la **STS de 26 de diciembre de 2000,** u.d., I.L. J 2798, reitera la tesis jurisprudencial recogida en la STS de 14 de julio de 1998, que –modificando de manera expresa la doctrina anterior–, afirma que:

> "los llamados 'salarios de tramitación' o 'salarios dejados de percibir' son en realidad indemnizaciones por despido, y no contraprestaciones o contrapartidas del trabajo realizado".

Por lo que, a tenor de lo establecido en el artículo 42 del ET, la responsabilidad de su abono no se extiende a la empresa principal.

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Alcance de la falta temporal de autorización administrativa

De conformidad con lo previsto en el art. 43.1 del ET la contratación de trabajadores para ponerlos a disposición de otras empresas sólo puede llevarse a cabo, so pena de incurrir en el fenómeno ilegal de la cesión de mano de obra, a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Tal previsión convierte a la autorización administrativa en elemento de vital importancia a la hora de deslindar entre interposiciones lícitas e ilícitas. A esta cuestión afecta el supuesto planteado a debate en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 3257, donde la Sala realiza una interpretación gradualista de las consecuencias que a tales efectos conlleva la carencia de la correspondiente autorización administrativa. Así, no será lo mismo la falta absoluta de autorización para operar como empresa de trabajo temporal que la carencia de aquélla en un determinado ámbito geográfico pero disfrutando de autorización en otra circunscripción. Razona la sentencia mencionada que:

> "No es equiparable la situación de una empresa que formula solicitud para el inicio de la actividad mediadora, que la de aquella que contando con autorización para operar en un ámbito territorial, inste autorización para la apertura de nuevos centros de trabajo alterando el ámbito geográfico de actuación."

Esta diferente valoración del cumplimiento del requisito autorizatorio hace que en el caso enjuiciado la falta temporal de autorización administrativa "no puede determinar la calificación como cesión ilegal de la actividad mediadora de la empresa, reconduciéndose a mera irregularidad de carácter formal".

B) La responsabilidad solidaria del artículo 16 de la Ley 14/1994 no comprende los salarios de tramitación

La opción a favor de la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación lleva a la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3148, a afirmar que la responsabilidad de su pago no alcanza a la empresa usuaria, pues "la responsabilidad solidaria que establece el art. 16 de la Ley 14/1994 en ningún caso puede comprender conceptos indemnizatorios".

6. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

A) Delimitación

a) Diferencia con la contrata

La **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3106, recoge los criterios sentados por la jurisprudencia para distinguir entre la auténtica contrata y los negocios jurí-

dicos simulados que encubren una interposición ilícita. Desde esta óptica, es apreciable la primera:

> "cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador, añadiéndose a lo anterior que aun siendo la empresa que contrata a los trabajadores una empresa real con actividad y organización propias, también puede darse el fenómeno ilícito de cesión de mano de obra cuando la organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la fuerza de trabajo necesarias para el desarrollo del servicio".

Sobre el particular, *vid.* también apartado 4.A).a) de esta crónica.

b) Falta temporal de autorización administrativa de una ETT

Los efectos de la falta de autorización administrativa para actuar como empresa de trabajo temporal en orden a la calificación de la actividad mediadora de la empresa como cesión ilegal de trabajadores ya han sido comentados en el apartado 5.A) de esta crónica; a él nos remitimos.

B) La cesión de trabajadores sólo puede efectuarse a través de ETT

Dado que el art. 43 del ET establece que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporalmente autorizadas", la no pertenencia de la empresa demandada a esta clase de empresas unido a la constatación fáctica del fenómeno interpositorio, conducen a la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3106, a afirmar que "la cesión efectuada debe considerarse ilícita".

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos del supuesto de hecho

a) Delimitación: elementos subjetivo y objetivo

Los elementos constitutivos del supuesto de hecho recogido en el art. 44 del ET son objeto de análisis en varios pronunciamientos de los recaídos en el período comentado. Así, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2907, haciéndose eco de la doctrina del TS sobre la sucesión de empresa, señalará que son dos los requisitos

integrantes del mencionado supuesto de hecho; a saber, uno, de naturaleza subjetiva, representado por el cambio de titularidad de la empresa "o al menos de elementos significativos del activo de la misma", y otro, de carácter objetivo, constituido "por la entrega de un conjunto total de factores esenciales del activo de la empresa, que constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada".

En la misma línea, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3025, recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual:

> "la permanencia en el empleo que garantiza el invocado art. 44 del Estatuto Laboral, (...), implica para que exista sucesión empresarial, que al lado del cambio subjetivo en la titularidad empresarial, la transmisión tenga como objeto la empresa, entendida en sentido económico-funcional, como conjunto organizado de bienes con finalidad productiva, por lo que el activo transmitido ha de ser esencial o significativo como soporte de la continuidad de la empresa, o de una unidad productiva susceptible de gestión separada, sin que tal unidad pueda identificarse con elementos aislados, ni con el uso del local o sede del establecimiento".

En idéntico sentido, **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3261.

Pero, probablemente, más que la reseña de una doctrina que por reiterada es ya suficientemente conocida lo que interesa es la aplicación que de la misma se hace al supuesto fáctico enjuiciado. En otras palabras, cómo se traduce materialmente la concurrencia de los requisitos conceptuales mencionados. Desde esta perspectiva, la mencionada **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3025, rechazará la existencia de sucesión empresarial por no identificar una unidad productiva en el traspaso de elementos aislados –venta de mobiliario– o en el uso de un local o sede de establecimiento, pese a que el nuevo empresario desarrolle actividades –comercio de mercancías– en parte coincidentes con el anterior.

b) Un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica

La proyección práctica de la tesis jurisprudencial acerca de los elementos integrantes del supuesto del art. 44 del ET adquiere especial relevancia cuando nos encontramos ante sectores productivos donde "los elementos patrimoniales se reducen a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra". Tal es el caso de la actividad de limpieza de edificios y locales, respecto de la cual la **STSJ de Valencia de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3113, recordando sentencias precedentes del TS y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, indicará que en estos supuestos:

> "se entiende que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a efectos de transmisión cuando no existan otros factores de producción", de tal manera que:

> "si el nuevo concesionario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea puede entenderse que dicho empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable".

Y *ex abundantia*, apoyándose ahora en la STJCE de 11 de marzo de 1997, la Sala, tras indicar que "aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios que han de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente una transmisión de empresa", recuerda que la importancia respectiva que debe atribuirse a los tales criterios varía en función de la actividad ejercida, pues:

> "(...) en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos",

dado que:

> "(...) entre las circunstancias que de hecho deben tenerse en cuenta para determinar si se reúnen los requisitos de una transmisión, figura, en particular,(...) el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores".

c) Transmisión de licencia y vehículo taxi

La sentencia que pasamos a comentar –**STS de 14 de febrero de 2001**– aparece recogida en la sección "Jurisprudencia seleccionada" de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, por lo que, probablemente, será objeto de estudio en números posteriores de esta publicación una vez quede incluida en el apartado ordinario de jurisprudencia. Por ello, sólo vamos a destacar en este momento los aspectos más relevantes de la doctrina que en ella se sienta.

Resuelta la premisa de partida de que la explotación del servicio de auto-taxi por el titular de una licencia municipal utilizando como conductor a otra persona, que presta sus servicios remuneradamente, constituye una empresa, la **STS de 14 de febrero de 2001,** aborda directamente la cuestión de si en el caso de autos cabe apreciar el fenómeno de la subrogación empresarial. A tales efectos, la Sala razonará que la venta del vehículo y la licencia a otra persona –"es decir, los dos elementos de trabajo"–, supone la transmisión de una unidad económica de producción y, por tanto, la favorable acogida de la tesis que estima la existencia de sucesión empresarial.

d) Sucesión de contratas

Los supuestos de sucesión de contratas, bien en la forma de negocios jurídicos privados, bien a través de concesiones administrativas, son, con diferencia, los que originan mayores pronunciamientos judiciales en la interpretación del artículo 44 del ET. Una secuencia lógica de la doctrina que sobre el particular se desprende de los publicados en los números analizados puede ser la siguiente:

La premisa de partida se contiene en la **STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 3113, que, citando la STJCE de 11 de marzo de 1997, señalará que "la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva (...)".

Expresado en palabras de la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3146:

> "(...) en los supuestos de sucesión de contratas, no hay transmisión de contratas, sino 'finalización de una contrata y comienzo de otra', formal y jurídicamente distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma".

Y, en referencia a la contrata de servicios públicos, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3261, subrayará que "no hay sucesión de empresa" y que "no se está ante el supuesto de aplicación del art. 44".

La consecuencia lógica de lo anterior será que:

> "(...) la terminación de una contrata para la limpieza de edificios y locales no implica el automático traspaso de los trabajadores a la empresa que asume la nueva contratación. Este resultado no lo impone norma legal alguna, ni en el Derecho interno, ni en el Derecho comunitario. La transferencia sólo tendría lugar si concurren ciertos condicionantes, que enlazan con las características del cambio empresarial, o con lo prevenido en alguna regla especial, por lo común incluida en un pacto colectivo (...) Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además el traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio Colectivo, o al menos el pliego de condiciones aceptado por el nuevo contratista" (STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2000, I.L. J 3219).

O, como argumenta la citada **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3146:

> "(...) para que tenga lugar la subrogación del nuevo contratista la misma habrá de venir impuesta por norma sectorial eficaz que así lo imponga, o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, pues, y en su defecto, sólo podrá (producirse conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET) cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación".

Pero, y de acuerdo con lo recién expuesto, aun en el supuesto de que en atención a la concurrencia de los presupuestos meritados –establecimiento de la sucesión en el convenio colectivo o pliego de condiciones– se produzca la subrogación, sus efectos no parecen tener el mismo alcance que los previstos en el art. 44 del ET, pues como establece la **STSJ de Baleares de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3131:

> "(...) [en] la subrogación que se impone a empresas adjudicatarias por vía de convenio colectivo, como sucede en el sector de limpieza de edificios y locales o de vigilancia y seguridad privada, (...) lo que prima es el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de contratista, no siendo responsable la empresa que se adjudica la contrata de los incumplimientos contractuales o fraudes en la contratación de la anterior o anteriores empresas adjudicatarias", lo que sólo considera factible "en el supuesto previsto en el artículo 44 del ET".

Como caso peculiar hemos de mencionar el contemplado en la **STSJ de Murcia de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3198, donde la nueva adjudicataria del servicio en cuestión es un Centro Especial de Empleo. Debido a tal circunstancia la empresa alega la imposibilidad de contratar a los trabajadores de la anterior contratista por no reunir la condición de minusválidos. La Sala, tras admitir la obligación del Centro Especial de Empleo de pasar por las condiciones fijadas en el concurso público para la adjudicación de los servicios de limpieza y, por tanto, subrogarse en la posición de la anterior concesionaria en relación con los trabajadores, afronta la posible infracción que ello puede suponer respecto de la normativa reguladora de la composición de la plantilla –un determinado porcentaje corresponde obligatoriamente a trabajadores minusválidos– de dichos Centros. La cuestión será resuelta en los siguientes términos:

> "(...) si la recurrente asumió, en virtud de las condiciones de la adjudicación, la subrogación referida, si se ve limitada para la composición de la plantilla del Centro, deberá atender a su responsabilidad y, en su caso, no readmitir a los trabajadores procedentes de la contrata anterior".

B) Existe sucesión aunque el contrato de cesión establezca que se adquiere la explotación libre de personal

Las nulas posibilidades inhibitorias del juego del mecanismo subrogatorio por parte de la autonomía individual quedan reflejadas en la **STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 3061, cuyo supuesto de hecho alude a la cesión de la explotación de un negocio de cafetería haciéndose constar expresamente en el contrato de transmisión que la explotación se adquiría "libre de personal, cargas y deudas si las hubiere". Pese a semejante cláusula, la sentencia citada apreciará la existencia de sucesión de empresa:

> "(...) puesto que dicho pacto individual iría en contra de lo dispuesto legalmente (art. 1255 CC) y se tendría por no puesto a estos efectos, puesto que la continuidad de los contratos de trabajo no forma parte propiamente del objeto de la transmisión de empresa o centro sino que se impone por una disposición legal".

C) Aplicación de convenio colectivo: la empresa cesionaria puede aplicar al nuevo personal que contrate su propio convenio colectivo y al personal subrogado el suyo hasta su pérdida de vigencia

La **SAN de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 3095, afronta, entre otras cuestiones, el problema del orden convencional aplicable en los supuestos de sucesión empresarial. Y lo

hace tanto desde la perspectiva objetiva, ceñida a la determinación del concreto convenio colectivo a aplicar –léase, el propio de la empresa cedente o el correlativo de la cesionaria–, como desde el punto de vista personal, es decir, el del conjunto de trabajadores afectados –bien sólo los que son objeto de subrogación, bien los de nueva incorporación por la empresa cesionaria–. Por lo que al primer aspecto concierne, la decisión judicial citada afirmará que:

> "(...) el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (...) no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador".

Lo que, a juicio de la Sala, no supondría incumplimiento de lo previsto en la Directiva 77/187, puesto que ésta "limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo hasta la entrada en vigor de aplicación de otro convenio colectivo".

Sentado lo anterior, y en relación con la segunda de las perspectivas comentadas, se argumenta que ello no significa que se establezca como una garantía *ad personam* el mantenimiento de las condiciones pactadas, excluyendo automáticamente de la misma a los trabajadores de nuevo ingreso, ya que:

> "(...) si la empresa cesionaria tiene un convenio colectivo diverso al de la cedente, podrá aplicar al nuevo personal su convenio y al personal subrogado el anterior hasta su pérdida de vigencia, pero si se incardina en el mismo ámbito del convenio colectivo, habrá de mantener las condiciones de la cedente hasta la pérdida de vigencia del mismo".

D) Es necesario que los contratos de trabajo continúen en vigor

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2907, recuerda, de manera incidental, la doctrina del TS en el sentido de que:

> "(...) para que opere la garantía que establece el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente".

Jesús Cruz Villalón
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco
Rafael Gómez Gordillo

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación. A) Acceso al empleo: principio de no discriminación. B) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos. **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 correspondientes al último trimestre del año 2000, incluidas en los números 13 a 16 de *Información Laboral-Jurisprudencia*. Entre los diversos pronunciamientos cabe destacar, en unificación de doctrina, las **SSTS de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 2764 y 2767, sobre la imposibilidad de concertar contratos de aprendizaje con diplomados en Ciencias Empresariales para realizar tareas administrativas en Cajas de Ahorro y Entidades Bancarias. Y, en suplicación, la novedosa doctrina de la **STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2000,** I.L. J 3207, que incidiendo en las reformas que fomentan el contrato a tiempo parcial, admite el acceso a la jubilación anticipada a los 64 años en estos contratos, y de la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2864, que contradiciendo la doctrina judicial conocida, considera que cabe acudir al contrato eventual por acumulación de tareas cuando se alega la apertura de nuevo centro de trabajo debido al inicio de una nueva actividad.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

A) Acceso al empleo: principio de no discriminación

Debe destacarse en este período la **STJCE de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 3093, que resuelve ocho cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, en relación con la regulación del acceso a las prácticas jurídicas preparatorias en el Land de Hesse, que da prioridad a los candidatos que hayan prestado un servicio militar o civil, es decir, a los candidatos masculinos. Pues bien, lo cierto es que el Tribunal considera que una previsión en el sentido expuesto revela en sí misma "una discriminación indirecta puesto que, en virtud del Derecho nacional aplicable, las mujeres no están sujetas a la obligación de prestar el servicio militar y, por lo tanto, no pueden acogerse a la prioridad prevista por las mencionadas disposiciones". Sin embargo, aún reconociendo este extremo, se concluye que:

> "la disposición controvertida, que se basa en la consideración del retraso sufrido en los estudios de los candidatos que hayan estado sujetos a la obligación de prestar el servicio militar o civil, presenta un carácter objetivo y está inspirada en la única preocupación de contribuir a compensar los efectos de ese retraso".

En este sentido, dado que se considera que la finalidad de la disposición es la de compensar las desventajas a que se enfrentan exclusivamente los hombres, no cabe considerarla contraria al principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en el acceso al empleo.

B) Período de prueba

Dos interesantes sentencias se refieren al tema del establecimiento del período de prueba. En primer lugar, la **STSJ de Extremadura de 2 de noviembre de 2000,** I.L. J 2658, aborda la cuestión del pacto de prueba acordado por tiempo idéntico al del contrato de trabajo, señalando que, de acuerdo con la doctrina vertida por la STS de 17 de enero de 1985, "no cabe argüir que tal estipulación entrañase abuso de derecho, pues aunque coincidiera la duración del contrato y la del período de prueba pactado, sería perfectamente ajustado a derecho el acto que supondría la posibilidad de resolución por cualquiera de las partes, en cualquier momento en que el período de prueba esté transcurriendo".

De otra parte, la **STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2996, se pronuncia sobre la validez del período de prueba pactado con un trabajador en el segundo contrato firmado con una empresa que, según su planteamiento, formaba parte de un grupo de sociedades al cual ya había quedado vinculado por un contrato anterior con

otra empresa. El trabajador, dada la existencia del grupo, entiende que, la resolución del segundo contrato durante el período de prueba no constituye sino un despido. El Tribunal, sin embargo, aplicando la doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas, considera que:

> "No consta la comunicación y gerencia compartida, a pesar de que los socios fundadores de ambas sociedades sean los mismos y el Administrador único también; la actividad no consta que sea idéntica, dado que los objetos sociales no son coincidentes; no existe una prestación de trabajo indistinta o común, simultáneamente o sucesiva, a favor de ambas empresas ni confusión patrimonial ni trasvase de plantilla. Es por ello que, no acreditada la existencia de grupo de empresas, el recurso debe ser rechazado."

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En relación con esta modalidad contractual conviene detenerse en diversas resoluciones que abordan diferentes cuestiones. En primer lugar, la **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2548, y la **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2920, entran en el análisis de la conocida problemática de la forma de este tipo de contratos, declarando la primera que "para nada y de ninguna manera se expresa con precisión y claridad exigible la obra o servicio objeto de la contratación", ya que, siendo el empleador la Sección de Extranjeros del Ministerio de Administraciones Públicas, el único dato identificador e individualizador de la función a desempeñar era la de "auxiliar Administrativo/Extranjería 99"; asimismo, añade el Tribunal, "resulta anómalo y manifiestamente irregular, que para el tipo de contratación concertada, se hubieran fijado, y prefijado las fechas de inicio y conclusión del contrato". La segunda resolución, en el mismo sentido, declara el carácter normal y permanente de la actividad de una profesora de música contratada por el Ayuntamiento en la Escuela Municipal de Música.

En segundo lugar, en relación con la cuestión de la necesidad de adscripción a una concreta obra, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de julio de 2000,** I.L. J 2727, ante la posibilidad expresada en el contrato de prestar servicios en varios centros de trabajo, viene a puntualizar que:

> "esa posible prestación de servicios en otros centros no desvirtúa necesariamente la temporalidad del contrato si las tareas pasan a realizarse en otras obras de naturaleza también temporal en aplicación de los arts. 8.2 y 45.1.c) ET, que aluden a la presunción de indefinición, salvo prueba de la naturaleza temporal de la prestación".

La **STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3067, considera que constituye despido improcedente la extinción del contrato de obra llevada a cabo antes de la finalización de la misma cuando aquélla consistió de hecho en la realización no de una sola

obra sino en la de dos, con lo cual la extinción del contrato ha de vincularse necesariamente a la finalización de la segunda.

Y la **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2707, tras concluir que el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad Privada será de aplicación a una empresa encargada de actividades de vigilancia, celaduría y control, admite la validez extintiva de una cláusula pactada en el contrato –"aunque no pueda tipificarse como de obra o servicio en sentido estricto"– limitando la duración del mismo al tiempo de duración de la contrata concertada por la empresa, señalando que "sí tendría acogida en los apartados 2 y 3 del art. 49 del ET como una condición resolutoria o un término atípico".

En tercer lugar, abundan los pronunciamientos relativos a la causa del contrato de obra o servicio. Así, **la STS de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2610, y la **STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2000,** I.L. J 3062, en relación con el tema de si la realización de trabajos durante la vigencia de la contrata puede ser un objeto lícito del contrato de obra o servicio determinado reiteran la conocida doctrina de las Sentencias de 15 de enero de 1997, 18 y 28 de diciembre de 1998 y 6 de junio de 1999 en el sentido de admitir que:

> "se aprecia la concurrencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste".

Resulta destacable también, la **STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2697, que declara la improcedencia del despido de una trabajadora contratada por obra o servicio para prestar servicios de limpieza en un Ayuntamiento, argumentando que no cabe duda del carácter permanente de esta actividad "de lo que se sigue su intemporalidad para concluir en su indefinición" y puntualizando que no cabe fundamentar la adecuación del contrato y así la legítima extinción laboral en "la mera conveniencia administrativa".

Por último, sobre la particular situación de los profesores de religión contratados por la Administración para impartir clases anualmente coincidiendo con el año escolar, las **SSTS de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2629, y **20 de diciembre de 2000,** I.L. J 2781, y la **STSJ de Canarias de 15 de septiembre de 2000,** I.L. J 1489, reiteran la conocida doctrina jurisprudencial que determina la existencia de la relación laboral de naturaleza temporal (SSTS de 24 de mayo y 2, 8, 9 y 10 de junio de 2000).

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La mayor parte de las resoluciones recaídas en esta materia se limitan a reiterar, como es habitual, la doctrina jurisprudencial sobre la concreción de la causa de eventualidad fija-

da en el contrato. Así, la **STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 2719, la **STSJ de Extremadura de 20 de diciembre de 2000,** I.L. J 3086, la **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2537, y la **STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3071, reiteran la doctrina de la STS de 14 de marzo de 1997 sobre el carácter propio e intrínseco de la causa de temporalidad: "la especificación de clara y precisa que justifica esta temporalidad es la expresión de las circunstancias objetivas que constituyen la propia causa del contrato".

Resultan más reseñables, sin embargo, de un lado, la **STSJ de Asturias de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2983, que, aunque aclara que no es objetable el dato de que se trate de tareas permanentes de la empresa, cuestiona la regularidad de un contrato eventual por acumulación de tareas celebrado con la única cocinera encargada de confeccionar los menús de un restaurante aseverando que:

> "Ello es esencialmente incompatible con los conceptos de eventualidad y acumulación de tareas, cuyos más elementales rasgos definitorios repugnan la referida noción, por muy elásticos y tolerantes que quieran ser los criterios con que la misma se valore. En efecto, un contrato de eventualidad en tales condiciones no puede dejar de ser fraudulento".

Es también muy interesante la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2864, que considera que cabe acudir al contrato eventual por acumulación de tareas debido a la nueva actividad que determinó la apertura de otro centro de trabajo porque:

> "al implicar más actividad en el empresario, faculta a éste para dicho contrato eventual lo que nada tiene que ver con la eliminación de la anterior figura de contrato por lanzamiento de nueva actividad que, por el mero hecho de ésta propiciaba tal tipo contractual por tiempo determinado".

Esta resolución contradice las conclusiones alcanzadas en dos sentencias estudiadas en anteriores crónicas [STSJ de Canarias de 24 de septiembre de 1999, I.L. J 1989, revista núm. 3; crónica IV.3.1.B); STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2000, I.L. J 462, revista núm. 4; crónica IV.3.1.B)].

Y, finalmente, desde otra perspectiva, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3127, en un supuesto de contratación eventual de personal estatutario, reitera la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que en este tipo de contratos deben precisarse las razones que determinan este tipo de contratación y, en particular, que ello no responde a necesidades de carácter permanente. La falta de especificación en el contrato y la prolongada duración de la prestación de servicios –por ejemplo, como ocurre en el caso concreto–, determinan el carácter fraudulento de la contratación realizada.

c) Contrato de interinidad

Al abordar el examen de la doctrina judicial en relación con este contrato, cabe destacar en primer lugar, un grupo de pronunciamientos referidos a la interinidad por sustitu-

ción. En este sentido, tiene interés la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de septiembre de 2000,** I.L. J 2827, donde se plantea si el traslado del trabajador sustituido, un liberado sindical, a otro centro de trabajo de la misma empresa puede configurarse como causa de extinción del contrato de interinidad. El Tribunal entiende que la movilidad geográfica del sustituido funciona como causa de terminación de la reserva del puesto de trabajo:

> "A efectos de la interinidad, la reserva del 'puesto' no lo es de cualquier puesto o de una mera plaza en la plantilla, sino del concreto puesto ocupado por el sustituido."

Sin embargo, esta doctrina se matiza a los efectos de asignar al sustituto las mismas funciones que desarrollaba el sustituido. En este sentido, la **STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 2719, confirma la interpretación de que en estos supuestos, el empresario no está obligado a asignar al sustituto la realización de idénticas tareas que las desarrolladas por el sustituido, pudiendo encomendarle otras distintas. Además, en la sentencia se concreta la posibilidad de cesar al interino, además de por la reincorporación, por la finalización de la duración del contrato temporal del sustituido.

Menor interés, por incidir en doctrina ya conocida, tienen el resto de pronunciamientos sobre supuestos de interinidad por sustitución. Así, por ejemplo, las **STSJ de Valencia de 11 de septiembre de 2000,** I.L. J 2833, y la **STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 2513, se limitan a confirmar la interpretación de que la muerte, la jubilación, la incapacidad permanente o la no reincorporación del empleado sustituido, suponen la extinción del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido. Distinta es la solución si el trabajador interino continúa prestando sus servicios con posterioridad a haberse producido la causa prevista para la extinción del contrato, como ocurre en el caso de la **STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2647, donde cabe considerar al contrato prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario.

En relación con la interinidad por sustitución, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 2457, abunda en la doctrina consolidada sobre la posibilidad de utilizar el contrato de interinidad en casos de jubilaciones anticipadas a los 64 años, por supuesto, con una duración de un año. También sobre utilización del contrato de interinidad en estos supuestos, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 3265, resuelve un supuesto de terminación del contrato de interinidad por supresión del puesto de trabajo ocupado por el interino, que aplicando jurisprudencia consolidada, no cabe considerar despido, sino lícita extinción del contrato de trabajo.

Ya en relación con supuestos de interinidad por vacante, interesa resaltar algunos pronunciamientos referidos todos ellos a la controvertida cuestión de la amortización de vacantes en el ámbito de las Administraciones públicas. En este sentido, la **STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2592, se ocupa del cese de un facultativo de cupo y zona como consecuencia del comienzo de la actividad de los Equipos de

Atención Primaria. El Tribunal estima que la sustitución del sistema asistencial hasta entonces vigente supone una amortización de la plaza ocupada por el facultativo interino. Cuestión distinta es la abordada en la **STSJ de Extremadura de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3082, donde se señala que obviamente, no constituye despido el supuesto donde se asigna la plaza que venía ocupando una trabajadora interina a otra con la misma condición, en cuanto que ello se hace en cumplimiento de una sentencia firme. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de septiembre de 2000,** I.L. J 2493, se ocupa de determinar si como causa de extinción del contrato de interinidad puede valer el hecho de que sea destinado personal fijo a una plaza interinada pero con carácter provisional, señalándose que:

> "Si bien es cierto que en el contrato se señaló que la interinidad lo sería hasta la cobertura de la plaza de forma definitiva, dicha expresión no puede excluir los supuestos de cobertura de la plaza por cualquier vía aunque sea con carácter temporal, siempre que la plaza venga desempeñada por personal fijo."

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

El grueso de pronunciamientos vienen referidos a la problemática aplicación, sobre todo en el ámbito del empleo público, de determinados complementos retributivos a trabajadores temporales. Así, en primer lugar cabe destacar la **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2000,** I.L. J 2675, que viene a puntualizar el carácter unívoco del concepto de antigüedad para todos los trabajadores en Derecho Laboral señalando, en un supuesto en que se distingue entre antigüedad económica y antigüedad administrativa, que:

> "No hay, técnicamente, más antigüedad que la denominada por la empresa 'antigüedad a efectos económicos'; sin embargo, la impropiamente denominada 'antigüedad a efectos administrativos' es operativa a efectos de progresión de niveles a los de participación en concursos (por ejemplo) porque a tales fines el Convenio Colectivo no se refiere a la antigüedad en la empresa sino a la permanencia en la categoría con carácter de fijeza."

En relación con los complementos de antigüedad reconocidos por convenio colectivo, y sin perjuicio de algún pronunciamiento discrepante (**STSJ de Extremadura de 23 de noviembre de 2000,** I.L. J 2664), la mayoría de los pronunciamientos no considera discriminatoria la exclusión de los trabajadores temporales, siguiendo la conocida tesis de que el complemento de antigüedad trata de premiar la vinculación del trabajador a la empresa y, en principio, por su propia naturaleza sólo es aplicable a los trabajadores por tiempo indefinido, salvo que por pacto o convenio se disponga expresamente otra cosa (**STS de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2629, y **SSTSJ de Galicia de 16 y de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2696 y 2708). Es claro, en cualquier caso, que, a largo plazo, estos criterios jurisprudenciales habrán de ser variados por aplicación del nuevo art. 15.6 (Ley 12/2001).

Asimismo, debe hacerse mención de la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2860, que a efectos de tener derecho a los trienios establecidos en el convenio único para el personal laboral de la Administración del Estado, reconoce los servicios prestados con anterioridad con independencia del carácter laboral, administrativo, temporal o fijo de la relación anterior.

Más en concreto, sobre el cálculo de trienios para el personal de cupo y zona, cabe destacar dos pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores de Justicia que sostienen interpretaciones distintas. Así, por una parte, en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2000,** I.L. J 2482, se considera que debe prevalecer el sistema establecido en el RD-L 3/1987 sobre la normativa anterior. En síntesis, se argumenta, primero, que el citado RD-L derogó la normativa anterior, y segundo, que no es razón suficiente para el mantenimiento del sistema anterior que el personal de cupo y zona perciba el importe del trienio en función de lo cobrado por cupo, ni que el Consejo de Ministros haya excluido al personal de cupo y zona de la percepción de determinados conceptos retributivos (entre los que no se encuentran los trienios). Sin embargo, en la **STSJ de Cantabria de 16 de noviembre de 2000,** I.L. J 2642, se aboga por el mantenimiento del sistema anterior para la actualización de los trienios causados de acuerdo con la legislación precedente:

> "En el caso del personal de cupo y zona no se trata de la garantía de unos derechos adquiridos ante el establecimiento de un régimen jurídico distinto a partir de una determinada fecha sino del mantenimiento provisional del régimen anterior; pese a la entrada en vigor de una nueva regulación. De ello se deriva que ese régimen anterior debe subsistir de forma completa no sólo en lo que se refiere a la fijación inicial del trienio, sino a la revalorización periódica de los importes actualizados."

También en relación con el cobro de trienios por el personal estatutario, pero esta vez, sobre la determinación del plazo de prescripción, puede verse la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2651. En la sentencia se reitera la doctrina del Tribunal Supremo sobre aplicación en caso de laguna normativa de la regulación administrativa, con un plazo de 5 años, pero para este caso existe una norma expresa de prescripción anual de trienios reconocidos al amparo de la Ley 70/1978.

En relación con otros complementos retributivos, el enfoque más interesante es el introducido por la **STS de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2628, que ha admitido en unificación de doctrina la ayuda por estudios para el personal estatutario, realizando una interpretación amplia conforme a la cual también los trabajadores interinos se integran en la plantilla, pues aún cuando sea de manera transitoria "están desempeñando las funciones propias de una plaza que forma parte de tal plantilla" y, por consiguiente, también tendrían derecho a la ayuda por estudios. En el mismo sentido, puede verse la **STSJ de Baleares de 16 de octubre de 2000,** I.L. J 2452, que reconoce la citada ayuda de estudios para el personal estatutario no sanitario, señalando que no tiene base la restricción del personal temporal interino porque además la propia Administración del INSALUD

había establecido una cláusula en el contrato donde consideraba aplicables las normas del Estatuto del personal no sanitario a estos trabajadores interinos.

Desde otra perspectiva cabe reseñar la **STS de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2611, que versa sobre el reconocimiento de un plus de residencia a personal temporal del Servicio Canario de Salud. El Tribunal reconoce el derecho a este plus, que estaba en función del marco temporal de la relación laboral, realizando una interpretación no formalista, al estimar que la sucesión de contratos temporales prácticamente ininterrumpidos escondía una relación continuada y única:

> "La interpretación de las normas ha de orientarse en la dirección de no limitar en principio a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado."

En una línea de interpretación muy similar cabe situar la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de octubre de 2000,** I.L. J 2517, que reconoce al personal interino el derecho de ayuda de guardería, por entender que éste es un complemento de acción social que no es contrario a la naturaleza temporal de la relación que vincula a las partes. Finalmente, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 2968, viene a reconocer a los profesores de religión contratados por el Ministerio idéntica retribución a la percibida por los profesores interinos de su mismo nivel.

b) Conversión en contratos indefinidos

Ninguna especial novedad cabe destacar en materia de consecuencias derivadas del encadenamiento fraudulento de contratos temporales. Las resoluciones que aparecen reiteran la consabida doctrina anterior. Así, la **STSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2661, la **STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2678, la **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2549, la **STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3071, y la **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2920, alcanzan la conclusión de que:

> "debe computar todo el transcurso de la relación contractual del trabajo siempre que no haya habido solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma (…). Tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos".

4. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato para la formación

En el período analizado destacan algunos pronunciamientos interesantes en relación con la concertación de contratos de aprendizaje con diplomados en Ciencias Empresariales para realizar tareas administrativas en Cajas de Ahorro y Entidades Bancarias. De entrada,

a favor de la admisibilidad de este tipo de contrataciones, puede verse la **STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2000,** I.L. J 2542, que argumenta que el requisito de que el puesto de trabajo sea adecuado para facilitar la práctica profesional es propio del contrato en prácticas, no del contrato de aprendizaje:

> "Partiendo pues de que los conocimientos que precisa un administrativo en una entidad bancaria no los proporciona el diploma en Ciencias Empresariales, no parece incorrecto aunque no resulte frecuente, que se acuda a un contrato de aprendizaje cuya finalidad es la adquisición de la formación teórica y práctica para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo."

Sin embargo, es precisamente este último argumento el que en unificación de doctrina rechazan las **SSTS de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 2764 y 2767. De este modo, el Tribunal Supremo va a incidir sobre todo, en el doble carácter del contrato de aprendizaje, de adquisición de una formación teórica y práctica, para concluir que no es posible pactar esta forma de contratación con quien posea la formación teórica en un determinado grado.

> "Sería un contrasentido que una persona capacitada para celebrar el contrato en prácticas para el ejercicio de categorías profesionales superiores de la empresa, en la misma actividad tenga que recibir la formación teórica y práctica para desempeñar el puesto de trabajo por el que se ingresa al servicio de la empresa."

Por su proyección más general, también tiene interés la **STSJ de Valencia de 13 de noviembre de 2000,** I.L. J 3112, que se ocupa de delimitar que a efectos de la exclusión de la prestación por desempleo, sólo es aprendiz el contratado bajo la correspondiente modalidad contractual, no bastando la calificación del trabajador como aprendiz, ni estar clasificado como tal por la categoría profesional. De esta suerte, el Tribunal, tras una detallada argumentación, se inclina lógicamente por una interpretación restrictiva de la exclusión de la protección social para este tipo de contratos.

B) Contrato en prácticas

Resulta particularmente interesante la **STS de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 2809, sobre el juego de los pactos de permanencia en contratos en prácticas, donde la formación a cargo de la empresa como requisito de validez para estos pactos adquiere una dimensión particular al ser un elemento intrínseco a este tipo de contratos formativos. El conflicto se plantea principalmente en relación con el tema de la rescisión del contrato y las limitaciones que estos pactos de permanencia pueden suponer para la libertad del trabajador. A este respecto, el Tribunal entiende que, en el caso concreto, se cumplen las condiciones del art. 21.4 ET y que, en consecuencia, el empresario tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios por la rescisión del contrato por voluntad del trabajador, que vulnera el pacto de permanencia (en sentido contrario, *vid.* STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2000, I.L. J 227); crónica núm. 4.

En otro orden de cosas, la **STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3036, versa sobre un supuesto en el que un trabajador en prácticas desarrolla su trabajo en un turno de noche en el que no permanecía el supervisor. Según el tenor de la sentencia, ello no implica que la contratación sea fraudulenta pues:

> "El contrato en prácticas no requiere de la asistencia continua de otra persona sólo de la posibilidad de aplicar los conocimientos adquiridos de los que es exponente el título obtenido."

Más centrada en el examen del caso concreto, la **STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2000,** I.L. J 2680, dilucida la licitud o ilicitud del contrato en prácticas en función de la ocupación que ha desempeñado el trabajador. El Tribunal hace hincapié en que la finalidad del contrato en prácticas no es propiamente la de proporcionar una formación, "sino la de permitir una práctica profesional adecuada al nivel de estudios". Así se considera irrelevante el hecho de que el trabajador:

> "tardara poco tiempo en aprender el manejo del microscopio de fuerza atómica y que se dedicara en exclusiva a tareas relacionadas con dicho aparato, pues lo decisivo es que con ello el actor estaba adquiriendo una práctica profesional de la que se carecía y que se relacionaba con su titulación".

5. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y ASIMILADOS

A) Contrato a tiempo parcial

Al margen de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2000,** I.L. J 3010, donde se establece que el contrato a tiempo parcial no está prohibido en el ámbito de la construcción, ni por el art. 12 ET ni por el convenio colectivo aplicable al caso en concreto, cabe resaltar la interesante doctrina de suplicación contenida en la **STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2000,** I.L. J 3207, que se ocupa de las posibilidades de acceso a la jubilación anticipada a los 64 años en los contratos a tiempo parcial. En el supuesto de hecho, la solicitud de jubilación de una trabajadora a tiempo parcial, fue rechazada por el INSS en una aplicación literal de lo dispuesto en el art. 3 del RD 1194/1985, de 17 de julio, que dispone que: "los contratos que se celebren para sustituir a los trabajadores que se jubilen, podrán concertarse al amparo de las modalidades de contratación vigentes, excepto la contratación a tiempo parcial (...)". El Tribunal, tras resumir las modificaciones en la regulación del contrato a tiempo parcial, argumenta que tras la reforma operada por el RD 15/1998, se trata de fomentar el trabajo a tiempo parcial y su estabilidad, por lo cual, entiende que el art. 3 del RD 1194/1985 debe ser interpretado en el sentido de favorecer el acceso a la jubilación anticipada a los contratados a tiempo parcial:

> "por haber sido ésta, entre otras, la intención de la norma negociada, como también se desprende del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de

noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, cuya Exposición de Motivos, además de hacer mención a las orientaciones contenidas en el Acuerdo, antes mencionado, y a la Directiva 97/81 CE, del Consejo, de 15 de diciembre, subraya el compromiso de hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial, declarando que la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y consecuentemente su artículo 17.1 permite al trabajador acogido a la jubilación parcial solicitar la pensión de jubilación ordinaria o anticipada".

B) Contrato fijo discontinuo

Sobre la delimitación entre contratos eventuales y contratos fijos discontinuos, puede verse, en primer lugar, la **STS de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 2747, que no entra al fondo del asunto por falta de contradicción. En cambio, sí se aborda esta cuestión en la **STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3168, en un supuesto de un socorrista que trabaja para un Ayuntamiento en los períodos estivales. Tras un repaso de la jurisprudencia, el Tribunal concluye que, en el caso concreto, la relación es de naturaleza indefinida discontinua, pues no se ha acreditado que la apertura anual de piscinas públicas quede sujeta a las hipotéticas disponibilidades presupuestarias, ni el hecho de que la contratación exija la superación de unas pruebas periódicas desvirtúe este carácter. Igualmente, reiterando la solución prevista para otros casos, en la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3150, se pone el acento en el carácter cíclico o intermitente de la actividad como elemento fundamental de la distinción entre el contrato de obra o servicio y el contrato fijo discontinuo, que aplicado al caso concreto –trabajador vinculado al Instituto Nacional de Estadística– determina la naturaleza indefinida de carácter discontinuo de la relación.

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3261, a propósito de un contrato de carácter fijo discontinuo, establece que la comunicación de que quedaba extinguido el plazo temporal del contrato no puede ser considerada como un despido.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En relación con este tema, cabe reseñar únicamente la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de noviembre de 2000,** I.L. J 2499, que declara la incompetencia del orden social en un litigio donde se cuestiona si el nombramiento como funcionario interino efectuado por la Administración pública es o no regular.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

En punto a las cuestiones de competencia, en primer lugar, la **STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2997, recuerda la línea jurisprudencial que reconoce la competencia del orden social para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios par falta de llamamiento según el orden fijado en las listas de contratación, resumiendo la doctrina unificada en los siguientes términos:

> "la exclusión de determinados trabajadores de unas listas que se han confeccionado de acuerdo con unos criterios acordados mediante contratación colectiva, forma parte tanto de la rama del Derecho laboral, como del sindical".

Sin embargo, se declara la incompetencia del orden social para conocer de una adjudicación de una puntuación superior a la reconocida por el Instituto demandado. La razón es que según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3022:

> "La Entidad Gestora, tanto en la suscripción como en el cumplimiento o aplicación del Pacto mencionado no actúa como mera entidad empleadora en función preparatoria de una futura contratación laboral, sino como Ente Público."

Más concretamente, en relación con el tema de las convocatorias en empresas públicas, resulta de especial interés la **STSJ de Asturias de 3 de noviembre de 2000,** I.L. J 2588, en la que un trabajador de Aceralia reclama la asignación de un puesto de trabajo alegando que el título de bachiller no se valoró. Más concretamente, el trabajador argumenta sobre la equivalencia entre el título de bachiller y el de FP2, establecida por la Orden Ministerial de 26 de noviembre de 1975. Sin embargo, el Tribunal estima que en las bases de la convocatoria no se hacía mención del título de bachiller superior (sí del de maestro industrial, FP2 o FP1 o los de titulado medio o superior) y aplicando la conocida doctrina de que las bases de la convocatoria constituyen la ley del concurso, desestima la pretensión del actor porque el baremo no recoge aquella titulación.

En fin, reseñar la **STSJ de Asturias de 29 de septiembre de 2000,** I.L. J 2925, que se ocupa de una reclamación por discriminación al no aplicarse el mismo sistema de baremación a personal fijo e interino. A este respecto, el Tribunal estima que no existe tal discriminación.

b) Irregularidades en la contratación laboral

Pocas novedades en cuanto a los efectos de la contratación fraudulenta en el ámbito de la Administración pública, los pronunciamientos existentes se limitan a reiterar la línea doctrinal unificada conforme a la cual, las irregularidades en la contratación laboral suponen la conversión de los contratos en indefinidos, lo que no equivale, sin embargo, a la adquisición por el trabajador de la fijeza de plantilla [**STS de 29 de noviembre de**

2000, I.L. J 2626, **STS de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 2810, **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de julio de 2000,** I.L. J 2728, **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2920, **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2548]. Esta doctrina también se aplica a contratos fijos discontinuos, donde las irregularidades en la contratación temporal, suponen la conversión en una relación de naturaleza indefinida discontinua, pero no de la condición de fijo de plantilla (**SSTSJ de Madrid de 5 y 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3150 y 3168).

Por último, cabe reseñar la **STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de noviembre de 2000,** I.L. J 2890, que admite la procedencia de la rescisión del contrato por vicio del consentimiento en un supuesto en que existió error en la contratación, porque no se cumplió el procedimiento establecido para la contratación, que requería una previa inscripción en una Bolsa de contratación.

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
Amparo Esteve Segarra

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Exclusión convencional de los trabajadores temporales del percibo del complemento de antigüedad. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Excepción de prescripción no alegada por el deudor principal. b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA. c) Responsabilidad: indemnizaciones fijadas por Auto en trámite de ejecución. d) Responsabilidad. No procede: despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores. e) Subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores y privilegio procesal de ejecución separada. C) Protección del salario. a) Créditos laborales privilegiados: definición legal. b) Apertura de un procedimiento concursal y beneficio procesal de ejecución separada. **2. Clasificación profesional.** A) Funciones propias de auxiliar administrativo del INSALUD. **3. Movilidad funcional.** A) Delimitación de la movilidad funcional a efectos procesales. B) Realización de funciones de categoría superior. a) Realización de funciones propias de una categoría superior y consolidación de la categoría. b) La titulación como límite de la movilidad funcional. c) Puesto de libre designación, inexistencia de categoría superior y debida consideración a las funciones realizadas en el propio contrato a efectos retributivos. d) Consecuencias de la realización de un curso de formación sobre la retribución. **4. Pacto de permanencia mínima en la empresa y no competencia poscontractual. 5. Jornada de trabajo.** A) Límites de la jornada de trabajo. a) Exceso de jornada. b) Compensación por exceso de jornada. c) Reducción de jornada. B) Régimen de trabajo a turnos. a) Especiales con reducción de jornada. b) Modificación a solicitud del trabajador. C) Descansos. a) Compensación de trabajo en festivos. b) Limitación en el disfrute del descanso. c) Maternal. **6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación parcial *versus* despido parcial. B) Modificación sustancial colectiva, caducidad de la acción. C) Movilidad geográfica y desempleo. D) Incidente de readmisión irregular, proceso de ejecución y proceso

declarativo de modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo y movilidad geográfica. E) Traslados de personal del INSALUD. Principios. F) Modificación de condiciones del contrato unilateral. Vinculación del compromiso llevado a cabo por la empresa. G) Movilidad geográfica por causas médicas o socio-familiares en la empresa RENFE. **7. Excedencias.** A) INSALUD. Reingreso de excedencia voluntaria de ATS. B) Demora en el reingreso de la situación de excedencia voluntaria: cómputo a efectos de antigüedad y trienios. C) Falta de reincorporación de trabajador desde la situación de excedencia voluntaria. D) Distinción entre la acción de despido y la de reingreso. E) Reingreso en distinto centro de trabajo. F) Reingreso desde situación de excedencia voluntaria: Exigencia de existencia de vacantes. G) Cómputo a efectos del despido de la situación de excedencia voluntaria. H) Retraso de la Administración en hacer efectivo el reingreso: Consecuencias salariales. I) Excedencia para el cuidado de hijos: Reincorporación anticipada. J) Reingreso de excedencia voluntaria de médico de cupo del SAS: Plazas en fase de amortización. **8. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Suspensión del contrato de trabajo por realización de prestación social sustitutoria.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265).

1. SALARIO

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

La máxima "únicamente los supuestos iguales demandan las mismas consecuencias jurídicas" ha sido argumento, en numerosas ocasiones, para desestimar reclamaciones salariales fundamentadas en el principio de igualdad. Una vez más se acude a este criterio para sostener por la **STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2000,** I.L. J 2696, Sala Social, que no resulta discriminatorio la reserva del complemento de antigüedad para los trabajadores fijos y su exclusión vía convenio colectivo a los temporales. Este fallo fue precedido en el tiempo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000, en la que se expulsa el factor de temporalidad de los criterios de discriminación reflejados en el artículo 14 CE con la siguiente argumentación:

"(...) el carácter temporal de la relación laboral podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del artículo 14 de la Constitución Española –nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión–, ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores –estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías– y tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 de la Constitución Española (cualquier otra condición o circunstancia personal o social), porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española y es claro que esta analogía no concurre en este caso, que, como factores de exclusión o marginación típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa".

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Excepción de prescripción no alegada por el deudor principal

La excepción de prescripción no alegada por el deudor principal sólo a él le perjudica, pero no al deudor subsidiario que puede hacerla valer en el momento en que el acreedor reclama contra el deudor principal y para el caso de una posterior reclamación directa contra él. Así lo señala el **TSJ de Andalucía (Sevilla)**, en **Sentencia de 5 de septiembre de 2000,** I.L. J 2814, estimando el recurso interpuesto por el FOGASA.

Sin embargo, como señala el **TSJ de Valencia,** en **Sentencia de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 2867, aunque el art. 1975 del Código Civil dispone que la interrupción de la prescripción frente al deudor principal sólo produce efectos respecto del fiador cuando haya tenido lugar por reclamación judicial, de ello no puede deducirse que la excepción opuesta por éste ocasione iguales efectos enervantes de la deuda frente al deudor principal, pues para ello se requiere que dicha excepción de prescripción haya sido alegada por el propio deudor principal.

b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA

El derecho a solicitar del FOGASA el pago de las prestaciones a su cargo prescribe transcurrido un año desde la fecha del acto de conciliación, sentencia o resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda, pero el plazo de prescripción se interrumpe por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción. Como consecuencia de ello, cuando se insta la ejecución de la sentencia que reconoció el crédito contra la empresa antes de transcurrido un año, se interrumpe el plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA y sólo cuando se declara la insolvencia empresarial comienza a computarse de nuevo el mencionado plazo de prescripción anual. Así lo señala el **TSJ de Asturias,** en **Sentencia de 1 de diciembre de 2000,** I.L. J 2976.

También se refieren a la interrupción del plazo de prescripción por reclamación judicial o por el reconocimiento del crédito en procedimiento concursal el **TSJ del País Vasco,** en **Sentencia de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2953 y el **TSJ de Cataluña**, en **Sentencia de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3043. En esta última se señala además que la responsabilidad del FOGASA nace a partir del momento de la insolvencia de la empresa, pero de forma subsidiaria, de modo que sólo si la acción frente a la empresa se mantiene viva lo estará la acción que se puede ejercitar frente al FOGASA.

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

En **Sentencia** del **TS** (u.d.) **de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2624, se reitera el criterio, ya unificado en Sentencias de 1 junio 1999, I.L. J 877 (recurso 3425/1998), y de 28 de febrero, 10 y 23 de marzo, y 10 y 17 abril de 2000, I.L. J 152, 284, 316, 410 y 428 (recursos 1037/1999, 4005/1998, 605/1999, 1017/1999 y 2768/1999), 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.

Al mismo supuesto se refiere el **TSJ de Canarias (Las Palmas),** en **Sentencia de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 3253.

d) Responsabilidad. No procede: despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores

En **Sentencia** del **TSJ de Murcia, de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2716, 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 afecta a los vínculos laborales de toda la plantilla de la empresa, en número superior a cinco trabajadores, y se lleva a cabo acogiéndose el empresario a lo que dispone el art. 52.c) ET, la extinción carece por completo de validez como tal despido objetivo. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco despido colectivo no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado art. 33.8 ET.

e) Subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores y privilegio procesal de ejecución separada

En **Sentencia** del **TSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3102, se señala que en aquellos casos en que el FOGASA se subroga en los créditos de los trabajadores para el reembolso de las cantidades satisfechas se mantiene el derecho de ejecución separada a que se refiere el art. 32.5 ET.

C) Protección del salario

a) Créditos laborales privilegiados: definición legal

En **Sentencia** del **TSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3102, se señala que la naturaleza privilegiada de los créditos laborales a que se refiere el art. 32 ET tiene origen legal y que, en consecuencia, no desaparece porque en la lista definitiva de acreedores figuren como créditos ordinarios.

b) Apertura de un procedimiento concursal y beneficio procesal de ejecución separada

En **Sentencia** del **TS** (u.d.) **de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2777, se señala que el beneficio procesal de ejecución separada de los créditos laborales no comprende únicamente los créditos privilegiados descritos en los apartados 1 a 3 del art. 32 ET sino los créditos por salarios e indemnizaciones sin ninguna limitación. Señala el TS que la interpretación contraria presenta dificultades como consecuencia de la diversidad de privilegios del art. 32 ET y además y expresamente que:

> "(...) La ejecución separada es una garantía meramente procesal, que, como tal, no necesita someterse a una limitación cuantitativa para mantener su justificación por razones materiales de orden social, porque, a diferencia del privilegio, no implica por sí misma ninguna preferencia de cobro en relación con otros créditos, sino mera exoneración de la carga de que el trabajador tenga que acudir a una ejecución general civil, sin que ello impida que los créditos concurrentes, incluidos o no en esa ejecución general, puedan afirmar su eventual preferencia en la propia ejecución social en la forma que prevé el artículo 273 de la Ley de Procedimiento Laboral mediante la tercería de mejor derecho".

2. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Funciones propias de auxiliar administrativo del INSALUD

Según expone la **STSJ de Andalucía de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2859 (recurso núm. 324/2000) el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (Orden Ministerial de 26 de abril de 1973) encomienda el control de los archivos de historias clínicas, ficheros y demás antecedentes necesarios para el buen orden del servicio o consulta a los auxiliares técnicos sanitarios, lo que no es

incompatible con la utilización del personal auxiliar administrativo para la realización de dicho control. Pronunciamiento que tiene muy presente que todo el material que éstos utilizan diariamente tiene naturaleza médico-sanitaria. Así, la actividad del personal administrativo es un trabajo burocrático y material pero comparte la finalidad asistencial y de control de datos.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Delimitación de la movilidad funcional a efectos procesales

La **STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 3172 (recurso núm. 4908/2000) manifiesta que los concursos de traslados, los de ascensos o aquellos destinados a determinar en función del Convenio Colectivo el trabajador que por sus menores méritos haya de pechar con una decisión novatoria del contrato "inciden siempre en la dicción legal de movilidad funcional". Término que ha de ser interpretado en el sentido de abarcar toda novación objetiva, esto es, del contenido del contrato, de carácter funcional. Por lo tanto, de no tener alcance colectivo, han de ser necesariamente encauzados por la modalidad procesal específica del artículo 138 LPL que prevé la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en procedimiento seguido por dicha vía.

B) Realización de funciones de categoría superior

a) Realización de funciones propias de una categoría superior y consolidación de la categoría

Tal y como se desprende del artículo 39.4 ET y confirma uniforme jurisprudencia y doctrina judicial, **STSJ de Cantabria de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2646 (recurso núm. 502/1999) entre otras, la mera realización de funciones durante un cierto tiempo no es requisito suficiente para la obtención de una categoría profesional al margen de las prescripciones establecidas en el Convenio colectivo para la cobertura de la plaza correspondiente. Línea que reitera la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3015 (recurso núm. 1302/1999) cuando niega la consolidación de la categoría de conductor de vagoneta automóvil a un Oficial 1ª-celador de línea electrificada que había venido desempeñando las funciones correspondientes a aquélla argumentando que el Convenio colectivo demanda la oferta de la plaza en traslados o ascensos y no se había procedido en tal sentido.

b) La titulación como límite de la movilidad funcional

Uno de los límites más importantes de la movilidad funcional en nuestro ordenamiento jurídico es la ostentación de las titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación profesional, tal y como establece el 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 (u.d.) de 24 de julio y 15 de noviembre de 2000 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,** I.L. J 3100 (recurso núm. 4558/1997).

c) Puesto de libre designación, inexistencia de categoría superior y debida consideración a las funciones realizadas en el propio contrato a efectos retributivos

La **STS** (u.d.)**, de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2617 (recurso núm. 2828/1998) conoce el supuesto de un auxiliar administrativo del Instituto de Turismo de España en Tokio que realiza funciones propias de director responsable de oficina de turismo, y que reclama las diferencias retributivas correspondientes. Aunque la sentencia estima que no concurre la necesaria identidad de hechos, fundamentos y pretensiones con la sentencia de contraste, razón por la cual no es posible fijar doctrina de unificación, es interesante advertir la presencia en su argumentación de dos aspectos relevantes a nuestros efectos. En primer lugar, la no existencia de categoría superior en atención a que el puesto de director responsable de la oficina de turismo es en realidad un puesto de libre designación, de naturaleza no necesariamente laboral y no regido por el convenio colectivo. En segundo término, la debida consideración de la realización de esas funciones superiores en el contrato del sujeto en cuestión, contrato que fijaba una remuneración muy superior a la de los auxiliares administrativos (FJ 5º).

d) Consecuencias de la realización de un curso de formación sobre la retribución

Como la **STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2591(recurso núm. 355/2000) manifiesta, no es la realización de un curso de formación para la realización de funciones propias de un grado retributivo superior lo que automáticamente determina el incremento retributivo, sino la efectiva realización de esas tareas superiores (FJ 2º).

4. PACTO DE PERMANENCIA MÍNIMA EN LA EMPRESA Y NO COMPETENCIA POSCONTRACTUAL

La libertad profesional y de trabajo pueden limitarse por el pacto de permanencia durante la relación laboral y, tras su extinción, por el pacto de no competencia. La función a que se dirigen ambos acuerdos es velar por los intereses del empresario, cuidando tam-

bién la situación del trabajador, proporcionándole especiales conocimientos o cantidades económicas. Sobre estos pactos gira la ventaja competitiva que deriva de la formación o información (acceso a la lista de proveedores y clientes del empresario) transmitida al operario con motivo del trabajo.

En cuanto al pacto de permanencia conviene construir el contenido de la ventaja formativa ya que es un parámetro de validez del acuerdo. En este sentido la **STS** (u.d.) **de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2789, Sala Cuarta, considera que:

> "La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima no es la formación profesional ordinaria debida en todo caso por el empresario en cumplimiento del contrato de trabajo [art. 4.2.b) del ET], ni tampoco la instrucción sobre el trabajo contratado que la empresa ha de dispensar a los profesionales de nuevo ingreso empleados en prácticas [art. 11.a) del ET], sino aquella formación singular o cualificada, que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa, y que produzca al mismo tiempo un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador fácilmente identificable."

Para obstaculizar la eventual competencia desleal del trabajador contra el empresario, en determinados sectores de actividad (sector tecnológico), se contratan los pactos de competencia poscontractual. La **STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 3206, Sala Social, refleja el potencial perjuicio para la empresa:

> "(...) la simple posesión de la documentación incautada revela una conducta desleal tendente a incidir sobre un mismo mercado potencial de clientes, mediante el aprovechamiento ilegítimo de datos internos de la empresa, que conocía por su condición de trabajador de la misma, y que cuando se refieren a un sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o sus clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio para ella al alterar el juego de la libre competencia a través de proporcionar una posición de ventaja para la nueva actividad".

5. JORNADA DE TRABAJO

A) Límites de la jornada de trabajo

a) Exceso de jornada

No es exceso de jornada las 40 horas semanales que presta el personal laboral al servicio del Instituto Social de la Marina, frente a las 37,30 horas del resto de personal laboral de la Administración Pública.

Así lo declara la **STSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3104, la cual rectifica su propia doctrina anterior, a la luz de varias Sentencias del TS de 18 de enero y 9 de

febrero de 2000, las cuales decidieron que la jornada del personal laboral al servicio del ISM era la de 40 horas semanales al ser la pactada desde el comienzo de la relación laboral, sin que pueda quedar reducida a las 37 horas 30 minutos semanales.

A este respecto, expone la Sala:

> "(...) la relación laboral de los afectados por este litigio no se rige por el Convenio Colectivo Aplicable al personal laboral de la Administración de la Seguridad Social, al quedar expresamente excluida de su ámbito de aplicación por el propio convenio, debiendo regirse la misma por el contrato y el ET".

b) Compensación por exceso de jornada

Varios son los pronunciamientos jurisprudenciales que se refieren al tema de la compensación cuando existe exceso de jornada ordinaria.

Existen pronunciamientos, que en atención al carácter especial de la actividad que se presta, han entendido que debe mediar en todo caso la compensación con descansos y no el abono como horas extraordinarias.

Es el caso del personal Operativo del Servicio de incendios del Cabildo Canario. La Sala de lo Social del **TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de noviembre de 2000,** I.L. J 2636, entiende que es ajustado a derecho, la modificación horaria (trabajo en sábados y domingos) durante el período de Semana Santa, siempre que se compense este período de tiempo con días de descanso, no procediendo considerar el trabajo excepcional en sábado y domingo como horas extraordinarias:

> "(...) dadas las situaciones metereológicas en las que el riesgo de incendios es mayor, como ocurrió en la Semana Santa de 1999, y consecuencia del cual el número de visitantes del monte es mayor por tratarse de un período de vacaciones, hay que concluir que es normal que el riesgo de incendios aumente, creándose así por la conjunción de las referidas circunstancias la situación excepcional, que recoge el apartado II, punto 3 del Acuerdo de 19 de junio de 1998".

Por el contrario, y en un supuesto de jornadas especiales (carretera) la **STS de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2796, entiende que el exceso de horas de presencia deberán retribuirse como horas extraordinarias, sin admitirse su compensación con horas de jornada ordinaria no completadas. Se estudia, en esta Sentencia, el Real Decreto 1561/1995, y en concreto, si el exceso de horas de presencia, pueden compensarse con las horas de jornada ordinaria no completadas por causa no imputable al trabajador. En suma, si resulta correcto que si por razones ajenas al trabajador, la jornada ordinaria no se completa, pueda imputarse a estas horas, las de presencia que excedan del máximo legal.

El TS llega a la conclusión de que esta solución no es correcta, por cuanto supone vulnerar el art. 8 del RD 1561/1995 y el propio artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores:

> "la regla analizada establece una fórmula de cómputo separado de las horas de presencia respecto de las horas ordinarias y extraordinarias de trabajo efectivo, la que incide en su forma específica de retribución y en la posibilidad expresamente prevista reglamentariamente de que pueda pactarse su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, pero no con la retribución a percibir, en todo o en parte, por horas ordinarias no realizadas por causas no imputables al trabajador".

Se plantea, dentro de este apartado, en la **STSJ de Galicia de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 3078, si cabe retribuir el exceso de jornada del personal facultativo médico (en el caso que se analiza personal de urgencias del servicio gallego de salud), como horas extraordinarias, o si por el contrario, tal opción no cabe por no estar este concepto retributivo previsto dentro el RD-L 3/1987 por el que se establece el régimen retributivo del personal estatutario. La Sala de Galicia entiende que no cabe reconocer horas extraordinarias al personal estatutario porque:

> "(...) el personal al que se refiere la norma expuesta, sólo puede ser remunerado por los conceptos que se determinan en ella, entre los que no se mencionan las horas extraordinarias; sino un complemento de atención continuada destinado a remunerar la prestación de servicios correspondientes a su propia denominación, incluso fuera de la jornada establecida, pudiendo optarse entre este complemento y el de productividad, asignable por el especial rendimiento, interés o iniciativa del titular del puesto".

La misma fundamentación mantenía en un supuesto muy similar la Sala de lo Social del TS en su Sentencia de 26 de diciembre de 1995, (recurso 1298/1995).

c) Reducción de jornada

Cuestión central, en la reducción de la jornada, lo es el órgano con autoridad para decidirla, en especial dentro de la Administración pública.

De este tema se ocupa la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3256, quien estudia la posibilidad de que el personal laboral al servicio de la Administración pública adquiera por vía de condición más beneficiosa, el derecho a una jornada reducida.

Concluye el Tribunal, que no existe, en el caso que se analiza, tal condición más beneficiosa, porque el que se disfrute una jornada reducida durante un tiempo determinado, más o menos largo, no significa que haya sido establecida por quien tiene facultades para ello dentro del seno de la empresa.

> "(...) La condición más beneficiosa no puede ser concedía más que por quien ostenta formal y jurídicamente la facultad (aquí la potestad o competencia) patronal de fijar las condiciones de trabajo (...) En el presente caso, hasta se ignora de quién proviene esa tole-

> rancia, pero que, sin duda, era del Director de la Guardería o de la Biblioteca en la que prestaba servicios la actora, personal claramente incompetente para ello".

Contrapuesto al órgano competente para decidir la reducción de jornada, se encuentra el sujeto legitimado para pedirla. De un caso especial, a estos efectos, se ocupa la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de noviembre de 2000,** I.L. J 3173, el cual estima la solicitud de una trabajadora en situación de excedencia materna al reingreso con una jornada reducida al 50 por ciento respecto a la legalmente establecida.

Parte la Sentencia de la validez de la renuncia al derecho de excedencia reconocida porque:

> "al tratarse de un derecho es válida la renuncia al mismo, a tenor de lo establecido en el artículo 6.2 del Código Civil, ya que no está acreditado que la renuncia al derecho a disfrutar de la excedencia que realiza la hoy recurrente, contraríe el interés o el orden público o perjudique a terceros".

B) Régimen de trabajo a turnos

a) Especiales con reducción de jornada

Es frecuente encontrarse en la negociación colectiva múltiples artículos que regulan el derecho a una jornada reducida, cuando se prestan servicios en turnos, especialmente gravosos, como por ejemplo, el nocturno. Un sector de profusa regulación en este campo, es el del personal estatutario que presta servicios para el INSALUD.

La **STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2690, estudia la interpretación de distintas normas (Apartado IV de 22 de febrero de 1992 entre Administración y organizaciones sindicales sobre diversos aspectos profesionales de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, y Resolución de 23 de diciembre de 1996 de la Presidencia del INSALUD, en relación con el art. 50.1 del Personal Sanitario no Facultativo), y en concreto, si el derecho a una jornada reducida se adquiere por aquellos que ocasionalmente presten sevicios de noche. El Tribunal entiende que no y que, por tanto "la jornada de 1.530 horas-año, sólo se aplica al personal que efectúe servicios un número substantivo de noches que se encuentra marcada en la resolución antes aludida en 12 semanas o 42 noches al año (...)"

b) Modificación a solicitud del trabajador

El cambio de turno de trabajo se estudia, en la mayor parte de los supuestos desde una perspectiva negativa, en la que al trabajador y por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, se le modifica el turno originariamente establecido.

Sin embargo, existen supuestos en que la modificación del turno de trabajo es solicitada por el propio trabajador en satisfacción de un interés personal, como por ejemplo, cuan-

do se solicita la adaptación de la jornada para la asistencia a cursos (art 23 del ET). Aquí se encuadra, el supuesto que estudia **STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3164. Se plantea, en este supuesto, la compatibilidad entre el derecho a la elección de turno del trabajador que simultanea su prestación de servicios con estudios reglados y los perjuicios que el ejercicio de este derecho puede originar al resto de la plantilla.

El Tribunal, en equidad, establece que el art. 23 del Estatuto de los Trabajadores:

> "no otorga una prerrogativa absoluta a favor del trabajador que también es estudiante, sin o que como entiende con acierto el juez de instancia, ha de conjugarse con el poder de dirección y organización del empresario y con los derechos que las normas laborales otorgan a otros trabajadores".

C) Descansos

a) Compensación de trabajo en festivos

Dos son los pronunciamientos judiciales que respecto a esta materia cabe destacar en esta crónica. El primero de ellos, la **STS de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 2797, en la que el TS reconoce a los trabajadores que prestan servicios a turnos en la empresa, "Sogecable SA," el derecho al disfrute del día festivo que caiga en sábado como tal día festivo, pues de lo contrario, estarían ante un exceso de jornada, por vulnerarse su derecho al descanso de 14 fiestas anuales. Fundamenta el Alto Tribunal:

> "implica el derecho de los trabajadores al disfrute de los sábados que coincidan con festivos como tales festivos, pues en otro caso se discriminaría a estos trabajadores en relación con el personal con horario fijo de lunes a viernes, al negarles el disfrute de catorce días festivos al año de carácter retribuido y no recuperable".

Con ello, el TS incide en la línea que ya mantuviera en su Sentencia de 2 de noviembre de 1999, (recurso 1464/1999), en la que reconoció a los demandantes, el derecho a un día libre por cada festivo que cayera en sábado (día de descanso semanal).

Igualmente, cabe que la compensación por cada festivo trabajado sea de dos días de descanso, por el juego de la Institución de la Condición más Beneficiosa. Así lo ha entendido la **STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 646/2000, la cual manifiesta al respecto:

> "Dos circunstancias conducen a la Sala a la conclusión de que se está ante una condición más beneficiosa, que son: a) la sentencia recurrida en su hecho probado tercero refiere que 'las actoras hasta 1998 han venido disfrutando de dos días libres por cada festivo trabajado, y ello en virtud de lo acordado con la empresa demandada en fecha 20 de febrero de 1989'. En consecuencia, tal beneficio deviene de un contrato o pacto, que es bilateral y b) ello debe

valorarse en el contexto de su extensión temporal, de lo que resulta a diferencia de lo que concluye la Sentencia recurrida, que sí se está en presencia de una condición más beneficiosa pues se manifiesta esa voluntad empresarial de otorgar un beneficio o condición especial para el caso de que se presten servicios en festivo, que fue la única condición."

b) Limitación en el disfrute del descanso

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de junio de 2000,** I.L. J 2476, convalida la decisión del Servicio Canario de Salud de limitar el derecho al disfrute de los tres días de asuntos propios reconocidos por Pacto entre la Administración Sanitaria y Organizaciones Sindicales más Representativas de 1 de junio de 1993. La Sala de Las Palmas, entiende que la Circular de fecha 15 de febrero de 1996, limitando el ejercicio de este derecho a que simultáneamente no exista otro trabajador del mismo turno y equipo de permiso (con independencia de que sus categorías profesionales no sean equivalentes) es ajustada a derecho, pues persigue un fin general, que es la prestación de la atención sanitaria en condiciones óptimas:

"Sobre tales premisas, el requisito contenido en la Circular de 15 de marzo de 1996 que exige para conceder licencia por asuntos propios que no concurran más del 30 por ciento de los integrantes del equipo, no se puede calificar como de arbitraria pues, en definitiva, lo que persigue no es sino la prestación del servicio sanitario en óptimas condiciones al público en general."

c) Maternal

En el período que se analiza, existen dos pronunciamientos sobre el descanso por maternidad, con soluciones y razonamientos distintos, respecto a la concreta materia de la posibilidad de la cesión parcial al padre. Tales son, la **STS de 28 de diciembre de 2000,** I.L. J 2806 y la **STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3021.

Ambas Sentencias tratan sobre los requisitos que deben concurrir en la madre, para que ésta pueda transmitir al padre parte del período de descanso maternal.

El TS parte de la idea de que el titular del Derecho al Descanso es la madre, la cual queda facultada para transferir el disfrute de tal derecho al padre e igualmente, que el derecho al descanso, es un derecho netamente laboral, exigible por tanto sólo por aquellos que gocen de la condición de trabajadores por cuenta ajena. Por ello, si la madre, no ostenta la condición de trabajadora por cuenta ajena, no le resulta de aplicación el art. 48.4 del ET, con lo que ningún derecho al descanso puede transmitir al padre. En el caso enjuiciado, la madre era Registradora de la Propiedad y al respecto el TS afirma:

"Así pues, la esposa del demandante, por su condición de Registradora de la Propiedad por participar en la Función Pública, queda fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, de modo que no puede ser titular de ninguno de los derechos reconocidos en tal cuerpo normativo a los trabajadores por cuenta ajena y, consiguientemente no puede hacer cesión a su marido de un derecho del que carece."

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3021, entiende que la teoría antes expuesta, no resulta de aplicación en caso de fallecimiento de la madre.

Estudia la Sentencia citada el derecho al descanso maternal del padre, en un caso de fallecimiento de la madre, la cual se encontraba al momento del fallecimiento percibiendo el Subsidio del Desempleo. Para la entidad gestora recurrente, la madre no poseía derecho a descanso maternal, y por ello, no pudo transmitírselo al padre. La Sala no comparte este criterio y manifiesta al respecto.

> "(...) en el caso de fallecimiento de la madre –conforme así aconteció el día siguiente al parto, hallándose ya en vigor la Ley 39/1999, de 5 de noviembre– tanto da que cumpliera o no con los requisitos exigidos en el art. 124 de la Ley General de la Seguridad Social para causar derecho a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, pues el objeto del período suspensivo previsto en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores –que autoriza para hacer uso del mismo al padre en caso de fallecimiento de la madre– no puede ser otro que el cuidado del hijo, conforme literalmente se indicaba en dicho precepto antes de ser modificado".

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación parcial *versus* despido parcial

La cuestión resuelta por la Sala de lo Social del **TSJ de Cantabria** en su **Sentencia** de **19 de octubre de 2000,** I.L. J 2510, recoge la doctrina sentada en la sentencia dictada por el TS de fecha 7 de abril de 2000. Como recoge la sentencia, la cuestión litigiosa resulta ser una trabajadora que venía prestando servicios en una jornada completa para una empresa de limpiezas en diversos centros de trabajo en virtud de distintos arrendamientos de servicios y pierde una de las contratas por pasar a otra nueva empresa adjudicataria del servicio. Por tanto la cuestión a delimitar es si estamos ante un *despido parcial o una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo,* ello cuando no opera la subrogación. Pues bien, recogiendo la sentencia del TS, señala que no nos encontramos ante un despido improcedente sino ante una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, por cuanto entiende que habiendo pasado la actora de una jornada de 30,5 a 18,5 horas semanales, en razón a la pérdida de la contrata supone tal modificación sustancial y no un despido parcial, y es que como refiere el TS: "La figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única (arts. 1, 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores) aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empresario, que cuando afectan a la jornada, pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 de la norma antes citada. En el caso examinado, la decisión de la empresa de reducir la jornada de la recurrente en doce horas semanales, pudo constituir, como se ha dicho,

una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero en modo alguno un despido al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y, por el contrario, mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre la trabajadora y la empresa". Sin embargo, se ha de destacar que obvia la sentencia del TSJ una cuestión tenida en cuenta por la sentencia del TS y es que la trabajadora en ésta no tenía los requisitos exigidos para darse la subrogación, "por no cumplirse el requisito de permanencia en el centro en los tres últimos meses", lo que, sin embargo, sí parece deducirse de los hechos probados del presente supuesto comentado.

B) Modificación sustancial colectiva, caducidad de la acción

La **STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2000,** I.L. J 2528, incide en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la caducidad en los procesos de modificación sustancial por los trámites del conflicto colectivo (Sentencia de 29 de mayo de 1997) y por tal la aplicación del plazo contenido en el artículo 59.4 ET. Y ello por cuanto si bien la modificación operada se produjo hace 4 años, no accionándose judicialmente y a partir de ella se convirtió en práctica empresarial, no puede desconocerse la modificación sustancial producida y aquélla es la que se impugna por lo que no accionándose en el plazo de 20 días hábiles desde la notificación de la modificación decae la acción por estar caducada.

C) Movilidad geográfica y desempleo

La cuestión litigiosa que resuelve la **STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2593, son los efectos que un traslado a otro centro de trabajo y al que el trabajador por el contrario no acepta optando por la extinción del contrato supone sobre el derecho a la prestación por desempleo. La citada sentencia distingue entre lo que son empresas con centros móviles o itinerantes, y lo que son centros de trabajo de una misma empresa, en el presente supuesto, señala que la empresa, dedicada a la actividad de servicios, no puede ser integrada como empresa de *centros móviles o itinerantes* sino con diversos *centros de trabajo,* con lo que el traslado del trabajador a otro centro de trabajo que supone cambio de residencia, supone para éste la facultad de optar entre el traslado y la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 40 ET. Por tanto, estando ante un supuesto de traslado, al amparo del art. 208.1.e) LGSS, la extinción del contrato por mor de un traslado no aceptado supone el derecho a la prestación por desempleo.

D) Incidente de readmisión irregular, proceso de ejecución y proceso declarativo de modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo y movilidad geográfica

La cuestión que surge en el presente conflicto son las consecuencias de un acto de conciliación por la que la empresa se comprometía a la readmisión de la trabajadora en otro centro de trabajo de distinta provincia y al abono de los salarios de tramitación. La empresa cumplió tal obligación y al cabo de un mes se modifica el horario de trabajo, por lo que la trabajadora instó incidente de readmisión irregular interesando la resolución del contrato con abono de indemnización y los salarios hasta aquélla.

La Sala de lo Social del **TSJ de Andalucía (Málaga)**, en su **Sentencia de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 2900, entiende que en la fase procesal del incidente de no readmisión debe sólo discutirse si la readmisión del trabajador ha sido o no regular, esto es, si se ha producido en las mismas condiciones señaladas en la sentencia del despido o pactadas en el acuerdo conciliatorio, "pero una vez producida la readmisión regular, cualquier otro avatar o cambio que se produzca en la vida de la relación ya no puede examinarse y discutirse en el estrecho cauce procesal del incidente". Por tanto la vía adecuada es la contemplada en el art. 138 LPL, modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Criterio este acertado, máxime cuando el propio art. 277.1.c) LPL señala el plazo de "prescripción para instar la ejecución de una readmisión irregular" que lo es el de 20 días siguientes a la fecha en que la readmisión tuvo lugar.

E) Traslados de personal del INSALUD. Principios

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 2928, analiza el traslado de una auxiliar de enfermería de un servicio a otro, refiriendo la trabajadora infracción del apartado II o III del Pacto Colectivo sobre movilidad funcional de 2 de octubre de 1997, lo que es negado por cuanto para darse lo referido es necesario traslado de un servicio a otro lo que no se da cuando se trata de traslado a una unidad asistencial integrada en el mismo servicio, con lo que no se exige conformidad de la Junta de Personal, sino sólo mera comunicación o información y la posible existencia de voluntarios, elementos estos que debe probar la actora. Por otro lado, parte la citada sentencia de los principios recogidos en el art. 7 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en cuanto señala que, "los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros, que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad", y como quiera que la trabajadora no salió del servicio, sino que sufrió un traslado de una unidad asistencial a otra del mismo servicio, "tal situación no está sujeta a las limitaciones que el Pacto impone a la potestad autoorganizativa de la Entidad Gestora", quedando por ello sometida a los principios señalados en la utilización de los recursos humanos.

F) Modificación de condiciones del contrato unilateral. Vinculación del compromiso llevado a cabo por la empresa

El conflicto que resuelve la Sala de lo Social del **TSJ de Baleares** en **Sentencia de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3137, se corresponde con un trabajador de Iberia y que como consecuencia de una reestructuración comercial es remitido en noviembre de 1998 a otro departamento de administración, indicándole que "el nuevo puesto no supone cambios en sus condiciones de trabajo", pues transcurrido el trimestre deja de percibir el complemento de transporte y los incentivos por ventas.

Pues bien la sentencia parte de que la afirmación literal antes señalada tiene todo el valor de un compromiso explícito que vincula a la empresa y la obliga [artículo 3.1.c) del ET] a garantizar a su empleado que el cambio de plaza no entraña empeoramiento alguno en las condiciones laborales de que disfrutaba en la plaza anterior, lo que incluye el nivel retributivo. Y es que el "concepto de condiciones abarca –y con carácter de primordial– la remuneración (...)". En fin, la citada resolución concluye manifestando que "si no se hubiera hecho pensar al trabajador que la pérdida salarial no se produciría, éste hubiera podido ejercitar contra la medida las acciones que contempla el artículo 41 del ET para impugnar las decisiones de la empresa que introducen modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", y por ello ni procede una inadecuación de procedimiento por no acudir a la modalidad procesal del artículo 138 LPL ni la caducidad por no ejercitarse en el plazo de los 20 días siguientes a la notificación del cambio de puesto. Por consiguiente, la manifestación de la empresa de respeto de las condiciones y posteriormente pérdidas remunerativas, supone un *quebranto de la buena fe* [artículos 5.a) y 20.2 del ET], que está vedado y por tal se revoca la sentencia de instancia que desestimó la demanda.

G) Movilidad geográfica por causas médicas o socio-familiares en la empresa RENFE

La Sala de lo Social del **TSJ del País Vasco** en su **Sentencia de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3220, destaca los dos elementos o condiciones exigidos para que prospere una movilidad geográfica a instancia del trabajador, conforme al artículo 325 del Convenio colectivo de empresa, y ellos son: a) Que tenga *motivos médicos o socio-familiares,* y b) que exista *vacante*. En el presente supuesto se da el primer elemento no así el segundo y por ello se desestima la pretensión.

7. EXCEDENCIAS

A) INSALUD. Reingreso de excedencia voluntaria de ATS

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2653 (recurso 1365/1999) y la **STSJ de Asturias de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2980 (recurso 3212/1999), establecen la obligación del reingresado desde la situación de excedencia voluntaria, que pasa a ser adscrito provisionalmente a plaza de cupo y zona, de concursar en el primer concurso para ocupar plaza con carácter definitivo, conclusión que no se ve afectada por la tardanza en la convocatoria o el eventual incumplimiento de la entidad gestora en convocar el concurso. Por su parte, la **STSJ de Asturias de 3 de noviembre de 2000,** I.L. J 2587 (recurso 442/2000), señala, en el mismo sentido que las precedentes, que la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, al regular el reingreso desde la situación de excedencia del personal que no tenga reserva de plaza, obliga a su participación en el concurso de traslados, de forma tal que la falta de participación en el mismo, determina su pase a la situación de excedencia voluntaria.

B) Demora en el reingreso de la situación de excedencia voluntaria: cómputo a efectos de antigüedad y trienios

La **STSJ de Aragón de 23 de noviembre de 2000,** I.L. J 2583 (recurso 901/1999), afronta el problema derivado de una solicitud realizada por una trabajadora al INSALUD de reingreso tras situación de excedencia voluntaria, la Administración desestimó tal solicitud y señaló una fecha posterior para el reingreso. La sentencia afirma que debe reconocerse la antigüedad desde la fecha en que el reingreso hubiera resultado procedente si el INSALUD hubiera actuado conforme a derecho, estimando la solicitud, sin embargo, el hecho de que la trabajadora impugnara judicialmente la desestimación y no procediera a reingresar en la fecha indicada, sólo resulta imputable a la propia trabajadora, por lo que la antigüedad sólo puede computarse hasta tal fecha.

C) Falta de reincorporación de trabajador desde la situación de excedencia voluntaria

La **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2563 (recurso 1838/2000), establece para un supuesto en el que un trabajador pasó a situación de excedencia voluntaria en Osakidetza y posteriormente, y desde tal situación, contrató temporalmente con tal servicio, que tales contratos temporales no suponen la reincorporación desde la situación de excedencia, por lo que la negativa a una posterior reincorporación no supone la existencia de un despido, sino la existencia de una extinción del contrato indefinido por falta de reincorporación al terminar la situación de suspensión por excedencia.

D) Distinción entre la acción de despido y la de reingreso

La **STS de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2790, recuerda la diferencia existente entre la utilización de la acción de despido y la de la acción de reingreso, acción, esta última, que deberá tramitarse por el procedimiento ordinario, al tiempo que señala que tales posibilidades de reacción por parte del trabajador son alternativas y no optativas. Resulta procedente ejercitar la acción de despido cuando la respuesta empresarial es reveladora de una inequívoca actitud de no reconocimiento del mantenimiento del vínculo, mientras que la segunda, es procedente cuando no hay respuesta empresarial o se rechaza expresamente la petición de reingreso pretextando la falta de vacantes o circunstancias análogas.

E) Reingreso en distinto centro de trabajo

La **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2539 (recurso 4064/2000), señala que el excedente voluntario mantiene una simple expectativa o derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar categoría, de forma tal que, no existe un derecho a la conservación de su puesto de trabajo, sino a la reincorporación en la vacante existente "aunque no sea en el mismo centro de trabajo".

F) Reingreso desde situación de excedencia voluntaria: Exigencia de existencia de vacantes

La **STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3068 (recurso 344/1997), resuelve que la petición de reingreso de los excedentes voluntarios queda sometida a la existencia de vacantes, vacantes que se acreditan inexistentes cuando, puestos de trabajo de la misma categoría han estado sometidos a expedientes de regulación de empleo. Esta conclusión, según la sentencia, no se ve alterada por la existencia de contrataciones temporales posteriores, contrataciones que, por sí mismas, no acreditan la existencia de fraude de ley.

G) Cómputo a efectos del despido de la situación de excedencia voluntaria

La **STSJ de Asturias de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2981 (recurso 2379/2000), establece que no puede tenerse en cuenta, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, "el tiempo durante el cual permaneció a la expectativa de que la empresa reconociera la existencia de una vacante y le reincorporara al trabajo, poniendo con ello fin a la situación de excedencia voluntaria iniciada por aquél".

H) Retraso de la Administración en hacer efectivo el reingreso: Consecuencias salariales

La **STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2946 (recurso 1828/2000), aborda la cuestión referida a las consecuencias indemnizatorias que para la Administración ha de tener el retraso en otorgar destino a trabajador que reingresa desde la situación de excedencia. La sentencia, acogiendo criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, considera que cuando tal retraso se produce, la falta de actividad administrativa no resulta disculpable "salvo que se hubiese probado una causa específica, por criterios generales o etéreos referentes a su propia dinámica o inercia", por lo que debe abonar los salarios de los días de dilación en el reingreso.

I) Excedencia para el cuidado de hijos: Reincorporación anticipada

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2000,** I.L. J 3173 (recurso núm. 573/2000), establece la posibilidad de que en los supuestos de excedencia para el cuidado de hijo regulado en el art. 46.3 ET, el trabajador pueda solicitar, tras la oportuna renuncia a la situación de excedencia, el reingreso anticipado, por cuanto se trata de una renuncia válida al no contrariar el interés o el orden público o perjudique a terceros.

J) Reingreso de excedencia voluntaria de médico de cupo del SAS: Plazas en fase de amortización

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3128 (recurso núm. 1298/2000). La Sentencia tras declarar la legalidad de la resolución del SAS de 2 de diciembre de 1991, por la que se establecía que el reingreso provisional al servicio acti-

vo del personal estatutario sin derecho a reserva de plaza se produciría en la plaza vacante del centro de gasto en que se haya solicitado, "siempre que dicha vacante no esté sometida a un proceso de amortización o reconversión", desestima la solicitud de reingreso al quedar acreditado que las plazas solicitadas estaban sometidas a dicho proceso.

8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A) Suspensión del contrato de trabajo por realización de prestación social sustitutoria

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de octubre de 2000,** I.L. J 2435 (recurso 951/1999), tras afirmar que la prestación social sustitutoria es una situación regulada en una norma jurídica, por lo que no se trata de una decisión empresarial unilateral, afirmación que sirve para desestimar la pretensión de abono de salarios, derivados de la ausencia de coincidencia horaria entre el trabajo y las actividades a realizar en la prestación.

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) Calificación de la relación jurídica. Supuestos y consecuencias. b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. a) Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El artículo 52.c) del ET. b) 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. El ejercicio de la acción y la caducidad. 6. Calificación judicial del despido: procedencia. 7. Calificación judicial del despido: improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia. a) La opción entre readmisión o indemnización. b) La indemnización: cuantía y cálculo. c) Los salarios de tramitación. d) Otras cuestiones conexas. **8. Calificación judicial del despido: nulidad.** A) Nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. B) Los despidos discriminatorios. C) Otras cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido emanada del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 13 a 16 del año 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, atinentes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de atención –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Se abordan después los aspectos relativos a la impugnación del despido,

que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera causa de extinción del contrato prevista en el artículo 49 del ET es el "mutuo acuerdo entre las partes", que se documenta a través del denominado "finiquito", al que, a menudo, se reconoce valor liberatorio.

Niegan su carácter liberatorio un grupo de resoluciones. Entre ellas la **STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 2000,** I.L. J 2437 (recurso 489/2000), relativa al supuesto de una trabajadora que percibe cantidades en concepto de liquidación de contrato, suscribiendo un documento denominado "desglose de finiquito –en el que se hace constar: firmo mi conformidad al presente finiquito total de cuentas, dando por rescindido el contrato de trabajo suscrito con la citada empresa"–. Funda el Tribunal su decisión en que:

> "La carta de despido se basaba en una falta de rendimiento de la actora y ofrece a ésta la posibilidad de recurrir en el plazo de 20 días y al propio tiempo le manifiesta (que) tenía a su disposición la liquidación correspondiente. Ello pudo confundir a la demandante, persona joven que no contó con la asistencia de ningún representante de los trabajadores, ni consta renunciare a ello, conforme el documento impreso suscrito y si a ello se une que (...), formula papeleta de conciliación por despido, no puede concluirse tuviera voluntad de resolver el contrato con el percibo de una liquidación que no contiene indemnización alguna, por lo que en todo caso cabría aplicar el principio *in dubio pro operario* que rige en derecho laboral."

La **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2549 (recurso 3127/2000) niega también valor liberatorio al finiquito porque "comprende exclusivamente dos conceptos retributivos devengados durante la vigencia del contrato y alude como causa del cese a la finalización del contrato. Incluye solamente conceptos a los que de todos modos el actor siempre tendría derecho, con independencia de que la extinción fuera lícita o no, y por esta razón no es posible atribuirle naturaleza transaccional". Se razona que:

> "El finiquito queda afectado por la causa torpe del contrato, de modo que declarada la ilicitud del contrato temporal, deviene también ineficaz, salvo como recibo de cantidades, el documento de finiquito que se basaba en una causa de extinción inexistente (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1990, 6 de julio de 1990 y 24 de junio de 1998, así como la de 28 de febrero de 2000 en su FJ 4º, apartado 1, y de esta Sala, entre otras, de 28 de enero de 1999 – recurso 6921/1998– 13 de marzo de 1999 –recurso 1695/1999– y de 13 de julio de 2000 –recurso 2327/2000–)."

La **STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2678 (recurso 3841/2000) reconoce la improcedencia del despido ya que "el recibo de saldo y finiquito, no resuelve la relación laboral existente entre las partes, al tratarse de meras liquidaciones de haberes por los períodos trabajados" porque la actuación de la empresa, "no ha de reputarse correcta y ajustada a derecho, ya que (...) la sucesión de contratos temporales celebrados con el actor, lo fueron en fraude de ley".

El artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores prevé como segunda causa de extinción del contrato, las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. En este sentido la **STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2557 (recurso 3326/2000) declara la nulidad de una cláusula del contrato consistente en que "al formar parte del equipo de trabajo propuesto por el Director de la Compañía, el cese del mismo determinaría también la extinción del contrato del demandante". Se entiende que es manifiestamente abusiva y por ello la extinción del contrato se declara improcedente.

La **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2707 (recurso 3941/2000) falla en contra de la existencia del despido en un supuesto de extinción de los contratos por resolución de contrata, en una empresa de seguridad, ya que el convenio aplicable lo prevé como una de las causas lícitas de extinción de los contratos.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de julio de 2000,** I.L. J 2727 (recurso 1988/2000) reconoce la terminación del contrato por finalización de las obras y no despido en un contrato formalizado para realizar obras en la construcción, "siendo válido el cese paulatino de los contratados a medida que se van concluyendo las distintas fases o tareas de una obra en que participan".

A la expiración del tiempo convenido, contenida en el artículo 49.1.c) del ET alude, entre otras, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de septiembre de 2000,** I.L. J 2489 (recurso 437/2000), que estudia un supuesto de no renovación para el curso escolar siguiente de una profesora de religión en un centro público de enseñanza secundaria. El Tribunal funda la inexistencia de despido, en que "la contratación laboral del profesor de religión será por consecuencia siempre temporal, de duración anual, y sujeta a la discrecionalidad del ordinario diocesano; la autoridad académica no participa en la designación, que le es impuesta". Aclara el Tribunal:

> "El carácter temporal de la contratación no queda desvirtuado por la continuidad en la prestación de servicios en cursos sucesivos, lo que obedece exclusivamente a renovaciones o nuevas contrataciones 'automáticas', es decir que habrán de producirse salvo la concurrencia de un acto obstativo del Ordinario que propuso al profesor y que puede actuar *motu propio* o a instancias de la autoridad académica. (...) No existe sustento jurídico alguno para exigir a la autoridad eclesiástica la razonada justificación de la no renovación. Los contratos expiran al término de cada curso escolar desvinculando a las partes. Al igual que los contratos temporales ordinarios que admiten prórroga, el acuerdo de continuar o no la relación es un acto reservado exclusivamente a la voluntad de las partes que no requiere motivación."

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2864 (recurso 2705/2000) falla a favor del cese por expirar el tiempo convenido y por tanto en contra de la existencia de despido en un supuesto de contrato por acumulación de tareas ya que "al haber cesado el actor como consecuencia de expirar el tiempo convenido, es obvio que no existió despido alguno".

Un grupo de sentencias estudian la finalización del contrato por desistimiento del trabajador prevista en el artículo 49.1.d) del ET. Entre ellas, se reconoce como causa de extinción de la relación laboral el no reingreso al puesto de trabajo tras la excedencia voluntaria, ya que, como señala la **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2539 (recurso 4064/2000), el derecho al reingreso en vacante de igual o similar categoría del excedente voluntario "no implica derecho a la ubicación exacta en el mismo puesto de trabajo en la población de origen, pudiendo realizarse dicha reincorporación en otro lugar". El Tribunal basa su decisión en el criterio jurisprudencial, ya consolidado, del Tribunal Supremo:

> "Efectivamente, a diferencia de la excedencia forzosa, que da derecho a la conservación del puesto de trabajo (art. 46.1 ET) el excedente voluntario mantiene una simple expectativa o derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa (art. 46.5 ET). De conformidad con dicho precepto el excedente voluntario no tiene derecho a que se le conserve el puesto de trabajo, quedando su incorporación condicionada a la extinción del tiempo por el que la excedencia se concedió a la solicitud de reingreso eficaz y tempestivamente solicitado por el excedente y a la existencia de vacante de su misma o equivalente categoría en el momento de la solicitud, aunque no sea en el mismo centro de trabajo, según sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1999 (RJ 9102/99)."

La **STSJ de Extremadura de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3083 (recurso 562/2000) falla a favor de la inexistencia de despido, en el supuesto de un trabajador que comunica por escrito a la empresa su voluntad clara e inequívoca de dar por concluida la relación laboral, baja voluntaria que no se hace operativa en la fecha solicitada, sino pocos días laborables después.

Reconocedoras de la inexistencia de despido, son entre otras, la **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2563 (recurso 1838/2000), relativa al supuesto de una trabajadora que no se reincorpora a su puesto de trabajo, pese a la orden recibida en tal sentido, por existir vacante, o la **STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2676 (recurso 3847/2000) dado que la trabajadora no cumplió con la obligación de solicitar la readmisión en su puesto de trabajo habitual, una vez finalizada la situación de invalidez provisional.

La **STSJ de Extremadura de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3085 (recurso 590/2000) reconoce la existencia de baja voluntaria de un menor de 18 años, motivándola en que "la autorización tácita del representante legal para realizar un trabajo, autoriza al trabaja-

dor con capacidad limitada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación".

La jubilación del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 49.1.f) se estudia en la **STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 3038. La Sala confirma la sentencia de instancia y falla a favor de la extinción y no del despido, por cuanto el trabajador ha cumplido la edad de jubilación, y no existe a tal fecha acuerdo alguno que permita la prolongación de la edad de jubilación.

Analizan el supuesto de la extinción contractual por jubilación del empresario, previsto en el artículo 49.1.g) del ET diversas resoluciones. La **STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2000,** I.L. J 2665 (recurso 530/2000), falla a favor de la improcedencia del despido ya que "para la validez de tal extinción no basta con que se produzca la jubilación, sino que es necesario además que, dentro de un plazo prudencial, haya tenido lugar el cierre de la empresa, y es evidente que si esta explotación ha continuado, aunque el jubilado se haya limitado a actuar como mero propietario de la misma, no se ha producido durante muchos años el segundo requisito mencionado; y cuando el cierre del negocio aconteció ya había transcurrido en exceso, cualquier tipo de plazo razonable".

Por el contrario, se entiende que concurre la causa de extinción de la relación laboral por jubilación del empresario en sentencias como la **STSJ de Extremadura de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3084 (recurso 582/2000), con reconocimiento de jubilación, baja del empresario en la Tesorería y en el Impuesto de Actividades Económicas. La **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3149 (recurso 4390/2000), ya que "concurriendo el requisito fáctico de tener la edad mínima prefijada en la ley y el efectivo cese en la actividad, es indiferente el lucro o no por parte del empresario de la pensión pública, pues ello es consecuencia de una concreta relación del empresario con la Seguridad Social, ajena a la mantenida con el empleado", y la **STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3209 (recurso 2245/2000), puesto que tras la jubilación, no se produce sucesión *ex* artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no ha habido cesión alguna ni transmisión de materiales, personal ni locales, "sino que el hijo del empresario se limita a trabajar como autónomo en el negocio de sus padres (...) con creación de una entidad que comenzó a realizar la misma actividad que la anterior".

La **STSJ de Extremadura de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3082 (recurso 591/2000) resuelve en favor de la inexistencia de despido, dado que "la asignación a la otra trabajadora de la plaza que interinamente venía ocupando la actora, aunque aquélla la ocupe en la misma forma, no constituye despido alguno porque ello se ha hecho en cumplimiento de una sentencia firme".

La **STS de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2613 (r.c.u.d. 3462/1999) concreta cómo para que se entienda que existe desistimiento por parte del trabajador se "requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vin-

culación laboral". En aplicación de esta doctrina, en el supuesto enjuiciado, el Tribunal entiende que no existe desistimiento.

> "Tras un proceso de incapacidad temporal y unas actuaciones administrativas sobre invalidez permanente, en las que se estableció la ausencia de inhabilidad laboral, tarda unos diecinueve días en acudir a la empresa, informar de su situación y manifestar su deseo de reincorporación. La tardanza, según noticia que el Magistrado de instancia subraya, se debió a que según información recibida en el INSS, disponía de un mes para llevar a cabo esas operaciones tendentes a su reinstalación. En estas condiciones es imposible entender que nos encontramos ante un desistimiento tácito, es decir, ante un comportamiento que de manera clara y contundente muestra, por vía indirecta, la intención decidida de extinguir el contrato de trabajo."

La **STSJ de Cantabria de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2510 (recurso 859/2000) estudia un supuesto de reducción proporcional de jornada, de una trabajadora de una empresa de limpieza, respecto de los servicios que deja de prestar, por extinguirse el contrato con una comunidad de propietarios. El Tribunal declara la inexistencia de un despido, calificando el supuesto como modificación sustancial de las condiciones de trabajo, contemplada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Razona la Sala:

> "no estamos ante un despido improcedente, sino ante una modificación sustancial de las condiciones laborales prevista en el artículo 41 del ET al resultar reducida por las razones que consta, que la jornada laboral de la actora, ha pasado de 30,5 a 18,5 horas semanales".

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Calificación de la relación jurídica. Supuestos y consecuencias

De entre los pronunciamientos judiciales sobre despido estudiados, se detectan algunos en los que previamente al análisis del fondo del asunto, el juzgador indaga sobre la naturaleza jurídica laboral, común o especial de la relación. Tal es el supuesto estudiado en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2510 (recurso 539/2000) que confirma la improcedencia del despido de un reportero gráfico, desestimando la excepción procesal de incompetencia de jurisdicción, al tratarse de una relación laboral en la que se dan "las notas exigidas de dependencia y ajenidad, sin que sea preciso se den las circunstancias de que disfrutara de vacaciones ni que estuviera sometido a un horario determinado".

Por el contrario, se niega la existencia de relación laboral en la **STSJ de Valencia de 11 de septiembre de 2000,** I.L. J 2832 (recurso 916/2000) respecto de una "Lazarillo" que realiza servicios para su cuñada, quien tiene reconocida la condición de minusválido, con una disminución de su capacidad orgánica y funcional del 90 por ciento por ceguera bilateral y deficiencia mental. Basa el Tribunal su decisión en "la relación familiar existente

entre las partes y el apoyo del resto de la familia en la colaboración al acompañamiento (...) a su puesto de venta", no constando acreditados "ni el horario, ni la retribución, ni la dependencia."

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 3249 (recurso 676/2000) califica como "especial y sujeta al marco de la norma internacional de la que surge y en la que descansa" la relación de trabajo de un marinero marroquí, respecto de la cual entiende que se ha producido una extinción contractual por causa consignada en su contrato de trabajo y no un despido.

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

La responsabilidad solidaria de las empresas se estudia en sentencias como la **STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2000,** I.L. J 2669 (recurso 2695/2000), fallando a favor de la misma en un supuesto de despido de vigilante de seguridad en empresas en las que el juzgador aprecia la existencia de "confusión de caja" entre ellas, así como la expedición indistinta de partes de baja por enfermedad del trabajador, por ambas empresas. La **STSJ de La Rioja de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2722 (recurso 319/2000) confirma la sentencia de instancia y declara la responsabilidad solidaria de dos empresas de limpieza por la improcedencia del despido, pese al incumplimiento de la empresa saliente de la obligación convencional de informar a la empresa entrante de la plantilla de trabajadores, ya que ésta "recibió durante siete días el trabajo de la actora en el mismo puesto y centro de trabajo de la concesión, sin formular objeción alguna".

Resuelven en contra de la estimación de un grupo de empresas varias sentencias. La **STS de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2791 (r.c.u.d. 4383/1999) sistematiza la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Alto Tribunal sobre el grupo de empresas y la responsabilidad solidaria. Mantiene que:

> "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria. En el caso que enjuicia, la única razón de condena efectuada contra las empresas es la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo, elemento que (...) carece de eficacia para ser determinante de la condena solidaria. Por tal motivo estima el recurso condenando por los efectos del despido improcedente exclusivamente a la empresa que era la empleadora del trabajador despedido y que por consiguiente debe responder de sus acciones".

La **STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2996 (recurso 1123/2000) niega la existencia de grupo de empresas y hace suya la doctrina jurisprudencial configurada al respecto en torno a los siguientes puntos:

> "a) necesidad de que el nexo o vinculación entre las empresa reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresa, tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales; b) el funcionamiento integrado o unitario de

> las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo indistinta o común, simultáneamente o sucesiva, a favor de varios empresarios y la búsqueda mediante la configuración de empresas aparentes sin sustrato real, de una dispersión o elusión de responsabilidad laboral; c) confusión de plantillas, confusión de patrimonio, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección; d) por último, las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectados por el fenómeno real o 'ficticio' de empresarios".

La **STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3219 (recurso 2340/2000) declara que no existe subrogación de empresa en un supuesto de despido improcedente de un trabajador que presta sus servicios en una empresa de limpieza, basándolo en que "no concurre cuando se trata de una mera sucesión en la actividad contratada de limpieza de los locales o contratante. Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio Colectivo, o al menos el pliego de condiciones aceptado por el nuevo contratista".

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

De las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, como causa de extinción de la relación laboral, prevista en el artículo 54.2.a) del ET, se ocupa la **STSJ de Valencia de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 3110 (recurso 2947/2000). En ella se califica como "causa justificada" de despido:

> "la sentencia firme de la Jurisdicción del orden penal, que condena, (y) priva de la justificación de la ausencia que hasta ese momento, y como garantía del derecho a la presunción de inocencia se derivaba del artículo 45.1.g) del Estatuto de los Trabajadores; por ello desde el momento en que la sentencia penal adquirió firmeza, la ausencia al trabajo dejó de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento de contrato, sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.2.a) del Estatuto".

La **STSJ de La Rioja de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3226 (recurso 342/2000) reconoce como causa de despido las ausencias injustificadas del puesto de trabajo, repetida y prolongadamente durante varias jornadas de noche "desatendiendo las máquinas y su producción, disminuyendo sensiblemente ésta y desobedeciendo órdenes expresas de sus superiores respecto del abandono del puesto de trabajo" lo que para la Sala constituye "incumplimientos contractuales graves tipificados en los apartados a), b), d) y e) del número 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores".

El artículo 54.2.b) considera como incumplimiento contractual merecedor del despido la indisciplina o desobediencia en el trabajo. El precepto es analizado por la **STSJ de Baleares de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3132 (recurso 732/2000) que revoca la sentencia de

instancia porque negarse a cumplir las órdenes del empresario de forma reiterada, tiene la gravedad suficiente como para ser constitutivo de despido. Éste "exige, en el supuesto de la desobediencia que además de grave y culpable sea injustificada (...) –y en el caso analizado –consiste en su negativa a cumplir las órdenes de trabajo, consistente en acudir a otra empresa a realizar sus funciones de mecánico, de forma reiterada e injustificada". En términos similares se pronuncia la **STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3163 (recurso 4300/2000) en un supuesto de sustracción de material de la empresa, merecedor del despido.

Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos es la tercera causa de despido por motivos disciplinarios, regulada en el artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores. La **STSJ de Valencia de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2840 (recurso 539/2000) falla en contra de la procedencia del despido, en el supuesto de un trabajador que dirige una carta a un compañero –que no cuidaba y utilizaba de forma adecuada los servicios de aseo de los trabajadores– en la que se dice "Cuando respetaras lo de la gente entonces te respetaremos, andaluz" "a tu tierra", por entender que los hechos "no pueden calificarse de graves, atendidas las circunstancias concurrentes".

Por el contrario la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de noviembre de 2000,** I.L. J 3181 (recurso 635/2000) califica la decisión extintiva como procedente, ya que "la conducta del acto es encuadrable en el artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, al haber ofendido al encargado de la empresa y compañeros de trabajo, así como haber tenido un comportamiento amenazante respecto con la directora de la empresa".

La transgresión de la buena fe contractual, prevista en el artículo 54.2.d) del ET como causa de despido disciplinario, se analiza en diversas resoluciones. Entre ellas la **STSJ de Cantabria de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2643 (recurso 1013/2000) que enjuicia el supuesto de un trabajador "con la categoría de encargado y primo del empresario" que sustrajo dos barriles de sardinas en salazón, ayudándose de una *fenwick* valoradas en unas 330.000 pesetas, calificando el Tribunal que "tales actos realizados por el actor y prescindiendo del valor que tuvieran los productos sustraídos –lo que es indiferente a efectos laborales–, pues lo trascendente es la relación de confianza que debe presidir un contrato de trabajo (...) con su acción, abusó de la confianza en él depositada e incurrió en la transgresión de la buena fe contractual". La **STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2689 (recurso 3607/2000) considera claramente transgresora de la buena fe contractual la actuación del trabajador que lleva a cabo una maquinación para alterar el precio de venta, pese a la orden expresa que le dio la patronal de vender a un precio determinado, así como la prohibición de vender a precio inferior, "consistente en facturar inicialmente al precio superior para, después, abonar al cliente la diferencia con el precio inferior", hecho que motiva la procedencia del despido.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3125 (recurso 2277/2000) confirma la procedencia del despido de un trabajador que se apropia de 7.000 pesetas que había en el monedero de una farmacéutica al entrar a dejar un pedido en la rebotica, aunque se persona después pidiendo perdón y manifestando que devolve-

ría el dinero a fin de que se dijera a la empresa que todo había sido un malentendido. Recuerda el Tribunal que en el proceso laboral no es aplicable la presunción de inocencia.

Por el contrario la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 2989 (recurso 685/2000) analiza la falta de asistencia al trabajo durante un día y ausentarse de la oficina otros dos días. Entiende el Tribunal que "no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido" y basa su decisión en que "las ausencias fueron como consecuencia de la visita al médico", así como que "el Convenio califica, en todo caso, solamente tres faltas como falta grave".

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas

La **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 3152 (recurso 4612/2000) basa la improcedencia del despido en la inexistencia de elementos que permitan conocer la razonabilidad de la conducta empresarial, "no puede conocerse la incidencia que para la buena marcha de la empresa pudiera tener la extinción del contrato del actor". Funda su decisión en la doctrina del Tribunal Supremo sobre los elementos necesarios para la existencia de despidos objetivos.

> "El primero, la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa (situación económica de la empresa) o en la eficacia de la misma (carencia o necesidad de una más adecuada organización de los recursos). El segundo, la amortización de uno o varios puestos de trabajo y, el tercero, la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada, considerando que ha de existir una adecuación o proporcionalidad entre aquéllas para conseguir tal superación, siendo por tanto objeto de valoración no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenimiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas."

a) Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El artículo 52.c) del ET

La **STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2677 (recurso 3775/2000) falla en favor de la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas motivada en la pérdida del cliente principal representante de más del 70 por ciento de la facturación total de la empresa, lo que "ha reducido considerablemente la actividad comercial, y dejado sin contenido el puesto del actor".

La **STSJ de Murcia de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2716 (recurso 443/2000) exime al FOGASA del pago del porcentaje de indemnización derivada del despido por causas objetivas, dado que la extinción de los contratos carece por completo de validez como despido objetivo, "al no haberse superado el límite que se desprende del apartado a) del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores".

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de octubre de 2000,** I.L. J 3189 (recurso 645/2000) declara la procedencia del despido de una profesora de Educación General Básica que prestaba sus servicios para el Ayuntamiento de Aranda de Duero "al haberse autorizado el cese de actividades al centro privado en el que prestaba sus servicios".

b) La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del ET

Estudian este supuesto diversas sentencias como la **STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 2507 (recurso 871/2000), ó la **STSJ de Cantabria de 30 de octubre de 2000,** I.L. J 2515 (recurso 927/2000) en supuestos de extinción del contrato en empresas de limpieza por causas organizativas. En ambos casos, las funciones desempeñadas por los trabajadores pasan a ser asumidas por trabajadores de la propia empresa en las que prestaba servicio en virtud de una contrata de limpieza. La extinción del contrato es, según la Sala y en ambas resoluciones, "una medida necesaria para una mejor organización de los recursos con que cuenta la empresa demandada, que no está obligada (...), a proseguir una relación laboral que no puede reportarle sino pérdidas, es decir, supone un gravamen, a los solos efectos de mantener un vínculo laboral innecesario".

La **STSJ de Murcia de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3195 (recurso 1051/2000) declara la improcedencia del despido por causas objetivas de un trabajador porque, como señala la Sala, "cuando la empresa tenga varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, la situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto". Argumenta el Tribunal que:

> "deben comparase beneficios y pérdidas a nivel global empresarial y no separadamente por centros o secciones, pues en sentido contrario, tampoco sería defendible que si la empresa estuviera en trascendente situación económica negativa a nivel global no pudiera, en ningún caso adoptar medidas que aisladamente pudieran generar ganancias o no está en concreta situación económica negativa. Y ésta es la solución que debe adoptarse en el presente procedimiento puesto que no existe una situación negativa económica de la empresa en su conjunto, sino que documentalmente está probado que obtiene beneficios. El nivel global empresarial es positivo por lo que aunque una parte de su actividad sea negativa no le permite despedir a un trabajador de ésta. Se está ante una empresa única donde rige el Convenio de la Hostelería, sin que exista prueba que acredite que la empresa en su totalidad o globalidad tuvo pérdidas en el año inmediato anterior al despido, tratándose de una empresa única, con dirección única, contabilidad única y único número de patronal, produciéndose el significativo hecho de que trabajadores destinados en el Hotel también trabajen ocasionalmente en la Sala de Bingo con nóminas acreditativas de estos intercambios".

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

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 3250 (recurso 641/2000) declara la nulidad del despido de una trabajadora por no haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 51.12 del Estatuto de los Trabajadores para proceder a la extinción de los contratos de trabajo basados en la existencia de fuerza mayor, al haberse producido el cierre de la empresa por lanzamiento del empresario precarista. Falla el Tribunal que el cierre de la empresa por lanzamiento del precarista determina un supuesto de fuerza mayor, ajeno a la voluntad del empresario y contra el que inútilmente podía luchar al carecer de justo título". El Tribunal considera que:

> "(...) La amortización que se apoya en el cierre por causa económica exige la concurrencia de una situación de crisis, de circunstancias negativas o adversas a su continuidad. La empresa se considera inviable o carente de futuro y para evitar la prolongación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores con las indemnizaciones correspondientes.
>
> Se consideran supuestos de fuerza mayor no solamente los casos de incendio, inundación, terremoto, explosión, plazas de campo, guerras, tumultos o sediciones, sino en general, cualquier acontecimiento de carácter extraordinario que imposibilite el trabajo en la empresa debido a hechos que, aun previstos, no se han podido evitar (...)"

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA CADUCIDAD

La **STS de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2790 (r.c.u.d. 856/2000) unifica la doctrina respecto al ejercicio de la acción en los supuestos de negativa empresarial a la petición de reingreso tras una excedencia voluntaria. Entiende como acertadas las resoluciones en las que se aprecia la inadecuación de procedimiento, razonando que no debió haberse formulado demanda sobre reclamación de derechos a través del proceso ordinario, sino demanda por despido. Señala la Sala, cómo:

> "quedan abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas, para impugnar tal decisión: el proceso por despido, cuando dicha negativa, por las circunstancias en que se produce, manifiesta no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo, aunque con voluntad de que se conserve en suspenso".

La **STS de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2792 (r.c.u.d. 27/2000) resuelve un conflicto en torno a si el ejercicio de la acción de resolución del contrato a instancia del trabajador regulado en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores provoca la obligación del Tribunal de apreciar la excepción de litispendencia en otro procedimiento posterior por

despido, entre las mismas partes. Falla el Tribunal, en unificación de doctrina, en contra de la apreciación de tal excepción y ello porque no se produce una perfecta identidad entre ambas acciones de resolución del contrato de trabajo "en el primero de los litigios se enjuicia la conducta del empresario, en el segundo la del trabajador", "la extinción contractual se produce, siempre que el contrato está vigente, en el momento mismo que se dicta la resolución que la acuerda, y no procede si el contrato se hubiera extinguido antes por cualquiera otra de las causas".

El plazo para ejercitar la acción de despido es de caducidad y no de prescripción, como recuerda la **STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 3037, en la que la Sala falla a favor de estimar la caducidad de la acción, "por lo que no pueden volverse a contar íntegramente los veinte días una vez transcurre un mes sin respuesta a la reclamación previa, sino tan sólo los días restantes que faltaban del período ya consumido desde el momento del despido hasta el de presentación de la reclamación previa, que tan sólo tienen efectos suspensivos respecto a la acción de despido".

Resuelven en contra de la estimación de la caducidad resoluciones como la **STSJ de Extremadura de 6 de octubre de 2000,** I.L. J 2469 (recurso 505/2000) al reconocer que el apartado 3 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, tras indicar que la acción por despido caducará a los veinte días siguientes a aquel en que se hubiera producido, aclara que "los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos" por lo que según el Tribunal el Magistrado de instancia, "además de los domingos, debió excluir el cómputo de los días 20 y 21 del mes de abril –el primero por ser fiesta nacional respecto a la cual la Comunidad Autónoma de Extremadura no ejercitó su derecho de cambio y el segundo por ser fiesta nacional no sustituible–, con lo que el trabajador consumió solamente dieciséis días hábiles". La **STS de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 2631 (r.c.u.d. 1355/2000) unifica doctrina sobre la utilización inadecuada del trámite de conciliación previa en lugar de reclamación administrativa, lo cual no impide, según el Tribunal el curso del procedimiento jurisdiccional por omisión del requisito de procedibilidad. Funda el Tribunal su decisión del siguiente modo:

> "1. Los requisitos procesales o de procedibilidad deben ser valorados con un criterio finalista, según reiterada jurisprudencia constitucional y ordinaria; 2. El requisito de reclamación administrativa previa tiene la finalidad de dar a conocer a las personas jurídicas de derecho público la existencia de un propósito de litigar para que, en su caso, consideren la posibilidad de evitar un litigio o puedan preparar su defensa; 3. La finalidad del trámite de conciliación administrativa previa a los procesos frente a personas jurídicas privadas es equivalente a la finalidad señalada en la reclamación administrativa previa; 4. En las circunstancias del caso, el intento de conciliación, que vino acompañado de reclamación administrativa previa a la corporación municipal, cumplió la finalidad de puesta en conocimiento del litigio a la parte demandada, y de asignación a la misma de un margen de tiempo para conocer su posible interposición o considerar su evitación, y 5. Salvado (...) el interés preprocesal de conocimiento y evitación del litigio que tiene la parte demandada, la solución opuesta a la adoptada de cerrar en la instancia la vía de la acción de despido supondría un perjuicio a los intereses de la parte demandante que no resulta en el caso proporcionado a la entidad de la irregularidad cometida."

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2972 (recurso 764/2000) confirma la estimación de la caducidad. Según el Tribunal el plazo para interponer la demanda de despido no queda interrumpido por la presentación por la empresa de demanda de conciliación, en la que se solicitaba la extinción de la relación laboral. Motiva la Sala su decisión en que: "Los supuestos de suspensión no son otros que la solicitud de conciliación ante el servicio correspondiente o la presentación de la reclamación administrativa previa cuando el demandado hubiera de ser la Administración Pública."

La **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3105 (recurso 2933/2000) falla a favor de la caducidad, ya que el trabajador ha interpretado como inhábil un día que en el calendario laboral confeccionado por la universidad era festivo –no así en la localidad de la sede en que se ejercita la acción–, cuando como señala el Tribunal, los únicos órganos competentes para declarar un día inhábil son "la Administración General del Estado y la Administración Autonómica".

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Cantabria de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 2516 (recurso 935/2000) estudia un supuesto de desobediencia del trabajador a una orden de la Comunidad de propietarios para la que trabaja y declara la procedencia del despido, por entender que la actitud del actor constituye "un comportamiento rebelde, abierto y enfrentado, un acto de incumplimiento consciente y querido, que tiene repercusiones evidentes para el disfrute de los comuneros". Motiva el Tribunal su decisión en que:

> "El trabajador no puede erigirse en definidor de sus obligaciones, sino que, ante una orden de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma comportara riesgos inminentes para el operario o fuese manifiestamente ilegítima o abusiva, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que fuere procedente (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1983; 28 de noviembre de 1989; 10 de abril de 1990; 15 de marzo de 1991, entre otras). De manera que sólo se exceptúan del deber de obediencia las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables, atentan contra su dignidad, son ilegales o concurren circunstancias de peligrosidad que razonablemente justifican la negativa a obedecer (STS de 9 de marzo de 1996 y 27 de julio de 1987 entre otras)."

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2521 (recurso 2097/2000), analiza el supuesto de despido de un trabajador que "incumplió voluntariamente los servicios mínimos fijados por al Autoridad Gubernativa competente, para la huelga de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera en la provincia de León, servicios que no fueron impugnados por abusivos o desproporcionados, y que se establecieron por orden de la Consejería de Fomento". Entiende la Sala que el trabajador incurrió en la falta disciplinaria, sancionada por la empresa y merecedora del despido, por lo que reconoce su procedencia.

La **STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2689 (recurso 3607/2000) confirma la procedencia del despido de un trabajador que pese a la orden expresa que le dio la patronal de vender a un precio determinado, así como la prohibición de vender a precio inferior, realizó "una maquinación para alterar el citado precio, consistente en facturar inicialmente al precio superior para, después, abonar al cliente la diferencia con el precio inferior".

La **STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 2719 (recurso 412/2000) confirma la procedencia de la extinción de un contrato de trabajo precedido de otros anteriores de interinidad, formalizados sin solución de continuidad, para sustituir a diferentes trabajadores. Motiva el Tribunal su decisión en que:

> "resulta indiferente que –la extinción– fuese motivada por la reincorporación de la trabajadora sustituida una vez finalizada su baja por enfermedad, o si se produjo, sin acontecer la reincorporación, por finalización de la duración de la contratación temporal de la sustituida, en cuanto en ambos supuestos habría cesado la obligación de reserva del puesto de trabajo para el empresario y de suspensión del contrato para el trabajador".

La **STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2000,** I.L. J 3034, declara la procedencia del despido de una trabajadora que no se incorpora a su puesto de trabajo pese a ser dada de alta médica. El Tribunal califica la inasistencia como "incumplimiento contractual" de suficiente entidad, susceptible de ser sancionado con el despido al concurrir en el mismo las notas de gravedad y culpabilidad", dado que "el trabajador después de ser dado de alta médica, debe reintegrarse a su puesto de trabajo, con independencia de su impugnación".

La **STSJ de Valencia de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 3110 (recurso 2947/2000) califica como causa justificada del despido "la sentencia firme de la Jurisdicción del orden penal, que condena", y entiende que no existe, por tanto, justificación de la ausencia al trabajo.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un nutrido grupo de sentencias declaran la improcedencia del despido. La **STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 2000,** I.L. J 2437 (recurso 489/2000) en un supuesto en el que no se acredita el despido de una trabajadora "por notoria y efectiva disminución de rendimiento en el trabajo diario y continuo", basándose la empresa en que la trabajadora percibió unas cantidades en concepto de liquidación de contrato, suscribiendo un documento denominado "desglose de finiquito", al que el Tribunal no le reconoció valor liberatorio [*vid. Supra* apartado 2.A)]. La **STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2700 (recurso 4700/2000) motiva la improcedencia por no acreditar el bajo rendimiento del trabajador para ser causa de despido, ya que "corresponde, de conformidad con el art. 1214 CC al empresario probar la causa del despido, concretamente la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento laboral del trabajador".

La **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2549 (recurso 3127/2000) contempla un supuesto de ilicitud del contrato temporal, en que el Tribunal reconoce que deviene también ineficaz su finiquito, salvo como recibo de cantidades, porque "el documento de finiquito se basaba en una causa de extinción inexistente".

La **STSJ de Extremadura de 27 de octubre de 2000,** I.L. J 2474 (recurso 539/2000) declara la improcedencia del despido de una trabajadora, motivado en que su marido acudió al centro de trabajo a entregar un parte de baja, procediendo a ofender al gerente de la empresa, y así ampliar la responsabilidad de la trabajadora por los actos ofensivos cometidos por su esposo. El Tribunal justifica su decisión en que:

> "Es evidente que no existe en la sentencia combatida dato fáctico alguno referido a la actora que se hallaba en su casa, enferma, del que se pueda presumir la existencia de una conformidad o tácita aquiescencia con la conducta de su esposo que había acudido sólo a la empresa a fin de entregar el parte de baja de su mujer, por lo que de los hechos que provocó el mismo no puede ser responsable, en modo alguno, la trabajadora que ninguna actitud activa o pasiva podía mantener ante actos en los que no estaba presente ni podía siquiera, presumir."

Son también varias las sentencias que declararan la improcedencia del despido de un trabajador, con el que se formalizan diversos y sucesivos contratos de trabajo temporales. La **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2537 (recurso 3822/2000) la declara, siendo el último de ellos un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, en el que "no se ha acreditado cuál ha sido la causa que motivó de forma específica la celebración del mismo, con lo cual dicho contrato carece de uno de sus elementos fundamentales, llegando así a la conclusión de que se ha celebrado en fraude de ley". Y la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3127 (recurso 1826/2000) porque "la relación laboral contratada entre las partes no se ajustó desde su inicio a las exigencias y finalidad del artículo 14.1 del Estatuto jurídico del personal Sanitario no Facultativo, debiendo ser calificadas de fraudulentas las contrataciones sucesivas así celebradas, y por eso mismo, de despido el cese injustificado de la actora".

La **STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2647 (recurso 1064/2000) enjuicia un supuesto de contrato de interinidad por sustitución de incapacidad temporal, en el que no se produce la reincorporación del trabajador sustituido al declararse su invalidez permanente. Declara la relación laboral consolidada y por tanto el despido improcedente, por aplicación de la doctrina de unificación plasmada por el Tribunal Supremo.

Diversas resoluciones analizan supuestos de extinción de contrato de obra o servicio determinado. La **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2548 (recurso 2564/2000) declara su improcedencia, sosteniendo el criterio de "irregularidad en tal tipo de vinculaciones, con la declaración de indefinición de la relación inicialmente pactada como temporal con condición resolutoria". Alude la resolución a una consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así entre otras, en la Sentencia de 19 de enero de

1999 en la que se hace cita y compendio de los precedentes de 10 y 30 de diciembre de 1996, sobre tema similar, precisó:

> "El válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el art. 15.a) del Estatuto de los Trabajadores, no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino que además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio y que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas. Por tanto, cuando consta que en la ejecución del contrato las funciones desarrolladas no se han atenido a la obra o servicio determinado que se fijó como objeto de aquél, sino que han consistido en la realización de actividades normales y permanentes del organismo demandado, la relación laboral concertada ha de considerarse indefinida."

La **STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2557 (recurso 3326/2000) declara la improcedencia de la extinción de contratos de obra o servicio porque en la relación de trabajo "no ha existido obra o servicio con autonomía y sustantividad, sino que el actor ha realizado tareas permanentes y habituales del organismo demandado". La **STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2697 (recurso 4484/2000) porque "el contrato de obra o servicio determinado requiere que la obra o el servicio concertado tenga carácter ocasional y no duradero, por lo que resulta inapropiado para la ejecución de actividades normales y permanentes" como es el servicio de limpieza que al ser "una necesidad permanente" su inintemporalidad para concluir provoca su indefinición. Y la **STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3067 (recurso 5061/2000) por cuanto, pese a finalizar la obra que constituía el objeto del contrato, durante el tiempo que la misma estuvo paralizada, el trabajador prestó sus servicios para la misma empresa en obras diferentes.

La **STSJ de Valencia de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 3111 (recurso 3016/2000) califica como improcedente el despido, siendo adecuada la modalidad del contrato por obra o servicio, condicionado a un programa de prevención y de actuación en materia de drogodependencia. Según la Sala "un programa cuyas funciones constan generalmente descritas y cuyo personal se ha contratado de acuerdo con dichas funciones, sin especificar, deberá mantenerse en el mismo hasta su finalización".

La **STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2557 (recurso 3326/2000) declara la improcedencia de un despido basado en una cláusula del contrato consistente en que "al formar parte del equipo de trabajo propuesto por el Director de la Compañía, el cese del mismo determinaría también la extinción del contrato del demandante". Entiende que esta cláusula es nula por manifiestamente abusiva.

La improcedencia del despido de una trabajadora que suscribe contrato de interinidad para sustituir a un trabajador durante su incapacidad temporal y, es despedida tiempo después a la incorporación de éste en su puesto de trabajo, se estudia en la **STSJ de Andalucía de 14 de julio de 2000,** I.L. J 2728 (recurso 2234/2000).

La **STSJ de La Rioja de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 2720 (recurso 353/2000) revoca la sentencia de instancia y, declara la improcedencia del despido de un trabajador que tras haber sido sometido a una intervención de "hernia epigástrica recidivada, con una herniorrafia con malla", y encontrándose en situación de incapacidad temporal, acude a cazar y a pescar. Casi un año después de la operación debido al rechazo de la malla de propileno, fue intervenido nuevamente. Entiende la Sala que la conducta del actor no reviste la gravedad suficiente como para ser merecedora del despido. Tras exponer la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la teoría gradualista imperante en esta materia, concluye que:

> "El trabajador aún debería estar de baja médica –y por tanto no ir a trabajar– pero pudiendo hacer una vida normal no laboral, incluso andar y pescar. Luego en ninguna de las dos hipótesis el actor, con su actitud, provocó que se prolongara su situación de baja por enfermedad. En el primero de los supuestos porque ya estaba curado; en el segundo porque al pasear y pescar en nada afectaba a su situación médica. Y no se olvide que no le despidieron por no acudir a su trabajo, sino por empeorar su salud al haber ido a pescar."

La **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3106 (recurso 2939/2000) analiza la actuación de la Consejería de Trabajo, que formaliza un contrato de servicios con una empresa, por el cual, dicha empresa se compromete a facilitar recursos humanos. Entiende la Sala que "el cese acordado bajo la cobertura de finalización de la contrata administrativa" debe calificarse como despido, y "la cesión efectuada debe considerarse ilícita" por lo que el despido se considera improcedente.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 2000,** I.L. J 3140 (recurso 480/2000) revoca la sentencia de instancia y falla en favor de la improcedencia del despido de un trabajador de banca que es a su vez agente para la producción de seguros. Motiva el Tribunal su decisión en que "no puede exigirse al trabajador responsabilidad por competir deslealmente, no con la empresa contratante, sino con otra integrante del grupo en la que aquélla se inserta, sin que paralelamente se afirme la responsabilidad solidaria del grupo respecto de las obligaciones contraídas o que pudieran derivarse de la relación con el trabajador".

La **STSJ de Madrid 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3150 (recurso 4349/2000) basa la improcedencia del despido en la calificación de la relación laboral de un auxiliar de estadística del Instituto Nacional de Estadística, como una "relación laboral de naturaleza indefinida de carácter discontinuo" que responde a una "necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o se produce en intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad".

La **STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3169 (recurso 4725/2000) califica la decisión extintiva de un trabajador minusválido como improcedente, ya que ésta se lleva a cabo durante el "período de adaptación profesional del trabajador disminuido" y una vez superado el "período de prueba".

El Tribunal Supremo unifica en la **STS de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 2758 (r.c.u.d. 1220/2000) la doctrina de la negativa empresarial a la readmisión de un trabajador que habiendo estado en situación de ILT, y posterior invalidez provisional, permanece en esta situación hasta pasados seis años y cinco meses desde el inicio de la baja por enfermedad, calificando tal negativa como despido ya que "el actor tenía derecho a reserva de su puesto de trabajo y a ser reintegrado en sus funciones. El acto de la empresa negándole este acceso, por haber transcurrido cinco meses más de los seis años, al estar carente de sustento legal, es constitutivo de despido que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, ha de ser declarado improcedente".

Analiza la **STS de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 2764 (r.c.u.d. 346/2000) la extinción de contratos de aprendizaje de una entidad bancaria (La Caixa), considerando que el cese impuesto por la empresa entraña un despido, "pues la empresa utilizó fraudulentamente esta forma de contratación", dado que tal modalidad de contratación exige una doble formación teórica y práctica y "el actor tiene unos conocimientos teóricos y conceptuales muy superiores al que le exige el puesto de trabajo y la formación que se le puede suministrar por la empresa es simplemente de índole operativa", con lo que adquiere el contrato un carácter indefinido.

B) Consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia

a) La opción entre readmisión o indemnización

La **STSJ de Extremadura de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 3088 (recurso 586/2000) analiza los requisitos de tiempo y forma del ejercicio del derecho de opción tras la declaración de improcedencia del despido, así como los efectos del cumplimiento o incumplimiento del ejercicio de tal derecho. Señala que "el depósito de la condena no puede significar, necesariamente el ejercicio de dicho derecho, pues el mismo pudiera ser requisito previo para el ejercicio del recurso de suplicación". Por tanto al no ejercitarse este derecho, "ha de operar la presunción *iuris et de iure* contenida en el artículo 56.3 del Estatuto de los Trabajadores". Fundamenta su decisión el Tribunal en que:

> "los requisitos formales han sido establecidos por la Ley de Procedimiento Laboral y pueden resumirse del modo siguiente: a) Se exige que la declaración de voluntad expresiva del derecho de opción sea emitida verbalmente, mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado de lo Social en el que se tramitó y resolvió el proceso en la instancia –que deberá documentarse en autos mediante la firma del compareciente y del Secretario Judicial– o ser expresada en escrito que debe presentarse en el mismo Juzgado. b) La declaración de voluntad se transmite directamente al juzgado y por éste se hace llegar a la otra parte procesal, al objeto de su conocimiento y para que surta los efectos pertinentes y c) no cabe la comunicación directa entre el titular del derecho de opción y el otro interesado, siendo exigencia legal que el receptor de tal declaración sea un tercero, esto es, el funcionario correspondiente del Juzgado de lo Social, que así cumple una triple función de constancia de la declaración, de calificación de su válida y eficaz emisión o no, y de traslado a la otra parte interesada.

> Los efectos del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos: a) se tiene por ejercitado el derecho de opción en el sentido de transformar la obligación alternativa contenida en la sentencia en otra simple, cuyo contenido es la prestación elegida, b) si bien la declaración se produce cuando es correctamente expresada en el Juzgado de lo Social, al comparecer o llegar allí el escrito, c) no requiere aceptación, ni se permite oposición al ejercicio legal del derecho de opción, d) aunque no venga expresado legalmente debe entenderse que la declaración de voluntad por la que se ejercita el derecho de opción en plazo y forma legales es irrevocable a partir de la llegada del escrito al Juzgado de lo Social, e) la elección de la prestación indemnizatoria produce automáticamente la extinción del contrato de trabajo; mientras que si se opta por la readmisión se está afirmando que tal contrato que nunca se había extinguido, sigue vigente.
>
> El incumplimiento de los citados requisitos produce como efecto tener al titular por no ejercitado expresamente el derecho de opción (...) Ha de entenderse que aunque hubiera sido hecho el pago de la indemnización fijada en sentencia, dentro del plazo de cinco días, tampoco puede aceptarse que haya hecho una elección implícita a favor de aquélla".

La declaración de improcedencia del despido conlleva como norma general la obligación de la empresa de optar entre la indemnización o readmisión del trabajador, así como el abono de los salarios de tramitación. El Convenio Colectivo puede declarar el derecho del trabajador improcedentemente despedido a ser reintegrado en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido. Y éste es precisamente el supuesto analizado por el Tribunal Supremo en la **STS de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2624 (r.c.u.d. 4507/1999) que unifica la doctrina fallando que, dada la fuerza vinculante de los convenios colectivos, en tal caso "no es posible sustituir tal pronunciamiento –convencional– por una indemnización sustitutoria, salvo, naturalmente, que las partes llegaran a un acuerdo en tal sentido".

El principio general de ejercicio del derecho de opción por el empresario quiebra en los supuestos que el despido afecte a la relación de trabajo de un representante de los trabajadores, ya que en tal caso el ejercicio del derecho de opción corresponde al trabajador. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 2000,** I.L. J 3141 (recurso 425/2000) resuelve en favor del reconocimiento de tal garantía no sólo a los representantes sino también a los candidatos en el proceso de elecciones. "Ha de valorarse la condición de la actora en la fecha del despido, no a la fecha de la sentencia recaída en el proceso impugnatorio de la decisión empresarial".

Existe responsabilidad del FOGASA en los supuestos de insolvencia empresarial, en la que, habiéndose optado por la readmisión en acto de conciliación, tras el reconocimiento de la improcedencia del despido, posteriormente se extingue la relación tras un incidente de no readmisión o readmisión irregular, y así lo recoge la **STS de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2624 (r.c.u.d. 4507/1999). Esta última, recogiendo los argumentos contenidos en otras resoluciones judiciales razona cómo:

> "para que el Fondo de Garantía Salarial resulte obligado subsidiariamente en caso de insolvencia del empresario, es preciso un título habilitante al efecto, siendo suficiente para la deuda salarial con la conciliación previa o la judicial, pero para las indemnizaciones por despido se requiere sentencia o resolución administrativa, sin embargo, la decisión judicial puede manifestarse en una sentencia o, eventualmente, en un auto dictado dentro del incidente de no readmisión o readmisión irregular".

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 3253 (recurso 550/2000) aborda este mismo tema con fundamento en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Falla en favor de la obligación del FOGASA de satisfacer la indemnización y los salarios fijados en el auto de ejecución que extingue la relación laboral, tras la celebración de un acto de conciliación con acuerdo de readmisión y posterior incumplimiento de la misma.

b) La indemnización: cuantía y cálculo

El cálculo de la indemnización por despido improcedente, ha de computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma, como señala la **STSJ de Cantabria de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2510 (recurso 859/2000). Esta última contempla un supuesto de sucesión de contratos temporales con dos empresas, en los que el Tribunal aprecia la existencia de fraude de ley, porque la prestación de servicios se realiza en el mismo centro de trabajo, y para las que existe un mismo y único representante legal de los trabajadores, ya que "lo que pretendían con la contratación temporal era soslayar las servidumbres de una relación laboral de carácter fijo, carácter que no pueden evitar tales contrataciones en virtud de lo dispuesto en los artículos 6.4 del Código Civil y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores". Motiva la Sala que:

> "la solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido. Tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos".

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 3185 (recurso 650/2000) fija el inicio del plazo para el cómputo de la indemnización, en el comienzo del primero de los contratos, aunque sean de distintas clases. "La antigüedad de un trabajador en la empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales o indefinidos."

Asimismo, y como señala la **STSJ de Valencia de 7 de septiembre de 2000,** I.L. J 2829 (recurso 113/2000), el *dies a quem* para el cálculo de la indemnización debe detenerse en la fecha del despido, y no en la fecha de la sentencia que declare su improcedencia" ya

que "no puede desconocerse la eficacia constitutiva del acto empresarial extintivo de la relación laboral".

La **STSJ de Asturias de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2981 (recurso 2379/2000) considera que para el cálculo de la indemnización por despido improcedente no debe computarse el tiempo en el que el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria, ya que el contrato de trabajo está en suspenso y no hay prestación de servicios.

La **STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2717 (recurso 381/2000) estudia un supuesto de extinción de contrato de alta dirección, respecto del que establece que: "El artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores no impide que se pacte en la cláusula de desistimiento de un contrato de alta dirección una cuantía neta de indemnización, lo que obliga a la empresa a complementar la cantidad bruta con el importe neto de la retención fiscal que resulte en su día."

La **STSJ de Asturias de 15 de septiembre de 2000,** I.L. J 2916 (recurso 2853/1999) analiza un supuesto de despido procedente de un trabajador, que en contrato tiene pactada una cláusula indemnizatoria para el supuesto de rescisión de la relación laboral, excluyendo el desistimiento o abandono voluntario. Equipara a tales efectos el Tribunal el despido procedente al desistimiento o abandono voluntario, por lo que no procede el pago de la indemnización pactada.

c) Los salarios de tramitación

En la determinación de los salarios de tramitación se deberán descontar los correspondientes a aquel período de tiempo en el que el trabajador esté colocado en otra empresa. Concreción de salarios que se realiza en el trámite de ejecución de sentencia, como señala la **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2538 (recurso 3798/2000); trámite en el que, a partir de la fecha de la sentencia, se podrán plantear "todas las incidencias, surgidas o que puedan surgir, y entre ellas las derivadas del hecho de haber percibido el actor salarios por su trabajo en una empresa distinta de la demandada". Ahora bien, si la fijación de los Salarios de tramitación se realiza en sentencia firme, la inactividad o la falta de diligencia provocará como señala la Sala "la inmodificabilidad de las sentencias firmes con la consiguiente ejecución en sus propios términos".

La **STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2540 (recurso 4055/2000) falla a favor del reconocimiento de la exoneración del pago de los salarios de tramitación a la empresa, en un supuesto de despido improcedente, durante el tiempo en el que el actor se encuentra en situación de incapacidad temporal, debiendo abonar el subsidio la Seguridad Social, y ésta a su vez "percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación". En caso contrario, si se produjese una duplicidad en el pago "quedaría a salvo del pagador de tales salarios de tramitación –empresa, Fondo– la correspondiente acción de reintegro por injusto enriquecimiento, frente al trabajador, perceptor en su caso, de dichos Salarios de tramitación". El mismo criterio en un

supuesto similar se sigue por la **STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2000,** I.L. J 2546 (recurso 4177/2000), ante el reconocimiento de la improcedencia del despido en acto de conciliación, "con posterior consignación de la indemnización", ya que como señala la resolución "no recae sobre la empresa la obligación de pago de salarios de tramitación al encontrarse la trabajadora en incapacidad temporal". Y "no constarle que la trabajadora hubiera sido dada de alta médica".

d) Otras cuestiones conexas

El ofrecimiento y posterior consignación ante el Juzgado de instancia de la indemnización y los salarios de tramitación, en caso de reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido, limita los efectos económicos a la fecha de celebración del acto de conciliación, según el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que el importe del depósito efectuado en el juzgado sea correcto. No se producen estos efectos cuando la consignación no sea correcta y ajustada a derecho según la **STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2678 (recurso 3841/2000), dado que el empresario no tuvo en cuenta más que el último contrato formalizado, cuando había existido una sucesión de contratos temporales en fraude de ley, por lo que la fecha a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización fue la del inicio del primero de los contratos. La **STSJ de Valencia de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2871 (recurso 2556/2000) recoge la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la limitación en el pago por el empresario al trabajador de los salarios de tramitación circunscribiéndola a la concurrencia de tres requisitos "reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido, ofrecimiento de la indemnización prevista en los apartados a) y b) del apartado 1 del artículo 56.2, y consignación de dicha cantidad en los dos días siguientes". Falla en contra de tal limitación en el supuesto enjuiciado, toda vez que:

> "la indemnización ofrecida en el SMAC no se correspondía con la que el trabajador tenía derecho a percibir (...) y además el ofrecimiento se hizo en concepto de saldo, finiquito y liquidación total, lo que tampoco resulta aceptable, pues como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de septiembre de 1998 (recurso 3357/1997) el hecho de hacer una oferta global con saldo y finiquito supone condicionar la aceptación de la oferta relacionada con el contenido de la acción de despido a la aceptación del propio finiquito, con lo que no sólo se incumple la finalidad perseguida en el precepto sino que la oferta deviene en abusiva y contraria al derecho de defensa del trabajador respecto de la futura reclamación liquidatoria (...) El artículo 56.2 no es válido a los efectos limitativos del pago de los salarios de tramitación en el caso de que la oferta empresarial no sea efectuada en forma, debiendo en consecuencia abonar la empresa los Salarios de tramitación desde la fecha en que se produjo el despido y hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia, conforme a la regla general del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores".

La **STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2000,** I.L. J 2680 (recurso 3969/2000) siguiendo la doctrina unificada del Tribunal Supremo reconoce que "el proceso de despido es adecuado para debatir el salario que debió percibir el trabajador, sin necesidad de ajustarse a efectos indemnizatorios y de salarios de tramitación al que realmente se venía percibiendo".

Diversas resoluciones resuelven a favor de la regularidad en la readmisión tras un despido improcedente. Así la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 2900 (recurso 1358/2000) estudia un supuesto de readmisión regular tras despido improcedente, con posterior modificación de horario días después. Considera que:

> "una vez producida la readmisión regular, cualquier otro avatar o cambio que se produzca en la vida de la relación laboral ya no puede examinarse y discutirse en el estrecho cauce procesal del incidente de no readmisión. Por lo tanto, si se considera que la empresa le ha modificado indebidamente su horario de trabajo casi un mes después de su efectiva reincorporación, lo que tiene que hacer es reclamar contra dicha modificación por el cauce del proceso de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral".

La falta de pago de los salarios de tramitación no supone una irregularidad por sí misma que deba hacer prosperar el incidente de readmisión irregular según la **STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2685 (recurso 3513/2000). De otra parte la **STSJ de Baleares de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2912 (recurso 695/2000) declara regular la readmisión de un trabajador que realiza tareas de pastoreo en una explotación ganadera, y ello porque se trata de la adscripción a una finca distinta que "no le obliga a variar de residencia, ni con carácter temporal ni menos definitivo" y "no aparece en autos elemento alguno que dé a entender que la decisión del empresario responde, (...) a móviles desviados e inaceptables con arreglo al básico parámetro de la buena fe", sino "a satisfacer exigencias de la producción".

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas

Para que el empresario cumpla con la obligación de dar audiencia al delegado o delegados sindicales, en los supuestos de despido de un sindicado, es necesario que al empresario le conste la condición de afiliado del trabajador. Así lo señala la **STSJ de Cantabria de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2643 (recurso 1013/2000) en que la Sala confirma la sentencia de instancia, reconocedora de la procedencia del despido ya que "dicha circunstancia no consta que fuese conocida o puesta en conocimiento del empresario, ni tampoco la existencia de un delegado sindical de CCOO en la empresa, afiliación que comunicó al empresario en el acto de juicio oral. Por lo tanto, al no constarle a la empresa la afiliación (...) con anterioridad a producirse el despido, es obvio que no se ha vulnerado el requisito fijado en el artículo 55 del ET".

La mera alegación de la vulneración de un derecho fundamental no es suficiente para que se produzca la inversión de la carga probatoria en el proceso laboral, sino que se exige, como señala la **STSJ de Extremadura de 16 de noviembre de 2000,** I.L. J 2660 (recurso 554/2000) –recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional –que el trabajador apor-

te previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, de cual es el motivo oculto de aquel acto.

Se reconoce la nulidad del despido en resoluciones como la **STSJ de Extremadura de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 2662 (recurso 552/2000) en la que se analiza un supuesto de un trabajador que realiza unas manifestaciones publicadas en el diario local sobre "la insuficiencia de la plantilla de la empresa (...) las horas extraordinarias que los trabajadores realizan (...) y la conveniencia de que se renueve la flota de autobuses que utilizan, derivada de su antigüedad (...) sobre todo para vehículos dedicados al transporte de viajeros.

> "Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional 'las manifestaciones del trabajador despedido están amparadas en su derecho a expresar y difundir libremente su opinión y a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión'...) –ya que – no se comportó con ello 'de manera negligente e irresponsable al trasmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones', sino que puso en conocimiento del medio de difusión una opinión que se basa en una realidad que se ha declarado como probada en la sentencia recurrida."

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2000,** I.L. J 2898 (recurso 1263/2000) falla a favor de la procedencia del despido de una trabajadora que "sustrajo una cantidad de dinero de la caja fuerte". Tal extremo fue acreditado por la grabación de la conducta de la trabajadora realizada por una cámara de vídeo que la empresa había instalado en el despacho de dirección. Considera la Sala que:

> "la admisión como prueba de cargo en un proceso por despido de una grabación en vídeo no constituye una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, pues tal medida resulta idónea, necesaria y equilibrada para la finalidad perseguida por la empresa y no es otra sino la comprobación de las sospechas de la comisión por la demandante de graves irregularidades en su puesto de trabajo".

La **STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3218 (recurso 2491/2000) estudia la garantía de indemnidad en el proceso por despido, resolviendo en favor de la improcedencia y no la nulidad del despido, en un supuesto en que presentó denuncia contra la empresa ante la Inspección de Trabajo. Para el Tribunal "no puede equipararse a la formulación de demanda en vía judicial ni a la categoría de acto preparatorio del proceso", ya que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, "la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos".

B) Los despidos discriminatorios

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2906 (recurso 494/2000) falla en contra de la existencia de discriminación, sosteniendo que:

"La prohibición de discriminación o trato desigual que contiene el artículo 14 de la Constitución y el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, lo es en cumplimiento y no en incumplimiento de la Ley, porque como afirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 14 de febrero de 1992 (RTC, 1992,21) el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido."

C) Otras cuestiones conexas

La declaración de nulidad del despido obliga al empresario a la reincorporación del trabajador en el puesto que eventualmente ocupase, según las condiciones previgentes. Así la **STSJ de Asturias de 3 de noviembre de 2000,** I.L. J 2589 (recurso 1601/2000) determina que: "el empresario condenado adquiere la obligación de readmitir, pero no de soportar forzosamente novaciones objetivas de unos contratos, que de esta forma, ya no serían los mismos que fueron juzgados en el proceso y decididos en la ejecutoria".

A la participación preceptiva del Ministerio Fiscal en los despidos con móvil discriminatorio se refiere la **STSJ de Valencia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2879 (recurso 2711/2000) que declara la nulidad de actuaciones de unos autos sobre despido, con móvil atentatorio de sus derechos fundamentales, por falta de citación al Ministerio Fiscal.

Mª Carmen Ortiz Lallana
Concepción Arruga Segura

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Régimen jurídico de sindicatos. B) Actividad sindical. C) Acción sindical en la empresa. D) Representatividad sindical. E) Proceso de tutela de la libertad sindical. F) Asociaciones profesionales. **2. Representación unitaria.** A) Órganos de representación unitaria. B) Representación específica en materia de prevención de riesgos y salud laboral. C) Garantías de los representantes legales. D) Procesos en materia electoral. **3. Conflictos colectivos.** A) Clases de conflictos colectivos. B) Ámbito del proceso de conflicto colectivo. C) Sujetos legitimados para incoar el procedimiento de conflicto colectivo. D) Proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenios colectivos. **4. Derecho de huelga.** A) Legalidad de la huelga. B) Incumplimiento de servicios mínimos y despido. C) Sustitución de trabajadores huelguistas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La crónica que aquí se inicia comprende las Sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que aparecen en los números 13 a 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* con los marginales J 2428 a J 3265.

En general puede decirse que se trata de un período relativamente "tranquilo" en cuanto a elaboración o conformación de doctrina judicial y de jurisprudencia en la materia que atañe a esta crónica. Probablemente porque ya existen criterios suficientemente asentados sobre infinidad de aspectos relativos al régimen jurídico de las instituciones del sistema de relaciones laborales; y quizás, también, porque algunas controversias se resuelven por otros cauces sin llegar a constituir o a convertirse en materia litigiosa.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen jurídico de sindicatos

El art. 4.2.a) LOLS contiene una regla que prohíbe el depósito de los estatutos del sindicato en fase de constitución en la oficina pública correspondiente para su registro, cuan-

do la denominación coincida o induzca a error o confusión con la de otra organización previamente inscrita. La **STSJ de Valencia de 14 de septiembre de 2000,** I.L. J 2836 (recurso 3723/1997), aplica esta regla y declara la nulidad de las cláusulas estatutarias relativas a la denominación de un sindicato, que pretendía inscribirse con el nombre de "Sindicato Independiente de Alicante", cuando ya existían dos organizaciones, una denominada "Sindicato Independiente" y otra "Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana". En este último caso, el problema se veía agravado por la coincidencia parcial de ámbitos geográficos de actuación de ambas organizaciones.

Por su parte, la **STSJ de Murcia de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3106 (recurso 386/2000) declara la incompetencia de la jurisdicción social para entender de una reclamación de resarcimiento de daños interpuesta por una serie de trabajadores afiliados que habían sido despedidos y que solicitaron el asesoramiento jurídico y defensa del sindicato. Alegaban para fundamentar su pretensión que el asesor que actuó y les prestó asistencia lo hizo de forma negligente, causándoles un perjuicio. La Sala considera que la materia no forma parte del régimen jurídico específico de los sindicatos ni tiene que ver con la responsabilidad sindical a que se alude en el art. 5 LOLS, quedando al margen de los apartados h) y j) del art. 2 LPL.

B) Actividad sindical

Uno de los asuntos más delicados, en cuanto a la actividad sindical atañe, que la jurisprudencia ha contribuido a clarificar es el del alcance del derecho de los sindicatos a participar en las diversas comisiones que pueden crear los convenios colectivos, y que se hace depender de la naturaleza *aplicadora* o *negociadora* que en cada caso se atribuya a tales órganos. Al respecto pueden verse las SSTC 73/1984 y 184/1991, las SSTS 15 y 21 de diciembre de 1994, o las del TSJ de Madrid de 22 de marzo y 24 de mayo de 2000.

En la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2681 (demanda núm. 15/2000), se dirime un litigio relativo al derecho de un sindicato con presencia en el órgano unitario, que, pese a no ser firmante del convenio, pretendía participar en una Comisión dependiente de la Paritaria, constituida con el fin de proceder a la homologación de condiciones de trabajo del personal dependiente del MEC transferido a la Comunidad Autónoma de Madrid. La Sala considera que se trata de un órgano con verdaderas funciones de negociación, por lo cual el sindicato reclamante ostenta efectivamente el derecho a intervenir en el mismo.

Sobre la intervención del sindicato en el proceso, la **STS de 11 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2752, resuelve varias dudas. Por un lado, declara la competencia de la Audiencia Nacional *ex* arts. 2.k) y 8 LPL para entender de los litigios que desborden el ámbito territorial autonómico. Recuerda a continuación que esa intervención del sindicato en el procedimiento puede llevarse a cabo a título de legitimado directo, como suje-

to titular del derecho o interés legítimo lesionado; en calidad de coadyuvante o, en fin, como representante voluntario. En esta última condición, el sindicato habrá de acreditar que reúne los requisitos de comparecencia en juicio establecidos en los arts. 18.1 y 20 LPL.

De conformidad con el último de estos preceptos, el sindicato puede, en efecto, actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados, siempre que éstos lo autoricen. Para ello habrá de demostrarse la condición de afiliado del trabajador y comunicar al mismo la iniciación del proceso. La autorización se presume concedida, salvo declaración en contrario del afiliado. Lo que la Sala contribuye a clarificar es en concreto que la falta de acreditación de la comunicación al trabajador no constituye una infracción de las normas sobre representación y comparecencia en juicio, sino un mero defecto en la presentación de la demanda, en la que es obligado hacer constar dicho extremo. En consecuencia, el juez debería haber hecho uso del trámite de subsanación del art. 81.1 LPL, en relación con los arts. 243 LOPJ y 24 CE. Por consiguiente, se devuelven las actuaciones para que el Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante, que es quien había incoado procedimiento de tutela de la libertad sindical, pueda acreditar en el plazo de cuatro días la existencia de comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso y, en su caso, la no oposición de éste.

C) Acción sindical en la empresa

La **STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2644 (recurso núm. 1020/2000), abunda en el carácter de norma de mínimos que tiene la regla contenida en el art. 10 LOLS, por lo que es susceptible de mejora a través de la negociación colectiva. Ello supone la posibilidad, tanto de ampliar el número de delegados sindicales que pueden designar las organizaciones con implantación en la empresa, de hacerlo respecto de sus facultades y garantías, o incluso de prever la existencia de los mismos en empresas o centros de trabajo que no lleguen siquiera al umbral de los 250 trabajadores de plantilla. Si concurre la voluntad empresarial para ello, expresada a través del proceso de negociación del convenio, luego el mismo empresario no puede desconocer esos derechos suplementarios. Su eliminación de forma unilateral constituye, por tanto, además de una actuación contra los propios actos, una lesión del derecho de libertad sindical.

La jurisprudencia ha venido poniendo en claro los diversos aspectos relativos al régimen jurídico de las secciones sindicales. En particular, los que tienen que ver con el ámbito de actuación de las mismas y con el alcance de los derechos que les reconoce el art. 8 LOLS. Y así, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de noviembre de 2000,** I.L. J 2892 (recurso 2215/2000), acogiéndose a la doctrina contenida en la STS de 20 de septiembre de 1999, establece que el derecho de las secciones sindicales a la utilización de un local para el desarrollo de sus actividades se circunscribe al ámbito de la empresa o al del centro de trabajo de manera alternativa, que no acumulativa. Dicho de otra forma, la sección podrá exigir disponer de un local en el centro de trabajo o en la empresa, pero no en ambos a la vez.

Una cuestión que, a pesar de la doctrina constitucional existente al respecto, nunca ha llegado a estar del todo clara, al menos en sus efectos o manifestaciones, es la relativa a la naturaleza jurídica o carácter de las secciones sindicales. En particular a si se pueden o no calificar como órganos internos del sindicato. En las **SSAN de 19 de septiembre y 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2486 y 2505, y al hilo del debate sobre la legitimación sindical para impugnar convenios colectivos de empresa firmados por las secciones sindicales, se dice que estas últimas constituyen un ámbito independiente de los sindicatos cuyas siglas ostentan. De paso, y en buena lógica –si es que verdaderamente se trata de sujetos independientes y diferenciados– se reconoce la legitimación sindical para impugnar por ilegalidad los convenios de ámbito empresarial firmados por sus secciones sindicales. Por la misma razón, y eso es lo que se argumenta en la segunda de las sentencias de referencia, la legitimación pasiva la tienen, *ex* art. 163.b) LPL, los integrantes de la comisión negociadora del convenio, esto es, las propias secciones sindicales, que es a quienes el art. 87.1 ET reconoce la legitimación para negociar.

Sin embargo, de la **SAN de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 3097, parece deducirse otra concepción diferente, que engarza por cierto con la tradicional doctrina del TC, contenida entre otras en las SSTC 61/1989 y 84/1989, de conformidad con la cual las secciones sindicales se configuran como *instancias organizativas internas* del sindicato al que pertenecen.

En esta sentencia se desestima una demanda de conflicto colectivo en la que un sindicato reclamaba el derecho de su sección sindical en una empresa a acceder a la copia de la póliza de seguro colectivo de vida concertada por la entidad en beneficio de sus trabajadores en concepto de mejora voluntaria. Para empezar, la Sala se pronuncia sobre la legitimación del sindicato para incoar dicho procedimiento en nombre de la sección sindical, basándose para ello en lo dispuesto por el art. 8.a) LOLS. Puesto que las secciones no son sino instancias organizativas del sindicato, es natural que éste pueda asumir la representación de aquéllas y ostentar así legitimación para postular la tutela judicial de los posibles derechos que correspondan tanto al sindicato como a los entes creados dentro de su interna organización. Y el que la titularidad de la acción, como derivación o consecuencia natural de la del derecho lesionado, corresponda a los delegados sindicales como representantes de dichas secciones, no se considera obstáculo para que quien actúe en su beneficio sea el propio sindicato.

En cuanto al asunto de fondo, también ha sido materia litigiosa en reiteradas ocasiones. Y versa sobre el alcance de los derechos de información de los representantes de los trabajadores. A este respecto, la Sala recuerda que el art. 10.3.1 LOLS reconoce a los delegados sindicales, si no son ya miembros del comité, el derecho a tener acceso a la misma información y documentación, que la empresa tiene la obligación de poner a disposición del órgano unitario por mandato del art. 64.1 ET. No obstante, en este caso, la información que recaban las secciones sindicales de UGT en la empresa no está comprendida en el contenido al que alude el precepto estatutario, por lo que se desestima la demanda, negando que la empresa tenga la obligación de entregarles la copia de la póliza del

seguro colectivo de vida suscrita en el referido concepto de mejora voluntaria de prestaciones de Seguridad Social.

D) Representatividad sindical

Aunque se pronuncie a propósito del derecho de la Coordinadora Intersindical de Cajas (CICA) a formar parte de la mesa negociadora del Convenio Colectivo Estatal de Cajas de Ahorros, la **STS de 30 de noviembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2632, analiza para ello un problema que pertenece al ámbito del régimen jurídico del sindicato y del cómputo de la representatividad sindical medido a partir de los resultados electorales. Se da la circunstancia de que la CICA se constituyó en 1997, integrándose en ella una serie de sindicatos de carácter regional, provincial y local. En las elecciones sindicales de 1988, por tanto, no participó la Coordinadora como tal, sino los sindicatos y organizaciones que luego se agruparon e integraron en ella. Ello implica que la representatividad y la consiguiente legitimación para participar en una negociación colectiva se debe imputar o reconocer a esos sindicatos, y no puede trasladarse o irradiar a la CICA, a la que no pueden atribuirse los vocales o representantes electos. Máxime desconociéndose el dato de la afiliación de las organizaciones sindicales en el momento de desarrollarse el proceso electoral. Recuérdese que, a efectos de atribución de resultados, vocales y representantes, el momento que cuenta es el de la culminación del proceso electoral (SSTS de 11 de marzo de 1994 y 23 de noviembre de 1993).

E) Proceso de tutela de la libertad sindical

La **STSJ de Baleares de 21 de septiembre de 2000,** I.L. J 2439 (recurso 362/2000), a partir de una demanda de tutela del derecho de huelga, reúne la previa doctrina del TS, contenida entre otras en las SSTS de 22 de julio de 1996, 2 de febrero de 1998 y 28 de febrero de 2000, y reitera la afirmación de que la condena al resarcimiento de los daños en este tipo de procesos no es automática. Requiere naturalmente la previa constatación de la lesión del derecho fundamental, pero también la aportación de los elementos y bases clave para apreciar la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la misma, y la acreditación de los indicios o puntos de apoyo para asentar tal condena. Esta misma remisión a la precedente jurisprudencia se contiene en otras resoluciones como la **STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2683 (recurso 3420/2000), o la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3108 (recurso 2997/2000).

Una interesante y matizada doctrina, sin embargo, se contiene en la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3108 (recurso 2997/2000), a raíz de una demanda de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El asunto litigioso se puede resumir como sigue: un trabajador que actúa en nombre de la empresa intercepta una carta dirigida por el Gabinete de Seguridad e Higiene de la Comunidad Autónoma a un delegado de prevención que había venido denunciando reiteradamente a dicha empresa ante la Dirección Provincial de Trabajo de Alicante por incumplimientos de la normativa sobre prevención de riesgos. El interesado interpone demanda de tutela de los derechos fundamentales por violación del secreto de las comunicaciones.

La Sala de Valencia, acogiendo la doctrina constitucional contenida en la STC 114/1984, declara, por de pronto, que la libertad de comunicaciones comprende el secreto de las mismas, su consiguiente protección frente a la interceptación o conocimiento antijurídicos y la garantía, en fin, de su impenetrabilidad por terceros ajenos a ellas. En concreto en cuanto al efecto indemnizatorio derivado de la lesión del derecho, se recoge doctrina de la Sala Primera del TS (SSTS de 20 de abril de 1992 y 10 de diciembre de 1999), emanada de la aplicación del art. 9.3 de la LO 1/1982, que presume la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima. O dicho de otra forma, cuando se lesionan derechos de la personalidad, como es el caso, se produce un daño moral indemnizable con independencia de las repercusiones de dicha lesión. La fijación de la cuantía indemnizatoria se llevará a cabo por el tribunal *a quo* atendiendo a las circunstancias del caso, a la gravedad de la lesión efectivamente producida y al beneficio obtenido por el causante. Incluso puede no requerir prueba directa y apreciarse por aproximación. Y, además, la discrecionalidad del juzgador de instancia no podrá ser objeto de impugnación, salvo evidente desproporción. La Sala también invoca la doctrina judicial contenida en las SSTSJ de Aragón de 17 de enero de 2000 y Cataluña de 11 de mayo de 1999, así como la jurisprudencia incorporada en las SSTS de 9 de noviembre de 1998, 20 de enero de 1997, 22 de julio de 1996, 20 de mayo de 1988, 19 de diciembre de 1986, 9 de mayo y 13 de diciembre de 1984, 31 de mayo de 1983 y 26 de febrero de 1966.

En cuanto a la necesidad o no de que la lesión que motiva la demanda de tutela sea actual, la **STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3222 (recurso 2389/2000), afirma justo lo contrario. Se trataba de una reclamación de diferencias salariales interpuesta por un representante de los trabajadores al que se había dejado de pagar, en el salario correspondiente al tiempo de permiso para actividades propias de su cargo, la parte imputable a los pluses de peligrosidad y penosidad. El hecho de que el empresario, a resultas de dicha reclamación, abone finalmente esas cantidades, no es óbice para que el tribunal pueda entrar igualmente a valorar la existencia de lesión y, en su caso, a condenar al resarcimiento de los daños que de la misma pudieran derivarse. No es preciso, pues, que la lesión siga perpetrándose en el momento de la vista oral, entiende la Sala, ni siquiera en el de presentar la demanda. Es más, puede haber lesiones puntuales que se agoten en un hecho aislado, que aún así deban poder ser examinadas y calificadas desde el punto de vista de la existencia de una conducta antisindical.

F) Asociaciones profesionales

La **STS,** Sala General, **de 27 de octubre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2602, declara la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de una demanda interpuesta por la Asociación Española de Técnicos de Radiología, Radiodiagnóstico, Radioterapia y Medicina Nuclear contra el Instituto Catalán de Salud sobre irregular prestación de servicios por el personal estatutario. Sin que merezca la pena ahora entrar en el relato sobre la cuestión de fondo, no está de más traer a colación esta resolución, por una sencilla

razón, y es que en la misma se alude a otra sentencia anterior, la STS de 9 de diciembre de 1998, en la que, en una reclamación parecida, se declara que el sindicato demandante tienen capacidad para defender el interés colectivo de los trabajadores a los que representa y que consiste en que se tutele su derecho a que personas que no tienen reglamentariamente reconocida la habilitación para realizar ciertas funciones se abstengan de llevarlas a cabo. El problema es que, en este caso, la asociación profesional interviniente en el proceso no tiene carácter sindical.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Órganos de representación unitaria

La **STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2571 (recurso 1953/2000), resuelve un conflicto colectivo en el que se insta la nulidad de un referéndum convocado y organizado por un Comité de Empresa. Y en concreto a propósito de la legitimación pasiva en dicho procedimiento se declara que la misma corresponde al aludido órgano unitario y no sólo a los sindicatos con presencia en el mismo, ya que el Comité tiene personalidad jurídica propia y diferenciada respecto de la de esos sindicatos.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2000,** I.L. J 3050, estima una demanda de tutela de la libertad sindical interpuesta por el presidente de un Comité de Empresa, elegido inicialmente a través de una candidatura independiente que luego se constituyó en sindicato, y que fue destituido tras la celebración de una reunión que la Sala considera nula radicalmente. A partir de ahí, condena a reponer al demandante en su cargo de presidente y al abono de una indemnización simbólica de mil pesetas. El resumen de los hechos es el siguiente: a la salida del acto de presentación de los nuevos integrantes del área de Recursos Humanos de la empresa –acto al que habían sido convocados por esta última– los miembros del Comité, con excepción del interesado y otro representante, se reunieron y por decisión mayoritaria en votación urgente decidieron renovar los cargos de Presidente y Secretario. La Sala argumenta como sigue:

> "(...) para un asunto como la destitución del presidente (...) deberán guardarse unas mínimas formas (...) Con la convocatoria y realización sorpresiva de la reunión del comité de empresa, la mayoría de los miembros de éste violó el derecho a la libertad sindical del destituido y también (...) la del representante de los trabajadores que no pudo votar en asunto de tal trascendencia por no haber sido convocado; ello implicará la declaración de nulidad radical de dicha reunión (...)".

Y concluye:

> "(...) sin duda el cargo de presidente del comité de empresa reúne unas condiciones específicas de representatividad para quien lo ejerce, y en la medida en que haya sido privado ilícitamente de tal cargo se estará vulnerando el derecho a ejercer libremente su actividad de representación de sus compañeros (...)".

B) Representación específica en materia de prevención de riesgos y salud laboral

Como ya tiene sentado la jurisprudencia desde hace tiempo, la composición de los órganos de representación especializados o de carácter técnico no tiene por qué respetar en todo caso el criterio de proporcionalidad que rige en el caso de otro tipo de órganos de participación estricta o negociación de intereses. Al respecto pueden verse las SSTS de 15 de junio de 1998, 6 de abril de 1993, 24 de septiembre de 1991 y 24 de diciembre de 1992, o la SAN de 25 de marzo de 1997. Así lo refleja de nuevo la **STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2551 (recurso 4182/2000) en relación con un Comité de Seguridad y Salud Laboral, argumentando que, tal y como la LPRL configura a este tipo de órganos especializados en la materia de prevención de riesgos, en su composición es más importante esa especialización técnica que la proporcionalidad según resultados electorales.

C) Garantías de los representantes legales

En la **STSJ de Valencia de 14 de septiembre de 2000,** I.L. J 2837 (recurso 2191/2000) se considera que hay indicios de discriminación en el hecho de que un miembro de un comité de empresa, que es además delegado de prevención, haya sufrido sucesivos cambios de puesto de trabajo que le han ocasionado a su vez una merma en sus retribuciones, y que ello haya acontecido justo en el momento en que el trabajador realizaba cursos de formación en salud laboral. Lo que resulta un tanto extraño es que, tratándose de un representante unitario, del que no consta que tenga la condición de afiliado, ni de representante sindical, se le califique como "cargo representativo sindical" y se declare la existencia de una conducta lesiva del derecho de libertad sindical. Sobre todo habiendo dicho el TC en reiteradas ocasiones que los órganos de representación legal no son titulares de tal derecho.

En la **STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2683 (recurso 3420/2000), y a propósito del reparto del tiempo de liberación del Coordinador del Comité de Empresa de Marpetrol entre los miembros de los diversos sindicatos con presencia en el mismo en proporción con los resultados electorales, la Sala declara que no se puede excluir a uno de los sindicatos que han obtenido representantes en el órgano de representación legal. El pacto entre dos sindicatos de cara a verificar dicho reparto excluyendo a un tercero constituye una discriminación y, por consiguiente, una lesión de la libertad sindical. Como cuestión colateral, se consideran aplicables las reglas sobre responsabilidad del sindicato respecto de la actuación de sus afiliados.

En relación con un asunto similar, la **STS de 19 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2769, vuelve a tener la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del criterio de proporcionalidad en la designación de los representantes de libre movilidad (liberados) por los diversos sindicatos con implantación en la empresa RENFE. Y así, ante un conflicto colectivo incoado por el Sindicato Federal Ferroviario de CGT, la Sala considera que

la decisión de la empresa sobre el número de liberados sólo podría calificarse de lesiva de la libertad sindical si tuviera su origen en una decisión contraria a la ley o claramente arbitraria o injustificada. Y que si se decide asignar cinco miembros al sindicato mayoritario, el número de que dispongan los restantes habrá de descender de conformidad con el aludido criterio de proporcionalidad. Se invoca doctrina constitucional y jurisprudencial precedente, contenida en las SSTC 187/1987 y 137/1991 y las del TS de 27 de septiembre de 1993, 21 de julio de 1997 y 15 de enero de 1998.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 2000,** I.L. J 3141 (recurso 425/2000) analiza un complejo supuesto en el que se dirime si una trabajadora, que había sido despedida en tanto se resolvía una impugnación de un laudo arbitral que había anulado una candidatura independiente, a resultas de lo cual había sido proclamada ella en su condición de integrante de la candidatura sindical alternativa, podía o no ejercitar la opción entre indemnización o readmisión en caso de despido declarado improcedente. La Sala considera aplicable la doctrina acuñada ya a partir de la STC de 23 de noviembre de 1981, que extiende la protección dispensada por el art. 68.a) ET a los candidatos en procesos de elección de representantes unitarios. Como el laudo fue anulado a su vez por una sentencia de un juzgado de lo social, el problema era determinar en qué momento se tenía en cuenta la condición de la actora. Y a tal efecto se afirma que esta última condición habrá de valorarse en el momento del despido, no en fecha posterior.

D) Procesos en materia electoral

La **STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3165 (recurso 1372/2000) resuelve una cuestión relativa al desarrollo de los procesos arbitrales en materia electoral y declara la nulidad de actuaciones por haberse negado la posibilidad de admitir y celebrar pruebas. La Sala anula el correspondiente laudo, aceptando tal posibilidad con base en el art. 76.6.3 ET y en el art. 128.d) LPL, que expresamente se refieren a la práctica de pruebas. Y, en todo caso, por aplicación supletoria de las reglas establecidas para el proceso ordinario (arts. 87.1, 90.1 y 102 LPL).

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Clases de conflictos colectivos

Que la distinción entre conflicto jurídico y conflicto de intereses no es una mera cuestión dogmática o académica, y que tiene una indudable relevancia práctica, se pone de relieve en la **STS de 26 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2797. La pretensión ejercitada en origen consistía en extender un determinado complemento retributivo a otro grupo de trabajadores a quienes inicialmente no se les había reconocido, intentando recurrir para ello a la analogía. La Sala considera que no es la interpretación del correspondiente precepto del convenio colectivo lo que origina el debate, sino que lo que realmente se persigue es la modificación de la norma pactada, de forma que la misma pase a recoger un nuevo supuesto no previsto inicialmente. Y esto es precisamen-

te en lo que consiste un verdadero conflicto de intereses, que corresponde a las propias partes afectadas dirimir o integrar.

B) Ámbito del proceso de conflicto colectivo

De nuevo, y con bastante frecuencia, los tribunales se han encontrado con la necesidad de afrontar el problema de la delimitación del objeto del procedimiento de conflicto colectivo, que se ha convertido sin duda en uno de los asuntos más litigiosos de los que se suscitan a propósito de las relaciones colectivas de trabajo. Como es sabido, el mismo ha de referirse, por un lado, a un conflicto real y actual, que se suscita a propósito de la interpretación o determinación del alcance de una norma estatal o convencional, o bien de una decisión o práctica empresarial de afectación colectiva. Por otra parte, para que se trate de un verdadero conflicto colectivo, en él han de concurrir dos elementos esenciales: uno de carácter objetivo, consistente en la presencia de un interés general e indivisible correspondiente al grupo de trabajadores en su conjunto, aunque luego sea susceptible de individualización; y otro subjetivo, que precisamente se cifra en la presencia de un grupo genérico de trabajadores, entendido como conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y que difiere de la suma, agregación o pluralidad de sujetos. Esto último excluye la calificación como conflicto colectivo de todas aquellas controversias para cuya resolución hayan de tenerse en cuenta factores singulares o circunstancias personales diferenciadas respecto de cada trabajador afectado.

Ésta es la doctrina que recoge la **STS de 15 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2760, en relación con un conflicto relativo al sistema establecido para la fijación de una retribución variable en función de objetivos y de su desempeño para los técnicos titulados de grado medio. Se apoya para ello en la abundante jurisprudencia precedente, contenida por ejemplo en las SSTS de 17 de noviembre y 16 de marzo de 1999; 2 de febrero de 1998; 19 de mayo de 1997; 22 de marzo de 1995 y 25 de junio de 1992. Al igual que la posterior **STS de 19 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2780, que, con referencia a la previa de 14 de julio de 2000, declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para resolver una controversia relativa a la realización ocasional de funciones propias del personal de enfermería por parte del personal auxiliar. Y lo hace, fundamentalmente, porque, como dice el propio TS:

> "no cabe deducir con plena seguridad y certeza que en todas las consultas externas los auxiliares de clínica estén llevando a cabo funciones exclusivas o propias de ATS/DUE (...) (y) al tratarse de denuncias individualizadas no cabe instrumentarlas mediante el cauce de conflicto colectivo".

También respecto de los requisitos o elementos esenciales del proceso de conflicto colectivo, la **SAN de 18 de julio de 2000,** I.L. J 2480, y en relación con un asunto relativo a la contratación de agentes temporales para el censo agrario, declara la inadecuación del procedimiento, primero, por no tratarse de un conflicto actual, habida cuenta que los contratos estaban aún vigentes y que no se había llegado siquiera a plantear el problema

de la procedencia o improcedencia de su extinción. Después, descarta el carácter colectivo de la controversia, pues había un número exacto y conocido de trabajadores que no discutían la corrección de su contratación por el INE. No se daba, pues, el elemento de la afectación del conflicto a una colectividad indiferenciada de trabajadores, sino que más bien se trataba de un conjunto de hipotéticas futuras reclamaciones individualizadas.

Por contra, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 3129 (recurso 3070/2000) admite que la modalidad procesal de conflicto colectivo resulta adecuada para instrumentar una acción declarativa interpuesta por el Comité de Empresa del centro de trabajo de Granada de la empresa "Puleva, SA" para la anulación de la decisión empresarial de subcontratar el servicio de telefonía con la empresa "Adecco", por considerarlo contrario a lo previsto en convenio colectivo. Bien es verdad que luego se desestima el fondo, al considerarse que tal decisión no encaja en la previsión contenida en el art. 5 del Anexo al Convenio Colectivo aplicable, que se refiere a la contratación coyuntural de personal a través de ETT.

Específicamente sobre la actualidad del conflicto o controversia, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2458, recogiendo la doctrina constitucional contenida en la STC 71/1991, aclara que la misma no implica sino que la pretensión tenga una utilidad o efecto práctico inmediatos, que "no basta la existencia de un mero interés preventivo o cautelar en la resolución del litigio" y, en fin, que "la función de los órganos jurisdiccionales es la de resolver litigios y no la de disipar dudas o evacuar consultas" (SSTS de 8 de octubre de 1991; 27 de marzo y 20 de junio de 1992).

En la **STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2573 (recurso 1789/2000) se abunda en esta interpretación restrictiva del alcance del procedimiento de conflicto colectivo a propósito de la impugnación del calendario de vacaciones por un Comité de Empresa. Recogiendo la doctrina de la propia Sala, contenida en la Sentencia de 22 de octubre de 1996, se recuerda que esta modalidad procesal tiene por finalidad la interpretación controvertida de una norma pactada o decisión empresarial de afectación e interés general. A continuación, la Sala considera que la impugnación del calendario de vacaciones, al ser un derecho de disfrute individual, y contemplada desde la perspectiva del art. 38.2 ET que se refiere en efecto a la fijación del momento de disfrute aludiendo al pacto de esa naturaleza, no puede llevarse a cabo por la vía de conflicto colectivo. Lo más llamativo es que simultáneamente se afirme que tampoco cabe la vía individual.

De todas formas, en la inmediatamente posterior **STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 3212 (recurso 2521/2000), se estima la pretensión deducida por la vía de conflicto colectivo por los sindicatos ELA/STV, UGT y LAB frente a la empresa, instando la nulidad de los calendarios de las tres sociedades afectadas, así como la decisión de una de ellas de fijar un cupo de trabajadores que habrían de seguir trabajando en la primera semana de agosto. La Sala declara la falta de validez de las modificaciones introducidas unilateralmente por la empresa en el calendario de vacaciones, pues aunque la confección del calendario laboral forma parte de las facultades organizativas del empresario y la fijación del período de disfrute de vacaciones se remita en efecto al pacto individual, ello habrá de verificarse de conformidad con los criterios de planificación que se

hayan podido establecer en convenio colectivo. Y se da la circunstancia que los arts. 20 y 21 del convenio colectivo vigente en la empresa no autorizan al empresario a imponer unilateralmente un cambio cuando lo requieran las necesidades del servicio, sino que consideran para ello preciso que se logre un acuerdo con la representación de los trabajadores, cosa que aquí no se llegó a producir. La **STJS de Canarias (Las Palmas) de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 3251 (recurso 371/2000) tampoco considera objetable la vía de conflicto colectivo para revocar un acuerdo plenario del Cabildo de Lanzarote sobre vacaciones del personal laboral, por considerar que conculca lo dispuesto en el ET y en el convenio colectivo de referencia sobre fijación de la fecha de disfrute de vacaciones.

En fin, sobre la competencia territorial, la **SAN de 13 de diciembre de 2000,** I.L. J 3116, al igual que la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2000,** I.L. J 2899 (recurso 1204/2000), se ocupan de recordar que el ámbito del conflicto colectivo puede ser coextenso con el de aplicación de la norma sobre la que el conflicto versa, pero que esto no tiene por qué ser necesariamente así siempre. La controversia también puede suscitarse en un ámbito más reducido. Será el alcance de los efectos del conflicto y no el campo de aplicación de la norma el que determine la competencia del órgano jurisdiccional que habrá de conocer el asunto (STS de 6 de julio de 1994).

C) Sujetos legitimados para incoar el procedimiento de conflicto colectivo

La ya citada **STS de 15 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2760, al hilo de la cuestión relativa al objeto del proceso de conflicto colectivo, y en consonancia con la solución dada a la misma, se pronuncia sobre los sujetos legitimados, activa y pasivamente, para intervenir en dicho proceso. Es claro que esa legitimación ha de quedar restringida a los sujetos colectivos cuyo ámbito de actuación coincida o sea más amplio que el del conflicto. Así se declara en las anteriores SSTS de 2 de julio; de 26 de diciembre de 1997; de 10 de mayo y de 17 de noviembre de 1999; y de la misma forma se reitera en la posterior **STS de 22 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2795. Y a ello no se opone el que luego los efectos de la sentencia puedan o hayan necesariamente de proyectarse sobre los trabajadores individuales, tal y como se desprende del art. 158.3 LPL.

D) Proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenios colectivos

La recién citada **STS de 22 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2795,resuelve un interesante problema, el de la delimitación de los respectivos ámbitos de dos modalidades procesales bastante próximas, la de conflicto colectivo y la de impugnación de convenios colectivos. Parece claro, y así lo recalca la jurisprudencia existente ya al respecto (*vid.* las SSTS de 23 y 26 de marzo de 1999, Sala Cuarta, I.L. J 482 y 490), que cuando se trata de impugnar un convenio colectivo estatutario por ilegalidad o lesividad, el cauce procesal pertinente será el que se regula en el Capítulo IX de la LPL, en cuyo art. 161 se comienza diciendo literal, expresa y claramente, que dicho cauce se reserva para "la

impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (...)"; mientras que en el art. 151.2 LPL se remite a los trámites del proceso de conflicto colectivo la impugnación de convenios colectivos, sin más calificativo.

En el presente caso se trataba de impugnar un acuerdo para la regulación de ciertas condiciones de trabajo, logrado en conciliación entre la sección sindical de UGT (Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar) y la empresa RENFE. Habida cuenta que dicha sección no reunía las mayorías precisas, el acuerdo no alcanzó valor como convenio estatutario, aunque sí lo tenía como extraestatutario. La Sala concluye que, de conformidad con los aludidos preceptos, su impugnación habrá de tramitarse, pues, conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Legalidad de la huelga

La **STS de 22 de noviembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2615, parte de una previa cuestión cual es la aceptación de la posibilidad de interponer una acción declarativa para calificar una huelga como legal o ilegal, lo que en sí mismo encierra, a juicio de la Sala, un interés legítimo digno de tutela, consistente en deshacer la incertidumbre jurídica sobre la licitud de la concreta medida de conflicto empleada. Y tanto por los efectos directos que ello comporta, como por los colaterales, en el ámbito de las relaciones laborales colectivas, pero también en el de las individuales. Ésta es la tesis que se sostiene ya en sentencias previas como las SSTS de 15 de octubre de 1998 y de 17 de diciembre de 1999.

Sobre el fondo del asunto, esto es, la licitud o ilicitud de la huelga convocada por ciertas organizaciones con motivo de la negociación de un convenio colectivo para el sector del transporte en la Comunidad de Madrid, se comienza por analizar la configuración constitucional del derecho de huelga, como derecho subjetivo fundamental de los trabajadores, que les permite ejercer presión sobre los empresarios con el fin de obtener una satisfacción de sus intereses. Pero es que, además, la huelga se erige en un importante instrumento de cara a la negociación colectiva. A partir de ahí, se hace una interpretación restrictiva de la presunción del carácter ilícito o abusivo de una huelga, limitando el alcance de la misma a las rotatorias, las que efectúan trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo y las de celo o reglamento (SSTC 11/1981, 72/1982 y 41/1984). Todas las demás deben presumirse válidas y a quien interese la declaración del carácter abusivo deberá probarlo aportando los datos básicos que permitan mostrar la existencia de una desproporción en los mutuos sacrificios. En el presente caso se calificó como abusiva una huelga convocada para forzar la constitución de la comisión negociadora del convenio, dando por supuesto y sin llegar a probar que las asociaciones convocantes carecían de legitimación para negociar. Con ello, considera el Alto Tribunal, se vulnera la interpretación constitucional del art. 28.2 CE. Otra cosa sería que se hubiera probado que la huelga pretendía obligar

a reconocer una legitimación de la que se carecía. En fin, el hecho de que la huelga fuera selectiva y sólo afectara a ciertas empresas se debió a que las mismas eran las que pertenecían a las asociaciones patronales que nunca quisieron negociar, lo que también descarta el carácter abusivo de la modalidad o forma de desarrollo elegida.

B) Incumplimiento de servicios mínimos y despido

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2521 (recurso 2097/2000), declara procedente el despido de los trabajadores que incumplieron los servicios mínimos, teniendo en cuenta para ello que tales servicios se habían fijado correctamente, cumpliendo las exigencias formales y materiales que la jurisprudencia constitucional ha venido señalando, a saber, intervención de la autoridad gubernativa competente, suficiente motivación y audiencia de las partes implicadas. Por si fuera poco, los mismos no fueron objeto de impugnación por abusivos o desproporcionados.

C) Sustitución de trabajadores huelguistas

La **STSJ de Baleares de 21 de septiembre de 2000,** I.L. J 2439 (recurso 362/2000), dictada en un proceso de tutela de la libertad sindical, incorpora la doctrina constitucional y jurisprudencial en torno al denominado *esquirolaje interno*, esto es, la práctica consistente en sustituir a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores ya vinculados a la empresa. Además de la conocida STC 123/1992, que restringe esta posibilidad, el TS se ha pronunciado ya al respecto, entre otras, en las SSTS de 24 de octubre de 1989 (R. 7533) y 8 de mayo de 1995 (R. 3752); al igual que la propia Sala de Baleares, en su Sentencia de 8 de abril de 1999 (AS. 1525).

Tanto el TC, como el TS, vienen manteniendo que la prohibición contenida en el art.6.5 DLRT se extiende al empleo de trabajadores de la propia empresa que no vengan habitualmente ocupándose de los trabajos de los huelguistas, así como al desempeño de esas tareas por trabajadores de otro centro de trabajo de la propia empresa. Y así, el destinar a un trabajador a funciones de cajero en oficina distinta de aquella en la que tiene su destino habitual, y en la que sus tres empleados, con excepción del Director, estaban en huelga, constituye lesión de este derecho y, por consiguiente, del de libertad sindical.

Carolina Martínez Moreno

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento de negociación. A) Comisión negociadora. B) Adopción de acuerdos. **3. Determinación del convenio aplicable. 4. Duración. Sucesión de convenios. 5. Impugnación del convenio colectivo.** A) De oficio. B) "Directa". **6. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales. **7. Comisión paritaria. 8. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Impugnación de sus acuerdos.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Con la presente crónica se cierra la reseña de las sentencias que han tratado cuestiones de negociación colectiva a lo largo del año 2000. En concreto, se da cuenta de las publicadas en los números 13 a 16, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova. En esta ocasión, destacan, por su número y variedad de los aspectos abordados, las que contemplan la impugnación del convenio colectivo; pero, además, se llama también la atención sobre la solución que sigue, trayendo a colación sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 2000, en relación con el cómputo de la mayoría requerida para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora, así como sobre la necesidad del mutuo acuerdo de las partes negociadoras para poder contar con la asistencia de asesores en las deliberaciones, destacada por la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2000.

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

A) Comisión negociadora

Sobre el ajuste a derecho del acuerdo de los miembros de la comisión negociadora de un convenio de empresa en virtud del cual dicha comisión reduce su composición numérica respecto a la que rigió en otros convenios anteriores, así como sobre la necesidad de que la designación de los referidos miembros haya de guardar proporcionalidad respecto a la presencia con que cuente en el comité de empresa cada uno de los sindicatos o agrupaciones que hayan concurrido a las correspondientes elecciones, **STS de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 2745:

"El legislador ha remitido a la autonomía de las partes la composición numérica de la comisión negociadora de los convenios colectivos llamados estatutarios y, salvo excepciones de ejercicio abusivo de este derecho, no corresponde a los Tribunales corregir o valorar la oportunidad de los acuerdos colectivos o sindicales adoptados sobre este particular". Pero, además, "de conformidad con lo que dispone el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, la composición de la comisión negociadora responderá a la proporción existente entre el índice de representatividad de los sindicatos y el número de componentes de dicha comisión, y de la prueba practicada en este caso se deduce que al sindicato demandante no le asiste el derecho a formar parte de la mesa negociadora, pues si el número de representantes elegidos en la empresa es de 49, para poder ocupar un puesto en el 'banco' social compuesto de 12 miembros habría que acreditar, al menos, cuatro representantes, y el demandante sólo acredita dos (...)".

La presencia en las deliberaciones de la comisión negociadora de asesores de las partes negociadoras, prevista en el art. 88.2 del ET, precisa, según de deduce de este precepto, el mutuo acuerdo de las mismas, sin el cual aquélla no es posible. Se pronuncia en tal sentido la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2000,** I.L. J 3191:

"En el referido precepto ya se establece que las partes negociadoras y de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, de lo que se infiere que el acuerdo mutuo de las partes está referido tanto a la designación de un presidente como para contar con la asistencia en la deliberación de asesores, pues en el citado artículo entre la frase 'podrán designar un presidente' y la frase de 'contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores' se utiliza la conjunción 'y', lo que denota la aplicación del requisito del 'mutuo acuerdo' tanto para la designación del presidente como para la asistencia en las deliberaciones de asesores, conclusión que queda avalada por la doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencia de 29 de octubre de 1993".

B) Adopción de acuerdos

Como se sabe, el art. 89.3 del ET continúa sin precisar cómo debe computarse la "mayoría de cada una de las dos representaciones" requerido para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Tal cómputo ha de realizarse, según recuerda la **STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 2000,** I.L. J 3005, sobre los porcentajes de representatividad acreditados por las organizaciones profesionales con presencia en la citada comisión, no sobre el número de miembros que compongan cada representación, lo cual, a mi juicio, se presenta, en principio, más oportuno:

"La reforma estatutaria del año 1994 (...) se refiere a las reglas sobre adopción de acuerdos en la comisión negociadora sin que el legislador se decantara sobre el actual problema litigioso, si bien en parte de la doctrina (...) se sostiene que existe actualmente más fundamento para defender que la mayoría de acuerdos (*sic*) se ha de computar tomando como base el número de personas que integran cada uno de los bancos porque el número de éstas se ha determinado teniendo en cuenta la representatividad de las organizaciones que inte-

gran la comisión (art. 88.1 y 2 del ET) y a tenor de la naturaleza de la comisión negociadora, un órgano colegiado compuesto por personas jurídicas representadas por personas físicas que devienen 'miembros'; sin embargo, se sigue optando en la jurisprudencia por la tesis que triunfó con anterioridad a la reforma del Estatuto, es decir, el criterio de las mayorías en función de la representatividad. Así lo expresa reiteradamente la Sala Cuarta (Sentencias de 31 de octubre de 1995, de 29 de abril de 1997 y de 10 de noviembre de 1998) y el propio Tribunal Constitucional (STC 213/1991, de 11 de noviembre). En el mismo sentido, la sentencia más actual de 7 de junio de 1999, confirmando que el derecho de participación, como es en nuestro caso [en] la comisión paritaria (debe decir negociadora), está reconocido a los sindicatos en relación proporcional con la representatividad que ostenta cada uno de ellos."

3. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

En el supuesto de sucesión de empresa, la aplicación del convenio colectivo de la cedente se limita a los trabajadores afectados por el cambio de empresario. De no existir convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria, no cabe pretender que los trabajadores contratados directamente por la misma queden también sujetos a las condiciones de trabajo que rigen, en virtud del convenio colectivo propio de la cedente, para los afectados por la subrogación (**SAN de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 3095).

4. DURACIÓN. SUCESIÓN DE CONVENIOS

Recuerda que la duración del convenio colectivo es la que establezcan las propias partes negociadoras, que pueden pactar períodos de vigencia distintos para cada materia o grupo de materias (art. 86.1 ET), la **STSJ de Extremadura de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2663, la cual también rechaza, por no ser conforme a lo dispuesto en los arts. 82.4 y 86.4 ET, que el agotamiento del período de vigencia de una determinada materia impida negociar de nuevo sobre la misma y llegar a un nuevo acuerdo que regule aquélla de forma distinta y menos ventajosa para los trabajadores que el anterior. En concreto, manifiesta la sentencia reseñada, trayendo a colación la jurisprudencia que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular, que:

"los convenios limitan su campo temporal de vigencia al tiempo para el que fueron pactados, transcurrido el cual y caso de entrada en vigor de un nuevo pacto estatutario, (...) las relaciones han de adecuarse a la nueva norma paccionada, aun en el caso que contenga menores derechos, siendo perfectamente admisible que el nuevo pacto o convenio colectivo regule de manera distinta o incluso suprima determinados beneficios anteriormente existentes".

5. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) De oficio

Teniendo el acuerdo impugnado la naturaleza de convenio colectivo extraestatutario, la autoridad laboral carece de acción para proceder, de oficio, a la impugnación del mismo

por la vía de la modalidad procesal que contempla el art. 161 de la LPL, que está reservada para los convenios estatutarios. En la expresada situación, sólo cabe, pues, la impugnación "directa" por los sujetos legitimados (**STS de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3193).

B) "Directa"

De pretenderse la declaración de nulidad, por ilegalidad, de la estipulación del convenio colectivo (una nueva tabla para el plus de convenio) acordada por la comisión paritaria en sustitución de otra anterior, el procedimiento a seguir es el de impugnación de convenios colectivos y no el de conflicto colectivo, sin que quepa exigir, pues, el intento de conciliación preprocesal previsto en el art. 154 LPL. En la situación descrita, la legitimación pasiva sigue correspondiendo a las representaciones integrantes de la comisión negociadora, careciendo de ella, en cambio, los miembros de la comisión paritaria **(STS de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 2754).

El de impugnación de convenios colectivos con aplicación de trámites previstos para el de conflicto colectivo es también el procedimiento que corresponde al conocimiento de la impugnación del acuerdo de conciliación que alcanzan un sindicato y una empresa para poner fin a un conflicto colectivo y que contempla la regulación de ciertas condiciones de trabajo. No se opone a lo anterior lo dispuesto en el art. 67 LPL, que en modo alguno determina la modalidad procesal a seguir para la impugnación del acuerdo de conciliación preprocesal (**STS de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2795). Reténgase que si el acuerdo conciliatorio tiene naturaleza de convenio extraestatutario no cabe la impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral, reservada por el art. 161.1 de la LPL para los convenios colectivos regulados en el título III del ET (**STS de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3193).

Tratándose de un convenio de empresa suscrito por secciones sindicales, disponen de legitimación *activa* para proceder a la impugnación del mismo por ilegalidad los sindicatos a los que pertenezcan tales secciones sindicales (**SAN de 19 de septiembre de 2000,** I.L. J 2486):

> "Los sindicatos (...) están legitimados, aunque no puedan negociar los convenios estatutarios de empresa, para impugnar por ilegalidad de los mismos y aunque los hayan firmado (...) las secciones sindicales constituidas a su amparo."

No está de sobra advertir, como hace la **SAN de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2505, que la expresada legitimación debe atribuirse, además de a los aludidos sindicatos, a cualquier sindicato, aunque no disponga de secciones sindicales en la empresa de que se trate. Por lo que se refiere a la legitimación *pasiva*, ésta correspondería, según tiene oportunidad de destacar la sentencia ahora reseñada, a las secciones sindicales que hubieran formado parte de la comisión negociadora, no a los sindicatos a los que pertenezcan y bajo cuyas siglas actúen; éstos carecerían de dicha legitimación.

Por lo que respecta a la prueba de los vicios atribuidos al convenio colectivo, la misma corresponde a quien impugna éste, pues aquéllos son hechos constitutivos de su pretensión. Lo recuerda, una vez más, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3119:

> "La naturaleza especial de dichos pactos, que exigen la intervención de la autoridad laboral, a la que corresponde su control mediato o indirecto sobre su legalidad", les dota "de una apariencia de validez sólo desvirtuable por prueba a cargo de quien lo impugna".

Reténgase, en fin, que la inclusión en el convenio colectivo de una cláusula de vinculación a la totalidad no conduce necesariamente a que la estimación de la demanda que impugne alguna o algunas estipulaciones de aquél deba traducirse en la declaración judicial de la nulidad total del mismo. Tal es el criterio seguido por la **SAN de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3117, que reproduce los términos de la STS de 22 de septiembre de 1992:

> "Aunque existan en un convenio cláusulas de vinculación a la totalidad, la estimación de las demandas de impugnación de disposiciones específicas del mismo no lleva necesariamente consigo la declaración de la nulidad total de ese convenio, puesto que la consecuencia normal o propia de tal estimación será únicamente la declaración de la nulidad o de la ineficacia del artículo o artículos del convenio que fueron objeto de tal impugnación."

6. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la distinción entre comisiones paritarias que desarrollan únicamente actividades de administración y las que asumen funciones negociadoras, así como sobre el derecho del sindicato no firmante del convenio colectivo a formar parte de las segundas si reúne las condiciones de representatividad legalmente previstas, **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2681.

B) Por los Tribunales laborales

Tiene ocasión de precisar las condiciones que deben concurrir para que el órgano jurisdiccional quede obligado a aplicar el convenio colectivo publicado en un Boletín Oficial de la Provincia la **STS de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2609, dictada en casación para la unificación de doctrina. Para la Sala, se opone a esa aplicación el que la parte que invoca el convenio no proporcione al órgano jurisdiccional los datos suficientes para la identificación de aquél, como sucede en el caso de autos, en el que, además de no haberse aportado el convenio a éstos, quien pretendía su aplicación se limita a denunciar la infracción de determinados artículos del mismo, "sin más indicaciones y (...) sin mención de la fecha de aprobación (...), ni de los datos relativos a su publicación" (no es suficiente a tales efectos la mera referencia a un convenio publicado en determinada fecha en el Boletín Oficial de la Provincia).

Sobre la sujeción de la interpretación de los convenios colectivos a las reglas que rigen tanto la interpretación de las leyes como de los contratos, **STSJ de Baleares de 29 de noviembre de 2000** y **STSJ de Cantabria de 27 de diciembre de 2000,** I.L. J 2914 y 2998, respectivamente.

7. COMISIÓN PARITARIA

La posibilidad que tiene la misma de modificar el convenio o introducir en él nuevas reglas requiere que éste le atribuya aquélla. Si el convenio no contiene ninguna previsión expresa o tácita al respecto, excede de las facultades de administración de la comisión paritaria el tomar acuerdos que impliquen modificación de lo pactado, los cuales, de producirse, devendrían nulos por ilegales **(STS de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 2754).

Investida la comisión paritaria de facultades negociadoras, tiene derecho a formar parte de ella el sindicato no firmante del convenio siempre que reúna la legitimación que le hubiera permitido negociar el mismo (**STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2001,** I.L. J 2681).

8. COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS. IMPUGNACIÓN DE SUS ACUERDOS

Dada la pertenencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a la Administración del Estado, la competencia para conocer de la impugnación de sus acuerdos corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo recuerda, una vez más, la **STS de 13 de diciembre de 2000,** I.L. J 2755, en relación con la impugnación del acuerdo por el que dicha Comisión acordó someter a arbitraje la controversia surgida sobre la cobertura de vacíos provocada por la derogación de una ordenanza laboral:

> "La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de acuerdo con sus normas reguladoras (...), es un órgano de la Administración del Estado y sus acuerdos tienen la condición de actos administrativos, que, aunque puedan afectar a una materia laboral, como sucede en el presente caso, quedan comprendidos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 3.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa."

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 de trabajo. B) Responsabilidad. **9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones.** A) Recargo de prestaciones. B) Responsabilidad empresarial. C) Responsabilidad de la Mutua. **10. Asistencia sanitaria.** A) Concepto de urgencia vital. B) Contenido del reintegro de gastos. C) Indemnizaciones por defectuoso funcionamiento del servicio sanitario. D) La asistencia sanitaria y su prestación por entidades aseguradoras. **11. Incapacidad temporal.** A) Dinámica de la prestación. **12. Maternidad. 13. Regímenes Especiales. 14. Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social. 15. Procesos de Seguridad Social.**

CONSDIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265).

1. FUENTES

El **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** en su **Sentencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3090, establece que el art. 14, apartado 1, letra a), del Reglamento 1408/1971 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a los trabajadores de una empresa en construcción establecida en un Estado miembro que son destinados a trabajos de construcción en el territorio de otro Estado miembro en el que dicha empresa ejerce la totalidad de sus actividades, a excepción de las gestiones meramente internas. Para beneficiarse de la ventaja que ofrece el mencionado artículo es necesario que la empresa realice efectivamente y habitualmente sus actividades en un Estado Miembro determinado, pese a que temporalmente desplace a trabajadores al territorio de otros Estados Miembros.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

Conforme a la **STSJ de Castilla y León de 18 de septiembre de 2000,** I.L. J 2498, hay que presumir que quien es administrador único de una Sociedad Limitada, de la que es única propietaria una hija con la que además convive, y es ésta quien ejerce el control efectivo y directo de la misma, debe ser encuadrado en el Régimen de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos o por cuenta propia. En el mismo sentido la **STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2557, señala que el socio trabajador cuya participación es mayoritaria en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que además se convive, supone su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

En el caso de que las participaciones de una Sociedad Limitada se encuentren repartidas en tres partes iguales que cada una de ellas supongan un 33,3 por ciento, quienes sean sus titulares no tienen por qué ser considerados copartícipes de la Sociedad Limitada según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2940. Y con más razón aun si la Administración social está conferida sólo a uno de los socios, pues dicha participación no supone el que ostente el control efectivo de la sociedad.

3. ENCUADRAMIENTO

La **STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 2000,** I.L. J 2436, recordando la interpretación recogida en la STS de 29 de octubre de 1997, desestima el motivo del recurso de suplicación consistente en la impugnación por el recurrente del requisito de la "habitualidad" estimado por las actas de la Inspección de Trabajo levantadas y por la resolución de la TGSS, basadas en el hecho aceptado de que sus ingresos o comisiones derivadas de la actuación del subagente de seguros superaron durante el período discutido el salario mínimo interprofesional. Aludiendo a la STS de 16 de noviembre de 2000, la **STSJ de Baleares de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3133, determina esta vez que no puede ser exagerada la interpretación de la STS de 29 de octubre de 1997, y al analizar un supuesto en el que se recuerda que la Ley de Mediación de Seguros Privados permite a los empleados de las empresas de seguros realizar la actividad de mediación de seguros sin que tal actividad altere la relación existente entre empresa y empleado por razón del contrato de trabajo, desestima alta de oficio en RETA.

La **STS de 26 de diciembre del 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2800, dictada en unificación de doctrina, analizando un supuesto en el que por sentencia firme se declaró la inexistencia de relación laboral y posteriormente en sentencia ulterior la obligación de la empleadora de soportar el mantenimiento del alta de oficio cursada por la TGSS en el RGSS, determina que como cuestión previa para determinar la obligatoriedad de dar de alta y de afiliación de unos trabajadores en el RGSS por parte de una concreta empresa, existe la necesidad de resolver si entre los trabajadores y la empresa existe o ha existido relación laboral en la fechas discutidas.

En la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de septiembre del 2000,** I.L. J 2816, considera que un trabajador que prestaba sus servicios en una cooperativa debió estar encuadrado en el RGSS y no en el régimen especial agrario, por razón de que la actividad de la cooperativa –elaboración y crianza de vinos– iba más allá de lo que el art. 8 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, considera "labores agrarias".

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Reconocimiento de las cotizaciones del clero de la Iglesia católica. En aplicación del RD 2665/1998 se reconoce a una monja secularizada los períodos de ejercicio religioso como cotizados a efectos del reconocimiento de una pensión contributiva de jubilación. De la incompatibilidad de la pensión de SOVI con cualquier pensión del sistema no deriva ningún condicionamiento para el devengo de la pensión contributiva de jubilación. **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de julio de 2000,** I.L. J 2739.

El TS confirma la doctrina ya iniciada en sentencias anteriores (STS de 24 de enero y de 4 de julio de 1995, de 13 de febrero de 1997 y de 27 de enero de 1998) según la cual no se computan como días-cuota para determinar el período de carencia las cotizaciones vertidas en concepto de pagas extras adicionales a las dos obligatorias que contempla el Estatuto. Entiende el Tribunal que las normas de Seguridad Social son de carácter público y no disponibles por trabajadores y empresarios en negociación colectiva. El reconocimiento de la cotización realizada por todas las pagas reconocidas en Convenio modificaría el sistema público de Seguridad Social y ha de tenerse en cuenta que –salvo lo previsto en el art. 39.1 LGSS para las mejoras voluntarias– la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva. Desestima pues el TS la pretensión del concurrente. **STS de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2793.

Condonación del recargo por mora debido a causas excepcionales. Convocatoria de huelgas en el período de referencia. El TS considera que se cumplen los requisitos del art. 57 del RD de 11 de octubre de 1991 para la condonación del recargo por mora en la empresa Hunosa frente a la postura mantenida por la Administración. Tales criterios son la existencia de circunstancias excepcionales no económicas justificativas del retraso y el cumplimiento puntual de sus obligaciones por el sujeto obligado. Entiende el Tribunal que las huelgas producidas en la empresa derivadas de la negociación del Convenio colectivo y el plan de empresa no suponen por ese período un incumplimiento en el pago. **STS de 12 de diciembre de 2000,** Sala Tercera, I.L. J 2960.

7. RECAUDACIÓN

Siguiendo doctrina jurisprudencial de la STS de 24 de octubre de 1996, establece en tres meses el alcance del período de devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por apreciación de buena fe del interesado, que manifiesta explícita y cabalmente su situación, y el retraso considerable de la Entidad Gestora en formalizar la reclamación devolutiva, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de octubre de 2000,** I.L. J 2456. Todavía sobre el reintegro de prestaciones, la **STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2541, en un supuesto en el que el recurrente no cumplió su obligación de comunicar y poner en conocimiento del Organismo gestor la variación de los recursos económicos en su unidad de convivencia para el caso de una pensión de invalidez no contributiva, recuerda que la excepción prevista en el artículo 145.2 de la LPL acoge tanto la revisión de la prestación por parte de la entidad gestora, como el requerimiento para la devolución de la cantidad indebidamente percibida. Confirmando el reintegro de prestaciones percibidas por incapacidad temporal, partiendo de que la situación de Convenio Especial no es asimilada al alta a efectos de percibir dichas prestaciones, **STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2448. Aún en materia de reintegro de prestaciones, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2936, recuerda que la facultad de autotutela de la Entidad Gestora, cuando se perciben prestaciones de la Seguridad Social en cuantía reconocida que supera en cómputo global el límite máximo permitido para las sucesivas Leyes de Presupuestos, se limita a la posibilidad de ajustar las percepciones a dicho límite, y no a exigir por su propia imposición, el reintegro o devolución de las sumas percibidas en exceso, siendo necesario para que tal devolución pueda tener efectividad, que ejercite la correspondiente acción ante el Juzgado competente.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de octubre de 2000,** I.L. J 2442, examina un supuesto de suicidio en el que el sujeto fallece por dispararse un arma de fuego sobre su cabeza, llegando a la conclusión de que no se trata de un accidente de trabajo porque la situación no guarda relación alguna con el trabajo de chófer que desempeñaba.

Cabe estimar que concurre un accidente de trabajo según la **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2564, cuando éste traiga su causa en un infarto de miocardio que pese a que no se da en el centro de trabajo, sí se produce en el tiempo de trabajo, por encontrarse el sujeto a disposición del empresario, y aunque no se estuviera prestando trabajo efectivo.

Si el sujeto sufre un infarto de miocardio en el lugar de trabajo y en el tiempo de trabajo la presunción de existencia de una accidente de trabajo opera plenamente sin que la

misma quede destruida, según la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de julio de 2000,** I.L. J2734, en base a los antecedentes médicos que pudiera tener el sujeto. En el mismo sentido la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de julio de 2000,** I.L. J 2735.

Según la **STS de 11 de noviembre de 2000,** I.L. J 2750, no es posible calificar como accidente *in itinere* al infarto de miocardio que se produce antes de llegar al centro de trabajo y mientras se dirigía al mismo, en base a los motivos siguientes: 1) porque la presunción de laboralidad de accidente o dolencia de trabajo sólo alcanza a los que suceden en el tiempo y el lugar de trabajo, y 2) porque la asimilación a accidente de trabajo al que sucede *in itinere* se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, a las lesiones súbitas y violentas que produce un agente extraño y no las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación. En igual sentido, la **STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3201.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 2866, determina que si el infarto se produce en el tiempo y en el lugar de trabajo constituye un accidente de trabajo aunque el operario padeciera una cardiopatía esquémica consecuencia de su hiperlipemia y de otros factores de riesgo coronario pues para que no se presuma laboral se ha de acreditar que el infarto es por completo ajeno al trabajo.

No es accidente de trabajo el que acontece al trabajador en el tiempo de trabajo pero no en el lugar de trabajo por beber éste en exceso y tumbarse en la calle, sin presentar lesión alguna, y en esta situación anormal, fue atropellado por un vehículo que le causó heridas graves. **STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3200.

B) Responsabilidad

Según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de noviembre de 2000,** I.L. J 2502, el accidente que sufre un trabajador al caerse por el hueco de una escalera es debido a la actuación negligente de la empresa, a quien debe atribuirse por entero la responsabilidad del mismo, al permitir que el trabajador accidentado trabajase en un punto donde se podía caer por no tener el hueco de la escalera redes o barandillas.

No procede el recargo de prestaciones porque sólo nace el derecho al mismo cuando queda acreditado que se han incumplido normas genéricas o deudas de seguridad y las mismas constituyen la causa del accidente. Por lo que, según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de septiembre de 2000,** I.L. J 2503, si el trabajador accidentado omitió ponerse el cinturón de seguridad, pese a que hubiera un cartel indicativo de la obligación de utilizarlo, dicha omisión no puede ser imputable al empresario sobre todo cuando el trabajador en virtud de su categoría profesional tenía conocimiento de los peligros que el desarrollo de su prestación laboral conllevaba.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

A) Recargo de prestaciones

No se declara a la empleadora responsable del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, dado que el accidente de trabajo estuvo motivado por la conducta negligente del trabajador. Entiende el Tribunal que el accidente motivado por el vuelco de un carro no vino ocasionado por la deficiente situación del suelo de la empresa sino por el inadecuado arrastre del carro, desatendiendo el trabajador las instrucciones que la empresa impartía en estos casos. En base a tales argumentos el Tribunal no aprecia causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño causado. La Inspección de Trabajo no detectó infracción por inobservancia de la medida de seguridad e higiene. **STSJ de Aragón de 27 de noviembre de 2000,** I.L. J 2585.

Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. No es suficiente la advertencia empresarial por medio de avisos. En el supuesto, el trabajador se accidentó cuando realizaba un cambio de matriz, elevándola con un toro cuyas palas se introducían en huecos de la matriz de 4 centímetros de profundidad. La matriz cayó sobre la mano del trabajador. El TS confirma la responsabilidad empresarial en el recargo en tanto que infringió el art. 3.4 en relación al anexo 1.7 del Anexo del RD 1215/1997, de seguridad y salud para la utilización de los equipos de trabajo. No exime de tal responsabilidad la advertencia por medio de avisos de la prohibición de colocar las manos en cuanto que tal entidad está obligada a proteger a sus trabajadores incluso frente a posibles negligencias derivadas especialmente de un exceso de confianza o celo en el trabajo. Esta previsión se recoge en el art. 15.4 de la Ley de Prevención al señalar que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras". **STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3051.

B) Responsabilidad empresarial

Se desestima la demanda por incompetencia de la jurisdicción social en caso de exigencia de responsabilidad civil solidaria contra la empresa principal, contratista, promotora y arquitectos. El trabajador accidentado falleció de accidente laboral mediando inobservancia de las medidas de seguridad e higiene por parte de la contratista que trabaja en la construcción. En la presente demanda se reclama indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal entiende que no es aplicable a este supuesto la doctrina consolidada de que la jurisdicción social es competente para tratar la responsabilidad civil dimanante de accidente de trabajo (STSS de 15 de noviembre de 1990, de 24 de mayo y de 27 de junio de 1994, 3 de mayo de 1995, 30 de septiembre de 1997, 23 de junio de 1998) puesto que

se demanda, además de a la contratista, también a la promotora y a la dirección técnica; no estando estos últimos ligados con el trabajador por una relación laboral. Entiende el Tribunal que el litigio enjuicia una responsabilidad extracontractual por incumplimiento genérico de las obligaciones civiles o profesionales de las dos codemandadas citadas, lo cual excede del ámbito de la jurisdicción social. **STSJ de Aragón de 6 de diciembre de 2000,** I.L. J 2577.

Se declara a la empresa responsable del pago de indemnización y prestación de incapacidad temporal por accidente de trabajo a petición de la Mutua aseguradora. La empresa que había concertado con la Mutua la cobertura del riesgo se encontraba al descubierto por impago de cuotas desde 1994 hasta la fecha en que ocurrió el accidente en 1997. El TS entiende que no se trata de un incumplimiento puntual y transitorio por parte de la demandada sino que tiene carácter definitivo y expresivo de la voluntad empresarial de no cotizar, siendo válida la aplicación de la teoría de la responsabilidad empresarial por falta de cotización. **STS de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 2761.

Contrata y alcance de la responsabilidad empresarial. No extensión de la responsabilidad solidaria al empresario principal en caso de mejora voluntaria de la Seguridad Social. La parte recurrente impugna una sentencia que declaraba a la empresa contratista responsable solidaria del pago de una indemnización por fallecimiento debido a un accidente de trabajo, reconocida en Convenio. El TS sigue la doctrina de sentencias anteriores (STS de 19 de mayo de 1998, de 16 de septiembre de 1999) en la interpretación del art. 42 ET y entiende que la responsabilidad solidaria recogida en este artículo en materia de Seguridad Social sólo comprende el pago de las cuotas. Pero no abarca el incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejora voluntaria de las prestaciones. Tampoco entiende que sea aplicable la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS pues tal responsabilidad hace referencia a las prestaciones recogidas en el art. 126 LGSS, dentro de las cuales no se encuentra la indemnización objeto de debate. **STS de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2794.

C) Responsabilidad de la Mutua

Accidentes de trabajo sucesivos y atribución de responsabilidades entre las Mutuas aseguradoras. En el supuesto, la Mutua recurre la sentencia que declara su responsabilidad en el pago de la pensión de incapacidad permanente total, en su condición de aseguradora cuando aconteció el primer accidente de trabajo. Tal responsabilidad se comparte con la segunda mutua que era la aseguradora cuando aconteció el segundo accidente de trabajo que lesionó al trabajador en la misma parte del cuerpo. Entiende el Tribunal que en los supuestos en los que concurre más de un accidente de trabajo que inciden en la misma contingencia se deben seguir los siguientes pasos de cara a la atribución de responsabilidades: en primer lugar determinar el grado de invalidez o lesión permanente no invalidante que se reúne tras el segundo accidente; en segundo lugar analizar qué grado de invalidez o lesión permanente habría correspondido al trabajador tras el alta del primer accidente y, por tanto, antes de ocurrir el segundo. La asignación de responsabilidades en el primer accidente se limitaría a la prestación que se reconoció o hubiese sido reconocible de acuerdo con la secuela correspondiente que originó. En el caso enjuicia-

do el Tribunal no aprecia que las secuelas del primer accidente tuviesen repercusión de entidad sobre la calificación anterior dado que el trabajador no había presentado síntomas de incapacidad y prueba de ello es su reincorporación a su misma profesión volviendo a ser contratado por otra empresa. Por tanto, y en atención a los argumentos expuestos, el Tribunal exonera de responsabilidad en el pago de la pensión de incapacidad permanente total a la primera Mutua aseguradora. **STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 3215.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Concepto de urgencia vital

Según la **STSJ de Baleares de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2440, no concurre el supuesto de urgencia vital que genere el derecho a reclamar el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria privada en los casos de parto de alto riesgo y prematuro, porque para tal supuesto es necesario que se dé un riesgo inminente para la vida del enfermo, lo cual no sucedió en el caso concreto, ya que el acceso al hospital del INSALUD desde el domicilio de la actora era sólo superior en 700 metros a la clínica privada a la que acudió la beneficiaria de asistencia sanitaria.

Para la **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 2528, el internamiento por razones psiquiátricas es obligatorio para la entidad gestora, pero ello no implica que el beneficiario pueda acudir directamente a los servicios ajenos a la Seguridad Social, dado que para ello es necesario: o bien que se deniegue injustificadamente la prestación; o bien que nos hallemos ante una asistencia urgente de carácter vital, sin que baste la mera prescripción efectuada por el facultativo.

La **STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2559, establece que el requisito de la urgencia vital no sólo abarca el riesgo de pérdida de la vida, sino también el de facultades o miembros, con mayor motivo si el Hospital carece de una sección que pueda tratar la dolencia. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2560.

Según la **STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2582, no cabe el reintegro de gastos, derivados de asistencia sanitaria por medios ajenos a los del Sistema Nacional de Salud asignados, dado que ello sólo sería posible si existiera urgencia vital, y no la hay en los casos en que la elección por el interesado de la medicina privada lo fue por dispensar ésta técnicas punteras no socializadas.

B) Contenido del reintegro de gastos

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000,** I.L. J 2464, señala que no está previsto dentro del concepto de "reintegro de gastos sanitarios", los gastos de desplaza-

mientos o el transporte sanitario desde el domicilio del trabajador hasta el lugar donde se presta la asistencia sanitaria, al ser los mismos prestaciones complementarias. Por el contrario **la STSJ del País Vasco de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 2575, señala que sí que procederá el reintegro de gastos médicos por razón de traslado de ambulancia siempre que la evaluación de la necesidad de la prestación de transporte la realice el médico, y cuando su indicación obedezca a causas médicas que hagan imposible el desplazamiento en medios ordinarios de transporte.

C) Indemnizaciones por defectuoso funcionamiento del servicio sanitario

Según la **STSJ de Canarias de 9 de junio de 2000,** I.L. J 2475, no cabe establecer responsabilidades de la administración sanitaria, y por tanto indemnización, como consecuencia de maniobras intraparto causantes de lesiones fetales, al no existir una relación de causalidad entre el daño y el servicio público prestado, debido a que las maniobras efectuadas fueron necesarias y justificadas.

Según la **STSJ de Asturias de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2596, el orden jurisdiccional social es incompetente para conocer de las indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria, siendo el orden contencioso-administrativo el competente para resolver todas las reclamaciones judiciales formuladas para exigir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio.

D) La asistencia sanitaria y su prestación por entidades aseguradoras

En la **STSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3260, se discute si un accidentado, tras ser declarado en situación de incapacidad permanente, se convierte en pensionista y como tal pasa a ser beneficiario de la asistencia sanitaria por enfermedad común, debiendo serle prestada por la Sanidad Pública. Y según la sentencia, procede la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, según la cual, la asistencia sanitaria por accidente de trabajo corre a cargo de la entidad que haya asumido la cobertura de esta contingencia. Pero lo decisivo aquí no es que el trabajador accidentado haya pasado a la condición de pensionista de incapacidad permanente o de jubilación, sino que la necesidad de asistencia sanitaria continúe derivando de la lesión producida por el accidente. De modo que una vez producido el accidente, las prestaciones sanitarias derivadas del mismo se aplicarán mientras resulten necesarias, aunque el trabajador haya dejado de serlo para convertirse en pensionista, y dicha asistencia ha de ser prestada por la mutua, aun cuando al accidentado se le haya reconocido la gran invalidez.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la **STSJ de Andalucía de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2448, la situación de convenio especial no es asimilada al alta a efectos de percibir prestaciones por desempleo, si

bien quienes lo suscriban pueden, con carácter voluntario, incluir dentro de la acción protectora del mismo la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad o accidente no laboral, pero sin que quepa incluir las situaciones derivadas de incapacidad temporal.

Según la **STSJ de Canarias de 25 de julio de 2000,** I.L. J 2485, el transcurso del plazo previsto para la situación de incapacidad temporal no determina, sin más, la calificación de invalidez permanente, por analogía a lo que ya se había declarado jurisprudencialmente cuando se agotaban los seis años máximos de duración de la invalidez provisional.

La **STSJ de Valencia de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 2828, señala la necesidad de que para obtener el subsidio de incapacidad temporal en el régimen especial agrario, se cumplan los requisitos de estar al corriente en el pago de las deudas. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la responsabilidad del impago de una sola cuota, no pudo atribuirse al beneficiario sino a otra tercera persona, de modo que, la falta de negligencia del beneficiario, que sólo debía una cuota, que fue abonada inmediatamente después de que se tuviera conocimiento del descubierto, unido al hecho de que la cuota de otro mes se abonara por duplicado, hacen estimar dicho subsidio.

En términos parecidos la **STSJ de Valencia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2877, debate la cuestión de si es posible acceder a la prestación de incapacidad temporal en el régimen especial agrario, cuando se ha producido una compensación de cuotas que no ha sido ratificada por la instancia administrativa hasta un momento posterior al hecho causante. Según esta sentencia, ello es perfectamente posible dado que la deuda se compensó automáticamente cuando la trabajadora ingresó de manera voluntaria, y antes de la concurrencia del hecho causante, la cuantía adeudada en concepto de cuota y solamente con apenas un mes de demora y un año antes de que se produjera el hecho causante, de modo que cuando éste se produjo, la trabajadora ya se encontraba al corriente del pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social.

Según la **STSJ de Valencia de 12 de noviembre de 2000,** I.L. J 2834, a los efectos de la incapacidad temporal, debe considerarse en situación asimilada al alta la trabajadora que el día siguiente al de haber sido dada de alta médica en incapacidad temporal por enfermedad común, en la modalidad de pago directo por haberse extinguido su contrato de trabajo, causa baja por maternidad. Y dicha doctrina es aplicable al presente caso en que la actora es dada de baja por incapacidad temporal derivada de accidente no laboral tras una baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, de modo que debe considerarse como situación asimilada al alta el nuevo proceso de incapacidad temporal, aun cuando en el inicio de la segunda situación, se hubiere extinguido el contrato de trabajo.

En la **STSJ de Andalucía de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 2889, la cuestión debatida es la de si el abono de la prestación por incapacidad temporal se ha de condicionar a que

el interesado pague el último de los plazos concedidos para hacer efectivo el descubierto que mantenía respecto de las cuotas no satisfechas o no, y la respuesta de la Sala es que el abono de la prestación ha de quedar pospuesto hasta el día primero del mes siguiente a aquél en que tenga lugar la finalización del ingreso de cuotas pendientes.

Según la **STSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2952, entre las causas por las que se extingue la prestación de incapacidad temporal se encuentra la de ser dado de alta médica con o sin declaración de invalidez permanente.

La **STSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2954, señala que el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad temporal no está condicionado a la previa solicitud de parte, sino que se hace efectivo de modo directo y automático, conforme al principio de "oficialidad", una vez producidos y presentados los correspondientes partes médicos de baja y de confirmación.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3012, el beneficiario de una prestación de incapacidad temporal que es dado de alta médica por curación tiene dos posibilidades: impugnar el alta médica para obtener otra que contenga declaración o propuesta de invalidez; o plantear en el proceso de invalidez permanente la prórroga de la situación de incapacidad temporal hasta el momento de la discapacidad permanente, pero no puede instar un proceso autónomo para obtener el abono del subsidio por incapacidad temporal durante el período que media entre el día del alta médica y la fecha de efectos de la incapacidad temporal.

La **STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3035, señala que la incapacidad temporal posterior a la declaración de incapacidad permanente total, no exige carencia previa, si bien es preciso que el trabajador haya iniciado una nueva actividad distinta a la que dio lugar a la incapacidad permanente total, y no siendo computables las cotizaciones estando en desempleo.

Según la **STSJ de Valencia de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3098, ante la denegación administrativa de la prestación de incapacidad temporal, cabe reiterar la petición mientras no prescriba el derecho de fondo, si bien en materia de incapacidad temporal juega la caducidad anual del derecho de modo que no opera la prescripción de cinco años. En el caso debatido, había transcurrido el plazo.

En la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3107, la TGSS había concedido al demandante, el aplazamiento y fraccionamiento solicitado en el pago de las cuotas, circunstancia esta que debe entenderse suficiente para regularizar su situación a efectos de percibir la prestación. Y es que las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento en el pago de sus cuotas en la Seguridad Social se considerarán al corriente respecto a las mismas. La falta de requerimiento en el pago de las cuotas atrasadas, e incluso el abono de las mismas tras el plazo marcado por la entidad gestora, no puede perjudicar al interesado, siempre que reúna el requisito mínimo de carencia exigible previsto para el RETA.

En la **STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 3115, se cuestiona si en el régimen especial agrario es de aplicación la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo sobre la norma aplicable al régimen general según la cual la responsabilidad en el abono de prestaciones de incapacidad temporal desde el 4º al 15º día de baja corresponde exclusivamente al empresario y subsidiariamente al INSS. Y concluye que las prestaciones de incapacidad temporal se otorgarán en la misma extensión, forma, término y condiciones que en el régimen general.

En la **STSJ de Andalucía de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3244, el actor reclama las prestaciones por incapacidad temporal desde el alta médica hasta la fecha de la declaración de la invalidez permanente, las cuales son reconocidas en la sentencia, que estima la pretensión.

12. MATERNIDAD

La **STSJ de Murcia de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2714, resuelve un recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la solicitud de una prestación por maternidad en una situación de acogimiento familiar permanente provisional. El INSS deniega el derecho a la prestación por considerar que dicha situación no constituye un supuesto de "acogimiento preadoptivo". Por el contrario, la sentencia considera que la interpretación del Instituto es excesivamente rigorista, dado que la aplicación de las normas y su interpretación deben atender al propósito que las inspira; en este caso la protección del menor, con independencia de la circunstancia que determine su filiación.

La **STS de 28 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2806, examina si un trabajador por cuenta ajena del Régimen General puede disfrutar de la prestación por maternidad cuando la madre es Registradora de la Propiedad y está adscrita al Régimen de Clases Pasivas del Estado. El tribunal llega a la conclusión de que no procede conceder la prestación al padre por cuanto el permiso por maternidad que reconoce la LGSS está vinculado a que el titular del derecho, la madre, sea un trabajador por cuenta ajena. Por lo que si la madre es Registradora de la Propiedad, y está adscrita al Régimen de Clases Pasivas, ni es titular del derecho ni, por consiguiente, puede cederlo.

En caso de fallecimiento de la madre al día siguiente del parto el padre tiene derecho a hacer uso de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, con independencia de que la madre reuniera los requisitos para causar derecho a la misma, dado que la finalidad de la norma es la de atender al recién nacido. **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3021.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Una sentencia más acerca de afiliación de los subagentes de seguros, consecuencia de la campaña que la Inspección de Trabajo realizó a escala nacional para revisar el estado de

afiliación y cotización de los mismos. En este caso el interesado alegó ante el Tribunal que sus ingresos netos no alcanzaban al SMI en cómputo anual, y por ello solicitaba se declarase que no correspondía su afiliación al RETA. La **STSJ de Asturias de 24 de noviembre del 2000,** I.L. J 2595, considera que no es correcto interpretar la jurisprudencia del TS iniciada en la STS de 24 de octubre de 1997 como un mecanismo automático que vincule la obtención de ingresos superiores al SMI con la afiliación al RETA, ya que ello supondría para el titular una serie de altas y bajas erráticas, según sus ingresos superasen o no en un determinado período el citado monto anual del Salario Mínimo Interprofesional; el criterio de los ingresos percibidos es un criterio subsidiario a otros medios de prueba, ya que lo importante es averiguar si concurre la nota de profesionalidad, y en el caso enjuiciado en que el titular contaba con establecimiento abierto permanentemente al público, se declaró probada su dedicación profesional sin necesidad de recurrir al indicio de las rentas obtenidas. Esta misma interpretación de cual era la doctrina jurisprudencial ha sido mantenida por otros Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo, en la **STSJ de Navarra de 15 de marzo del 2000,** I.L. J 720, que utilizó el criterio de los ingresos dada la dificultad de probar el grado de dedicación del subagente de seguros, considerando que podía estimarse racional deducir que el importe de los ingresos percibidos guardaba relación con el número de horas que el interesado dedicase a la labor cuya profesionalidad se intentaba averiguar.

La posibilidad de escoger la base de cotización que tienen los trabajadores autónomos afiliados al RETA se ha limitado desde siempre a partir de determinada edad. Cuando el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se incrementó de diez a quince años, la antigua limitación para escoger libremente la base de cotización se adelantó de los 55 a los 50 años, con el fin de mantener incólume la protección del sistema ante alzas expresamente calculadas para incrementar la pensión a percibir. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de julio de 2000,** I.L. J 2737, afronta dos peticiones de un afiliado al RETA: la primera es que no se le aplicase la limitación anticipada a los cincuenta años en virtud de que se había formulado la petición de incrementar la base de cotización con anterioridad a la entrada en vigor de tal norma, pretensión que es denegada en virtud de que aunque fue formulada con antelación la petición no surtía efectos hasta el día primero de enero cuando ya se hallaba en vigor la limitación para los mayores de 50 años, y el interesado no tenía un derecho sino una expectativa de que la limitación anterior sería mantenida, expectativa limitada añadimos nosotros, ya que la publicidad del proceso legislativo previo no permite sino considerar que la apresurada petición de incremento de la base de cotización poco antes de que entrase en vigor la nueva limitación no era sino un intento de evitar la misma y frustrar la finalidad de la norma. En segundo lugar alega el interesado que esta limitación es discriminatoria por razón de edad y como tal debe ser inaplicada por su oposición al art. 14 CE; el Tribunal rechaza la calificación de discriminatoria al estimar razonable, proporcional y útil a la finalidad perseguida, que no es sino la que anteriormente enunciábamos de impedir incrementos de última hora para lograr un cálculo más favorable de la pensión de jubilación que se acerca al interesado.

Los efectos de la concesión de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas es lo que se dilucida en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de noviembre del 2000,** I.L.

J 2889. El actor se vio requerido al pago de una importante cantidad que adeudaba por cotizaciones atrasadas como requisito previo a la obtención de una prestación por Incapacidad Temporal, en lugar de satisfacer inmediatamente lo reclamado alegó dificultades económicas y solicitó un aplazamiento de pago, concedido éste solicita la prestación argumentando que el art. 42.3.b) del reglamento de recaudación considera a quien tenga concedido tal aplazamiento como si estuviese al corriente de pago. El Tribunal, sin embargo, considera tal aplazamiento una simple facilidad de pago, y como consecuencia, hasta la liquidación de la última cuota del aplazamiento concedido no estima cumplido el requisito de hallarse al corriente de pago. Ninguna duda existiría si el aplazamiento se hubiese solicitado antes del hecho causante, pero solicitar efectos retroactivos al aplazamiento de pago solicitado con posterioridad puede interpretarse como que supondría burlar la finalidad de la norma, que es la de preservar el carácter contributivo de ciertas prestaciones, y no la de planificar el progresivo pago de las cotizaciones anteriores con el importe de la prestación cuyo inmediato pago se solicita. A distinta conclusión interpretativa llega la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre del 2000,** I.L. J 3107, si bien con la precisión de que la entidad gestora no invitó al interesado más que muy tardíamente a que hiciera efectivas las cuotas adeudadas; considera esta última sentencia que la concesión del aplazamiento de pago subsana en cualquier caso el defecto de no hallarse al corriente de pago, ya que la solicitud de tal aplazamiento supone una demostración de la voluntad de satisfacer las cuotas adeudadas en los plazos que se le aprueben. Ésta es la misma posición sustentada en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de octubre del 2000,** I.L. J 3183, en la que se atiende la petición de una viuda cuyo cónyuge adeudaba unas mensualidades, al fallecer el causante la viuda no atendió al requerimiento de pago de las cuotas como heredera del asegurado, ni a la invitación al pago de las mismas que se le formuló al solicitar ella la pensión de viudedad; sin embargo, unos años más tarde, solicitó aplazamiento del pago de la deuda y, concedido éste, nuevamente la pensión de viudedad, la entidad gestora le denegó la pensión por no hallarse al corriente de pago, imposibilitando el simultáneo disfrute de la pensión con el pago de las cotizaciones adeudadas; recurrida esta resolución el Tribunal estima que el aplazamiento concedido supone cumplir con el requisito de hallarse al corriente de pago, y asimismo advierte que esta solución es la misma a la que se llegaría de aplicar analógicamente las reglas de responsabilidad empresarial previstas en el Régimen General para el caso de incumplimiento del pago de cotizaciones, que exoneran de responsabilidad al empresario deudor si obtiene el aplazamiento de la deuda; finaliza el Tribunal con la advertencia de que la pensión así obtenida puede perderse en caso de incumplirse el puntual pago de los plazos acordados en el aplazamiento solicitado.

El actor de la **STSJ de Baleares de 24 de noviembre del 2000,** I.L. J 2911, solicitó una pensión de jubilación en el RETA cuando aún tenía pendiente de ingresar las cotizaciones de algunos meses, por lo que fue invitado a ingresarlas como trámite ineludible, y con el efecto del inmediato percibo de la pensión si dicho ingreso se producía en el plazo de 30 días naturales, o sin que se le abonase la pensión hasta el mes siguiente del ingreso en caso de realizarse éste en un plazo superior a los 30 días citados. El actor argumenta que si bien reconoce la deuda de las cotizaciones reclamadas, estima que la entidad ges-

tora le debía a él también la prestación que solicitó, por lo que en lugar de tener que ingresar en la Tesorería el importe de las cotizaciones adeudadas, bien podrían haberse compensado las deudas y recibir el interesado el importe restante con efectos del día de la solicitud; el Tribunal rechaza la petición en base a que el interesado no era aún acreedor de la Seguridad Social, ya que hasta no haber satisfecho la totalidad de las cuotas pendientes no se cumple el requisito de hallarse al corriente de pago, y por ello no había causado la prestación solicitada, que le es abonada a partir del primer día del mes siguiente al pago de lo adeudado al sistema.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre del 2000,** I.L. J 3014, no existe discrepancia entre la Tesorería General de la Seguridad Social y el interesado acerca de la afiliación, primero en el RETA y posteriormente en el Régimen General, ya que lo inicial discrepancia en cuanto a la fecha de efectos fue resulta en la reclamación previa que aceptó que a partir de la emancipación por matrimonio del interesado correspondía a éste estar afiliado al Régimen General aun cuando ostentase la titularidad de algunas acciones de la empresa de transportes mayoritariamente controlada por sus progenitores. Subsistía empero la discrepancia acerca del procedimiento empleado por la tesorería para realizar los cambios de encuadramiento. El Tribunal constata que de la visita girada por el inspector de trabajo no se deduce que el actor hubiera falseado declaración alguna o encubierto ningún dato, por lo que estima que la entidad gestora debió acudir al procedimiento del artículo 145.1 LPL, es decir, solicitar la declaración judicial oportuna en lugar de proceder de oficio a realizar los cambios de encuadramiento, ya que esta última posibilidad –con las ventajas de inmediata ejecutividad y carga procesal para el interesado si desea impugnar lo actuado– se reserva para los casos en que exista omisión, inexactitud o cambio en los datos facilitados por el interesado.

Régimen Especial Agrario

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de septiembre del 2000,** I.L. J 2430, enjuicia un caso en el que un beneficiario del Subsidio de Desempleo para trabajadores eventuales agrarios se hallaba dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas por realizar actividades ganaderas; presumiéndose de tal dato la realización de una actividad por cuenta propia incompatible con el subsidio se le reclamó por indebidamente percibido el importe del subsidio de los últimos años. El problema interpretativo se centra en que por una parte el artículo 11 del RD 5/1997 en su letra a) indica que el subsidio es incompatible con todo trabajo por cuenta propia o ajena, en concordancia con lo que asimismo dispone el art. 221 LGSS; pero por otra parte en el citado Real Decreto el requisito de carencia de rentas se formula con la indicación de que se entenderá por rentas insuficientes las que no sobrepasen el importe del SMI [art. 1.1; art. 3 en múltiples apartados; y art. 11.c) y d)]. Interpreta el tribunal que si al definir el ámbito subjetivo del subsidio se afirma que se hallan comprendidos en el mismo los empresarios que perciban rentas inferiores al SMI, la incompatibilidad del subsidio con el trabajo por cuenta propia debe interpretarse asimismo que lo es cuando de tal trabajo se perciban rentas superiores al mencionado importe. Esta correcta interpretación enlaza con la jurisprudencia que ha venido argumentando que debe entenderse como probada la realización de una actividad con las características de profesionalidad necesarias para que la misma

origine la inclusión del titular en un régimen especial de trabajadores por cuenta propia a partir de la obtención de rentas superiores al Salario Mínimo en cómputo anual; de no interpretarse como lo ha hecho la sentencia comentada, nos hallaríamos ante la paradoja de que se niega al interesado la condición de desempleado por realizar una actividad, a la vez que podría ponerse en duda la condición de trabajador autónomo por no llegar a ser tal actividad de carácter profesional, situación contradictoria que debe rechazarse por el intérprete a partir del dogma de que el legislador es coherente; debe, pues, calificarse como sensata la interpretación que evita que una actividad pueda ser calificada de mínima importancia cuando de ello deba deducirse su inclusión en la Seguridad Social, y simultáneamente pueda ser considerada relevante para excluir al mismo sujeto de los beneficios de la protección social. Este criterio se aplica correctamente en la **STSJ de Extremadura de 6 de octubre de 2000,** I.L. J 2470, en la que se discute precisamente si el beneficiario sobrepasaba o no el importe del SMI.

Es conocida la reiterada jurisprudencia de que en el Régimen Especial Agrario no existe el mismo plazo de gracia que en el RETA para abonar las cotizaciones pendientes, y que en los supuestos de Incapacidad Temporal no puede flexibilizarse el requisito de hallarse al corriente de pago al causarse la prestación. Dos sentencias próximas en el tiempo, cercanas geográficamente, y excepcionales en cuanto al supuesto examinado, coinciden básicamente en unos hechos inhabituales que provocan que se adopte la solución contraria a la jurisprudencia mencionada. Los hechos probados en las **SSTSJ de Valencia de 6 de septiembre de 2000,** I.L. J 2828, y **19 de octubre de 2000,** I.L. J 2877, los interesados vieron negada su prestación de Incapacidad Temporal por no hallarse al corriente de pago, en ambos casos se adeudaba una mensualidad, y en ambos casos los interesados habían pagado por duplicado otra mensualidad distinta que solicitaron se compensase con la que adeudaban; en ambos casos tal pago duplicado se había realizado con clara anterioridad al hecho causante, por lo que si bien el Reglamento de Recaudación entonces vigente (RD 1517/1991, de 11 de octubre) no permitía la compensación automática de cuotas, la finalidad de tal prohibición no resultaba burlada, ya que quedaba fuera de duda que no se realizó el pago duplicado posteriormente al hecho causante con la finalidad de compensar un descubierto anterior al mismo que impidiese causar la prestación. El Tribunal considera que materialmente la entidad gestora había percibido la totalidad de las cuotas, si bien no atribuidas cada una a una mensualidad distinta, por lo que no puede considerarse que siendo el sistema deudor y acreedor de cantidades idénticas la obligación de cotización se hallase incumplida, por lo que el Tribunal concedió en ambos casos la prestación solicitada.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La **STSJ de Valencia de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2886, responde a la solicitud de incrementar una pensión de jubilación ya concedida a la totalidad de la base reguladora, alegando –primeramente– no haberse computado los períodos vacacionales (lo que en defecto de prueba hábil suficiente no se acoge), y en segundo lugar, una errónea aplica-

ción de los coeficientes reductores. El Tribunal analiza cuál debe ser la interpretación que debe darse a la expresión "navegación de altura y de gran cabotaje" ante la duda de si se trata de dos requisitos acumulativos o alternativos para la aplicación del coeficiente correspondiente; el Tribunal dice que la interpretación que realiza se basa en la "hermenéutica literal y sistemática" y en una imprecisa "propia naturaleza de las cosas". Solución correcta a nuestro entender, ya que debe partirse de la distinción que se efectúa en la letra A) del art. 1 del RD 2309/1970, de 23 de julio, entre el grupo I (altura y gran cabotaje) y el II (cabotaje), si las dos características del primer grupo fuesen acumulativas, quien hubiese navegado cumpliendo sólo una de ellas (por ejemplo: en gran cabotaje sin llegar a la navegación de altura, lo que es perfectamente posible) no se hallaría incluido ni en el grupo I ni en el grupo II, viéndose excluido de la aplicación de todo coeficiente reductor de la edad para causar la pensión, lo que, a todas luces, no es conforme a la finalidad de la norma.

Régimen Especial de los Funcionarios Públicos

Establecido el cómputo recíproco de cotizaciones entre los distintos regímenes de la Seguridad Social, es principio generalizado que unas mismas cotizaciones no pueden servir para lucrar dos pensiones distintas, de forma que si en virtud de tal cómputo recíproco han servido para completar la carencia o para calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora de una pensión, no pueden posteriormente alegarse para causar una pensión en un régimen distinto. En la **STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 2579, se contempla el caso de un pensionista de clases pasivas cuya pensión fue calculada tomando en cuenta para el cálculo de la base reguladora parte de sus cotizaciones al RE de Clases Pasivas y parte de las efectuadas al Régimen General en período superpuesto con toda probabilidad por ser superiores a las efectuadas como funcionario; solicitaba el actor que en base a las cotizaciones al Régimen General no usadas en el cálculo de la base reguladora de su pensión, más las antaño efectuadas al Régimen Especial Agrario le fuese concedida otra pensión por el INSS. El Tribunal, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, reconoce que es posible disfrutar de dos pensiones distintas sin que opere la incompatibilidad a la que alude el art. 5.1 del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, cuando no se haya producido intercomunicación de cotizaciones, pero observa acertadamente que tal intercomunicación puede producirse no únicamente en el cálculo de la base reguladora, sino también en el del porcentaje a aplicar sobre la misma, o en el cumplimiento del requisito de carencia, que es lo que había sucedido en el caso enjuiciado; y como las cotizaciones restantes no alcanzaban para causar una nueva pensión, el interesado vio rechazada su pretensión.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2522, analiza una petición de jubilación anticipada a los sesenta años formulada por una persona que había cotizado al Régimen General, al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y que –a los efectos de cumplir con el requisito del período mínimo de 5 años de cotización en el Régimen General que exige el Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo– alegó que había trabajado por cuenta ajena y cotizado en Alemania. El trabajador ve denegada su pretensión porque los documentos que aportó en la fase probatoria se hallaban todos redactados en alemán sin acompañarse de su traducción (art. 144 LEC), sin que, en consecuencia, se considerase probada la realización en el extranjero de actividad alguna y su correspondiente cotización, señalándose que el permiso de trabajo aportado sólo prueba la autorización administrativa para ello pero no la realización de trabajo alguno.

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) Jubilaciones anticipadas. 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 13 a 16 del año 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

B) Cuestiones generales

Ante el planteamiento por un beneficiario de prestaciones por desempleo de la inadecuación del procedimiento de ejecución de una sentencia, cuando se trata de resolver la eventual existencia de duplicidad de pagos en un período en el que coincidió tal prestación con la de incapacidad permanente total, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de octubre de 2000,** I.L. J 2857 se ha pronunciado favorable, en cambio, por la conformidad de esta vía para dar respuesta satisfactoria a tal cuestión. A tal fin, y frente a la argumentación de lesividad del principio de tutela judicial efectiva, de modo que no podría acordarse por vía incidental en ejecución algo que va más allá de lo ejecutoriado, como es la devolución de una cantidad en metálico no dispuesta por el fallo ejecutado, la doctrina judicial considera infudada esta interpretación:

> "no sólo porque es contrario al principio de economía procesal que se deriva del principio de economía procesal que se deriva del principio constitucional de tutela judicial efectiva remitir a un proceso posterior lo que tiene su origen en errores cometidos en la ejecución de lo sentenciado en éste, sino, también, porque ejecutar una sentencia en sus propios términos significa que el deudor sea obligado a pagar lo debido y no el doble en beneficio de un acreedor que se enriquece torticeramente a costa de otro sin título alguno que lo legitime (...)".

C) Prestaciones de nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Puesto que ha sido objeto de numerosos comentarios en estas mismas páginas, como puede comprobarse con una lectura de los números anteriores, ahora nos limitamos a dejar constancia de los múltiples litigios que sigue suscitando el "trabajo en sociedades familiares", esto es, la prestación de servicios profesionales por cuenta de una empresa participada, gestionada y/o dominada por familiares del trabajador –a veces también por él–, incluso con los que conviven, pero que asume la forma de sociedad "independiente" jurídicamente. Aunque, ciertamente, estamos ante una cuestión "tremendamente casuística", que exige respuestas distintas en atención a las circunstancias de cada caso, lo que explicaría la diversidad de pronunciamientos judiciales, quizás quepa plantear ya

el debate sea sobre la necesidad de promover una jurisprudencia menos formalista (búsqueda de una mayor transparencia de las situaciones reales por encima de las formas) sea, incluso, la de una reforma legislativa que introdujera criterios de mayor certeza para resolver estas cuestiones, sin perjuicio de reconocer las dificultades para encontrar una solución adecuada y, sobre todo, conciliadora de los diferentes intereses en conflicto. A este respecto, junto a la clásica regla general que impide la presunción del fraude o abuso, se ha vinculado esta favorable doctrina jurisprudencial al reconocimiento de la prestación en tales situaciones al propio principio constitucional de igualdad, que se vería afectado si se excluyera la laboralidad –y por tanto la protección por desempleo– por el "solo hecho de ser parientes sus titulares" (**STSJ de La Rioja de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3228, con amplísimo despliegue de la doctrina judicial).

Un claro ejemplo de estas dificultades aparece en casos como el resuelto por la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2000,** I.L. J 2483, en la que la actora era hija de uno de los socios de la empresa familiar, con el que convivía en el domicilio familiar, teniendo el padre un 33 por ciento del capital social y la condición de administrador mancomunado. Frente al criterio negativo de la sentencia de instancia, el TSJ reconoció el derecho a acceder a la prestación por desempleo en cuanto existe una auténtica relación de trabajo por cuenta ajena y subordinado. En el mismo sentido, si bien en este caso no concurría la relación de parentesco, favorable a primar los aspectos formales de la relación laboral sobre otros aspectos –ej., funciones de dirección y gerencia, si bien en el caso de una sociedad anónima laboral, la **STSJ de Castilla-La Mancha,** I.L. J 2461, con remisión a la doctrina jurisprudencial de SSTS de 11 de enero de 1997 y 17 de mayo de 1999–. La doctrina judicial favorable al reconocimiento del derecho cuando concurren dos relaciones, una laboral común u ordinaria, que se extingue, y otra mercantil o societaria (administrador solidario perteneciente al Consejo de Administración), que continúa, se recoge en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 2000,** I.L. J 3143.

Una doctrina judicial favorable a una interpretación literal y formalista de las reglas jurídicas, tanto laborales como de orden general –ej., reglas de distribución de la carga de la prueba en materia de fraude o abuso– que encuentra, en esta materia, múltiples manifestaciones. Así, sucedería en relación al reconocimiento del derecho no obstante aceptar una extinción contractual manifiestamente improcedente por contradicción inequívoca de las normas sobre estabilidad en el empleo, tal y como sucede en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2449, que cita la STS de 7 de mayo de 1994. Junto a la regla relativa a la necesidad de probar el fraude [**STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3126, respecto a la falta de incorporación de una mujer a su trabajo una vez transcurrido el período de baja maternal], también se recuerda esta ausencia de la carga de impugnación judicial cuando de decisiones extintivas de contratos temporales, como hace la **STSJ de Castilla y León de 16 de octbre de 2000,** I.L. J 3188. Repasa exhaustivamente esta misma doctrina, aun concluyendo en el caso la existencia de un contrato simulado que impide reconocer el derecho, en el supuesto de autos en la modalidad de pago único, la muy interesante **STSJ de La Rioja de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3227. En otras ocasiones este principio de favor hacia el potencial beneficiario de la prestación se ha hecho recaer sobre la irrelevancia o indiferencia de la concreta modalidad contractual utilizada, de modo que:

> "el carácter fijo discontinuo de la actividad desarrollada no se modifica por el hecho de que el puesto sea ocupado temporalmente en régimen de interinidad (o por medio de contrato para obra o servicio determinado, cual acontece en el caso de autos)" **(STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2701).

Asimismo, en una dirección más realista, pero con la finalidad de negar el derecho, por lo general sobre la base de la inexistencia de relación laboral, aparecen diversas sentencias. En este sentido, respecto de un administrador societario que desempeña funciones ejecutivas de gestión directa, aunque incluido dentro del RGSS, la **STSJ de Valencia de 11 de septiembre de 2000,** I.L. J 2830, que entronca con la jurisprudencia de este tono fijada en la STS de 14 de mayo de 1997. Para la prestación de servicios en el seno de sociedades familiares, también mucho más acorde a la artificialidad de la realidad empresarial que pretende deslindar la voluntad social de la voluntad de los socios, cuando se comprueba una alta participación en el capital social (80 por ciento), se muestra la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de septiembre de 2000,** I.L. J2821, que deniega la prestación por desempleo cuando la situación fáctica:

> "evidencia la exteriorización, en provecho propio, de una situación en la que aparece transferida una realidad matrimonial a una actividad en que la voluntad de los esposos se confunde con la voluntad social (...)" (En sentido análogo, igualmente en el marco de una sociedad familiar, pero sin constar la prestación de servicios efectivos y su retribución, **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de octubre de 2000,** I.L. J 2852).

Menos conflictiva, por su evidencia en el plano legislativo, se ha mostrado la doctrina que ha cerrado el acceso a la protección por desempleo desde la condición de concejal, no obstante los frecuentes intentos de recurrir, a través de distintas vías, unas directas otras más opacas, a esta prestación [contundente la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2863]. El reconocimiento, en cambio, de la prestación a aquellos trabajadores formalmente contratados como aprendices mediante esta modalidad concreta –hoy sería contrato para la formación–, pero que materialmente realizan una prestación de servicios por cuenta ajena y subordinada, también expresa una jurisprudencia especialmente coherente con la legalidad vigente, interpretada de forma sistemática y teleológica. La conflictiva exclusión de la protección por desempleo de este tipo de trabajadores, que siguen recibiendo una protección social más reducida que el resto de trabajadores, en cuanto limitativa de derechos, debe ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que del mismo modo que la ausencia de formación determina la nulidad de esta cláusula especial y la conversión del contrato en indefinido, tal situación debe dar lugar, una vez perdido el empleo, a la prestación por desempleo (**STSJ de Valencia de 13 de noviembre de 2000,** I.L. J 3112).

b) Requisitos de acceso a la protección

Un muy particular interés doctrinal, además de práctico por supuesto, tiene la **STS de 8 de noviembre de 2000,** I.L. J 2606, que da una muy fundada, aunque no por ello incon-

trovertible, respuesta a la siguiente cuestión litigiosa: el período de "ocupación cotizada", exigible conforme al art. 210 TRLGSS para el reconocimiento de la prestación de desempleo, ¿debe incluir o no la cotización por los salarios comprendidos entre la fecha de la sentencia que estima la pretensión resolutoria del trabajador *ex* art. 50 LET y la firmeza de esta resolución judicial extintiva? Ante la divergencia de doctrinas judiciales procedentes de las Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, el TS, con pretensión de unificar la doctrina "correcta", ha dado una respuesta afirmativa. A tal fin, ha recordado su reiterada jurisprudencia (ej., STS de 22 de abril de 1996) relativa a la atribución de un "carácter constitutivo" a la resolución judicial que pone fin a la extinción del contrato y, consecuentemente, única que sirve de fundamento a la prestación por desempleo subsiguiente a la extinción. La obligación de prestar servicios que tiene el trabajador durante este período, que va desde la estimación judicial de la causa resolutoria a instancia del trabajador hasta la firmeza de esta resolución, lleva ineludiblemente acompañada una doble obligación económica del empresario: la de retribuir al trabajador empleado, por un lado, y la de pagar las cuotas de Seguridad Social (arts. 15, 104 y 106 TRLGSS), por otro.

Aunque no podemos entrar en este momento en el análisis de la jurisprudencia que, en relación a la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador *ex* art. 50 LET (distinto es el tratamiento respecto al cese voluntario como consecuencia de la opción concedida por el art. 40 LET; **STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2593), ha venido negando su ejercicio en vía extrajudicial, a diferencia de lo que sucede respecto de las obligaciones recíprocas en vía contractual común (art. 1124 CC), sí conviene poner de relieve cómo esta doctrina, en principio favorable a los intereses del empresario, que ve protegido su interés a la continuidad de la prestación, no obstante existir una causa apreciada por el trabajador de resolución, puede tener al mismo tiempo efectos o consecuencias desfavorables para el empresario. Una vez más, junto al recordatorio de la permanente relación entre el ordenamiento laboral y el ordenamiento de seguridad social, la jurisprudencia viene a confirmar el famoso adagio latino del *ius commoda, ius incommoda*.

Muy criticable nos parece la solución dada por la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de septiembre de 2000,** I.L. J 2433, según la cual debe rechazarse el derecho del trabajador al reconocimiento de prestación de desempleo cuando habiéndosele comunicado la extinción de su vínculo laboral, en virtud de la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, y disponiendo de las cantidades correspondientes en concepto de indemnización, el trabajador "se acalla a dicha decisión y percibe las sumas que le son ofertadas". Este trabajador, por tanto:

> "no habiendo sido objeto de despido por causas objetivas ni incluido en expediente de regulación de empleo, no se halla en aquellas situaciones que, previstas en el art. 208 de la LGSS, le harían estar en la situación legal de desempleo que posibilita el acceso a la prestación que reclama".

No obstante, a la vista de las circunstancias recogidas en los "antecedentes de hecho" de la STSJ, que deja clara constancia de la extinción como consecuencia de una amortiza-

ción del puesto de trabajo, parece clara la concurrencia de la situación legal de desempleo recogida en la letra d) del art. 208.1 LGSS: despido basado en causas objetivas. En efecto, a diferencia de lo dispuesto en la letra c), relativa al despido disciplinario, la LGSS no exige para el "despido objetivo" la existencia de una decisión judicial del orden social que determine la procedencia o improcedencia de la extinción –cuya notificación abriría el plazo para solicitar la prestación (**STSJ de Canarias de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 2633)–, por lo que el consentimiento tácito del trabajador que acepta la indemnización legalmente procedente no debería entenderse en modo alguno como expresión de un cese voluntario *ex* art. 208.2.1 LGSS. Esta interpretación no sólo es la sostenida con reiteración por el TS, según hemos dado cuenta ya en números precedentes de esta Revista, sino que se desprende con toda nitidez del inciso final del art. 208.2.2 LGSS [*vid.* en este sentido SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de marzo de 2000; y TSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2000].

La crítica a esta doctrina judicial no sólo debe realizarse por apartarse de la jurisprudencia correcta y desconocer la legalidad vigente, sino también, y lo que es peor, por no realizar el más mínimo esfuerzo argumentador en apoyo o fundamento de su interpretación. ¡Flaco favor a la Administración de Justicia en general, y Social en particular! La presentación del correspondiente recurso de casación en unificación de doctrina, plenamente abierto en este caso, podrá subsanar este manifiesto error jurisprudencial.

c) Contenido y modalidades de la prestación

Pese a la clara finalidad de fomento de empleo que tiene la modalidad de prestación por desempleo de pago único, y pese a la frecuencia con que la constitución de empresas de economía social, en particular cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales, responde a la pretensión de continuar mediante esta nueva modalidad organizativa la actividad empresarial realizada precedentemente por la empresa a la que pertenecían los trabajadores, una determinada doctrina judicial entiende que sólo concurren los presupuestos de la norma cuando se ha acreditado la existencia de una nueva actividad. Así, cuando la Cooperativa creada tiene a efectos fiscales, administrativos y frente a terceros el mismo domicilio social y actividad, estamos ante una simple continuidad del negocio anterior, ha de entenderse que "no concurren (...) los requisitos necesarios para acceder a la prestación de pago único" (**STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 3053). Un resumen ilustrativo de los requisitos exigidos para el acceso al pago capitalizado de la prestación de desempleo, que venimos comentando con cierta amplitud en esta Revista, por lo que ahora huelga un mayor análisis, se recoge en la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3148.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

El paso desde una situación de pluriempleo a otra de desempleo sólo dará derecho a percibir el cien por cien de la prestación correspondiente, calculada con arreglo a las normas del art. 211 LGSS, cuando el cese se produzca en ambos casos por razones no impu-

tables al trabajador, esto es, por los motivos contemplados en el art. 208.1 LGSS. Ahora bien, cuando la pérdida de una relación de trabajo se produce como consecuencia de su inclusión en un expediente de regulación de empleo, pero la otra responde a un cese voluntario, cabe entender que la reducción proporcional de la prestación de desempleo es ajustada a la normativa, aunque este empleo tenga una consideración estrictamente marginal (15 horas semanales) [**STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 3027]. La claridad de la redacción legislativa, que impediría cualquier recurso a razones de equidad para justificar el mantenimiento de la prestación en su totalidad, según sostiene el demandante, así como el pretendido carácter "programático" de preceptos como el artículo 41 CE a estos efectos, deberían llevar a esta respuesta que ampara una práctica administrativa de la Entidad Gestora orientada a desincentivar los ceses voluntarios por residuales o precarios que puedan ser los empleos que se ocupan previamente por los trabajadores. No obstante la sustancial corrección de este pronunciamiento, deberían evitarse los excesos argumentales –ej., privación del carácter de norma directamente aplicable a la CE con carácter general– y las interpretaciones en las que subyacen un cierto "moralismo", extraño y peligroso para el quehacer jurídico –que no está reñido, antes al contrario, con la ética, pero sí con el moralismo, del que se usa y abusa en esta materia–.

La extinción del derecho a la prestación por desempleo cuando se acceda a una prestación por incapacidad, como consecuencia de la opción concedida al beneficiario en virtud del art. 213.1.f) LGSS, ha de entenderse como provisional, y por tanto, plenamente revocable, cuando concurran determinadas circunstancias sobrevenidas. Entre estas circunstancias, que han de entenderse de forma excepcional, está la revocación de la resolución administrativa que reconoce la situación de incapacidad determinante del derecho de opción legalmente previsto, dada la incompatibilidad entre la prestación por desempleo y la pensión correspondiente al grado concreto de incapacidad. La concurrencia durante un determinado período de la situación legal de desempleo, por un lado, y la situación de incapacidad permanente en el grado reconocido por una resolución administrativa no firme, por otro, ciertamente determinará el impago de la prestación por desempleo, como consecuencia de la opción del beneficiario en favor de la prestación de incapacidad –en el caso, por razones temporales, de "invalidez"–. Ahora bien, este impago de la prestación por desempleo resulta justificado:

> "(...) no en razón de que se extinguiese aquel derecho, pues no concurrió en definitiva el supuesto de hecho necesario para la aplicación el citado artículo 213, sino por disposición del artículo 221.2 de la LGSS, que prevé tal incompatibilidad cuando, junto con la prestación correspondiente al desempleo, se perciba otra de carácter económico de la Seguridad Social, salvo un supuesto de excepción, ajeno al caso de autos" **(STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2562, que recoge también similar doctrina de la STSJ de Castilla y León de 13 de mayo de 1999).

Consecuentemente, y no obstante la práctica administrativa de la Entidad Gestora de negarlo, procede la reanudación del pago de la prestación por desempleo, cuando así lo solicite el beneficiario, por el período que restase. La incompatibilidad que generaba la opción precedente, al haber sido realizada bajo la característica de la provisionalidad,

puede ser variada. Pero si esta interpretación flexible de las normas de Seguridad Social implica una opción de política judicial del derecho favorable al beneficiario, en otros casos, en cambio, sirve para fundamentar decisiones restrictivas. Así sucede cuando se "sanciona" con la pérdida del derecho a la prestación, en virtud del art. 213.1.b) LGSS –y correlativos del TRLISOS– no sólo la expresa negativa del trabajador a aceptar una oferta de trabajo, que ha de ser en todo caso "adecuada" **[STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de septiembre de 2000,** I.L. J 2819], sino también:

> "aquellas conductas que, no constituyendo una negativa manifiesta, tiendan a crear una situación o estado de ánimo que conduzcan a que el empresario desista de contratar al trabajador" (**STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2656).

Tampoco ha de entenderse concurrente el traslado de residencia al extranjero, configurado en el art. 213.1.g) TRLGSS como causa de extinción de la prestación por desempleo, cuando tan sólo resulta probado un desplazamiento temporal, con justificación de las razones del mismo –ser atendida durante el parto en su país de origen por sus familiares– y expresada una clara voluntad de permanecer en España, para poder prestar servicios en este país (**STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3160). Consecuentemente, en estas circunstancias, procede la reanudación del derecho a la prestación por desempleo de la que disfrutaba, suspendida durante el período de asistencia sanitaria por embarazo.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

En aplicación de la controvertida doctrina del TS, que en una interpretación a *sensu contrario* ha descartado la existencia de incompatibilidad entre la prestación por desempleo con la titularidad de una sociedad familiar, la **STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2000,** I.L. J 3041, ha rechazado que esta situación sea generadora de una relación por cuenta propia, independientemente del resultado económico de la empresa, incompatible con la prestación por desempleo. En este sentido, de una situación de titularidad accionaria de una sociedad mercantial y del ejercicio de poderes generales de administración, no cabe presumir, salvo prueba acreditada en contrario, la realización de un trabajo productivo, pues la incompatibilidad viene dada tan sólo con la prestación de servicios efectivos, esto es, que reporten ingresos incompatibles con la prestación, lo que no sucede con la mera titularidad. En cambio, sí se ha entendido incompatible tal prestación por el hecho de ser "titular de una licencia municipal de taxi", pues desde este momento la persona beneficiaria se "coloca en disposición de realizar por cuenta propia" esta actividad, antes realizada por cuenta ajena, sin que sea relevante la adquisición del vehículo en una fecha posterior, pues desde el momento en que resulta titular de la licencia municipal de auto-taxi:

> "nada impide efectuar las diligencias oportunas a su titular para iniciar su actividad por cuenta propia" [(**STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2974].

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

Puesto que los rendimientos del capital mobiliario no pueden ser conocidos en su totalidad hasta el final de cada ejercicio económico, a los efectos del requisito relativo al umbral de renta exigido en el art. 215.1.1.a) LGSS, deben computarse entonces los últimos devengados, que son los del año o ejercicio anterior, a menos que se demuestre que han dejado de percibirse (**SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2459, **TSJ de Valencia de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2870, ambas con referencia a la doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 23 de marzo de 1995). En todo caso, esta privación de recursos precedentes ha de responder a causas totalmente ajenas a la voluntad del perceptor, puesto que es doctrina reiterada, aunque no deja de suscitar cierta inquietud por su dimensión excesivamente "moralista", que el subsidio ha de paliar el estado de necesidad sobrevenido por causas ajenas a la voluntad del solicitante, nunca una situación precaria decidida libremente, pues en caso contrario:

> "se primaría a quien se desembaraza real o ficticiamente de su patrimonio para acceder a la prestación frente al que prudente y provechosamente lo administra y obtiene rentas que le privan de la ayuda asistencial (SSTSJ de Madrid de 25 de julio de 1995 y de 31 de enero de 1997)".

La Entidad Gestora no tiene posibilidad de decidir de forma alternativa sobre el pago del complemento a mínimos, que procede siempre que concurran los requisitos legalmente establecidos. Por lo que la actuación del INEM denegando el subsidio por desempleo resulta impecable, en cuanto la pensión por viudedad supera el límite de rentas del 75 por ciento del SMI, incorporando en la pensión los referidos complementos. Distinta hubiera sido la situación, como recoge la STSJ de Asturias de 15 de mayo de 1998, si el reconocimiento del subsidio hubiera sido anterior a la concesión del complemento por mínimos, puesto que entonces sería éste el que quedaría supeditado en su aplicación a la incidencia del subsidio [**STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2446]. El incumplimiento de este requisito como consecuencia de la suma de ambas cantidades –*v.g.* pensión de viudedad y complemento por mínimos– hace innecesario el traer a colación el relativo a la renta promediada de la unidad familiar, que es un elemento complementario, subordinado al anterior, que sólo sirve para la determinación ulterior de cargas familiares [**STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 2634].

Las contradicciones y disfuncionalidades que presenta un subsidio que, como el desempleo, sigue mezclando incoherentemente en su regulación aspectos asistenciales y contributivos aparecen con frecuencia en la práctica judicial (*vid.* **STS de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 2753). Así, tras fijar el importe del subsidio en el 75 por ciento del SMI de manera uniforme, dada su naturaleza asistencial y con independencia de cuáles fueran los importes de las bases por las que se hubiere cotizado, a diferencia del nivel contributivo, el art. 217.1 LGSS, establece seguidamente que en caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial la cuantía se percibirá en proporción a las horas pre-

viamente trabajadas. Lo que significa que el subsidio de carácter uniforme experimentara, sin embargo, una minoración proporcional a la del horario de trabajo. Por tanto:

> "al ser el último trabajo de la actora en un 50 por ciento en la misma proporción debe quedar reducido el subsidio a percibir y ya no sólo porque así lo dispone el legislador de manera clara y contundente sino porque la protección viene a paliar el estado de necesidad originado por la pérdida del empleo anterior que en ningún caso puede suponer una mayor percepción de ingresos favorecedora de propiciar la situación de desempleado" [**STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2536, que cita también la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de abril de 1999].

b) Beneficiarios

a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares

Un claro ejemplo de "uso garantista" de las normas de seguridad social, conforme al principio de equidad recogido en el art.3.2 CC (facultad de ponderación) en relación al art. 41 CE (principio de adecuación social), se refleja en la **STS de 28 de diciembre de 2000,** I.L. J 2808 y **STSJ de Valencia de 26 de septiembre de 2000,** I.L. J 2841, en ambos casos respecto al otorgamiento de relevancia, a los efectos de determinar la existencia de cargas familiares, al matrimonio contraído con posterioridad a la pérdida de la prestación del nivel contributivo, si bien anteriormente a la solicitud. En esta última, se recoge claramente la doctrina judicial relativa a la "interpretación de las normas (...) de modo que resulten más beneficiosas para el solicitante de la prestación (...)". Más estricto, aunque no incorrecto, es el criterio que sigue la **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2000, cuya interpretación del requisito de la existencia de familiares a cargo pondera únicamente la relación entre el solicitante y el familiar que se alega como carga, de modo que como viene sucediendo desde la reforma de la Ley 22 (1993, ahora incorporada al art. 215.2 LGSS, se relega una y otra vez. La consideración global de la situación en que se encuentra la unidad familiar. En todo caso, el cómputo de los ingresos familiares habría de hacerse, según jurisprudencia consolidada y ya comentada en precedentes números, en cálculo mensual y no anual (**STSJ de Baleares de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3136).

b') Subsidio de prejubilación

No obstante la notoria flexibilización operada por el TS del requisito de la inscripción, que ha llegado incluso hasta volatilizar su carácter ininterrumpido (STS de 8 de julio de 1998), la ley vigente sigue exigiendo la renovación de la demanda de empleo una vez reconocido el derecho a la prestación, so pena de sanción de pérdida de un mes de subsidio. Por tanto, el requisito de no interrupución no habría desaparecido de la ley, ni en la fase posterior ni tampoco en la fase anterior al reconocimiento del derecho, pues esta inscripción ininterrumpida es lo que demuestra la voluntad de trabajo (ATC de 8 de abril

de 1988). Conforme a la jurisprudencia del TS, la interrupción en la inscripción sería indiferente, pero siempre que no se manifieste, expresa o tácitamente, la "voluntad de no emplearse". Pues bien, esta voluntad de no emplearse cabría deducirla de la falta de inscripción en un largo período de tiempo. Esta exigencia opera también para el subsidio para mayores de 52 años, siendo la inscripción ininterrumpida la del plazo de espera de un mes tras el cese en la prestación o subsidio (**STSJ de Valencia de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2880).

El derecho a la reanudación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, sin perjuicio de la eventual suspensión para el supuesto de regresión en el grado de clasificación, ha de entenderse cuando se concede a un penado el régimen abierto, como una medida orientada igualmente a facilitar su integración social. Consecuentemente, la protección por el Sistema de Seguridad Social cuando reúne el resto de los requisitos a los efectos legalmente establecidos tiene la misma finalidad que la perseguida por las normas penitenciarias que abren el acceso del penado al mercado de trabajo, pese a no cumplir íntegramente la pena: su "normalización social" (**STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3170).

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio

Aunque se solicite el subsidio fuera de plazo, y sin perjuicio de la facultad de la Entidad Gestora de descontar de la prestación los días transcurridos o consumidos en esta situación de extemporaneidad, procederá prorrogar el subsidio hasta el plazo máximo de 30 meses, cuando se trate de mayores de 45 años con cargas familiares *ex* art. 216.1.b) LGSS, siempre claro está que se solicite antes del transcurso de los 6 primeros meses (**STSJ de Valencia de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2873).

Las diferencias a la hora de valorar la buena fe en orden a "sancionar" la ineficacia de la Administración de Seguridad Social, en particular respecto a la regularización de las diferentes situaciones por las que atraviesa el beneficiario de una relación protectora, relevante para la determinación del período ampliado (hoy 4 años, precedentemente 5 años) o el período reducido de reintegro de prestaciones "indebidamente" percibidas, siguen produciéndose, con el consiguiente peligro de erosión del principio de certeza jurídica. Claramente restrictiva en la configuración de esta excepción se muestra la **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2639.

F) Gestión, financiación y pago

La actual doctrina jurisprudencial que modera o flexibiliza la precedente rigidez del art. 230 del TRLGSS, de modo que no cabe desplazamiento de la responsabilidad desde el INEM a la empresa cuando los descubiertos no revelan una voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación de cotizar, no puede llevarse tan lejos como para excluir el pago por la empresa de la diferencia entre la prestación reconocida en favor del trabajador y la que le hubiera correspondido de no tomar en consideración el período abarcado por el incumplimiento empresarial. En todo caso, este período no cotizado debe tomarse en cuenta como período de ocupación cotizado, en particular cuando de lo contrario no se

pudiese acceder al derecho por no reunir el período de carencia mínimo fijado a tal fin [**STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 2967].

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Período de carencia: doctrina del "paréntesis"

Como se sabe la exigencia de una carencia cualificada dentro de los períodos previos de cotización para causar derecho a las prestaciones puede plantear problemas de exclusión difícilmente justificables en aquellas situaciones en las que existe una imposibilidad de mantener la cotización y no un apartamiento voluntario de las actividades profesionales. Con el fin de evitar situaciones de desprotección, se elaboró (inicialmente por el Tribunal Central de Trabajo, acogida posteriormente por el Tribunal Supremo) la doctrina del "paréntesis", según la cual "el período en el que exista imposibilidad de cotizar se ponía entre paréntesis, como una especie de 'tiempo muerto' y el límite temporal se ampliaba en el tiempo equivalente hacia el pasado". Frente a la interpretación del INSS, que entiende que no cabe abrir "paréntesis" cuando existen diversos períodos de paro involuntario intercalados con otros de actividad laboral, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3259, considera que:

> "no puede compartirse esta tesis porque existe la misma razón para aplicar la doctrina expuesta en el caso de que exista un solo período de actividad laboral con cotizaciones y otro de paro involuntario con inscripción en el INEM como demandante de empleo como en el caso de que concurran varios períodos de paro involuntario con tal inscripción; ya que en ambos supuestos se mantiene viva la voluntad del causante de mantenerse vinculado al sistema de la Seguridad Social, siendo la inscripción como demandante de empleo en la Oficina correspondiente el instrumento justificativo de la involuntariedad del paro".

– Responsabilidad empresarial por falta de cotización

El desplazamiento de la responsabilidad de las prestaciones al empresario por incumplimiento de sus obligaciones de cotización se ha venido moderando por la jurisprudencia hasta el punto de excluirse cuando ese incumplimiento no tiene incidencia en la relación de protección porque, pese a dicho incumplimiento, el trabajador cumpla el período de cotización exigido para causar derecho a la prestación. La **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2565, recoge esta doctrina del Tribunal Supremo que "relega los supuestos de responsabilidad empresarial a aquéllos en que la falta de cotización tiene trascendencia en la relación jurídica de protección (la prestación) de una forma muy concreta: que precisamente tal falta de cotización impida la cobertura del período de

carencia exigido para la prestación", de forma que, partiendo en el caso concreto de carencia suficiente en todo caso pese al incumplimiento empresarial, se declara el derecho a percibir la pensión de jubilación en cuantía del 71 por ciento de la base reguladora, más las correspondientes revalorizaciones y mejoras, siendo responsable de su abono el INSS.

A este mismo supuesto se refiere la **STSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2000,** I.L. J 2580, que recoge igualmente la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad empresarial por cuotas no abonadas sentada por el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, (así STS de 25 de enero de 1999), considerando que la misma "no puede estimarse un cambio de la doctrina legal, sino de una ponderada evolución en la materia, para aquilatar e individualizar situaciones de caso concreto", llegando a una solución de proporcionalidad. En este caso, la falta de pago de cuotas por parte de la empresa afecta a la cobertura del período mínimo de cotización establecido legalmente, teniendo además reflejo en el caso en lo referente al porcentaje de prestación sobre la base de la misma, lo que determina que se declare a la empresa responsable directa del pago de la prestación, debiendo constituir en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social el capital necesario para que se proceda con él al abono de la citada prestación, sin perjuicio de la obligación de anticipo por parte del INSS y de la correspondiente facultad de subrogación en los derechos de la actora frente a la empresa demandada.

– Descubierto en el pago de las cuotas en la fecha del hecho causante

La **STSJ de Baleares de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2911, considera no aplicable "la teoría de la compensación de créditos" (es decir, reconocida una deuda del actor frente a la TGSS y reconocido un crédito del mismo también frente a la TGSS, lo lógico para dar lugar a una situación de igualdad sin otorgar preferencia a un crédito sobre otro, sería proceder a la compensación de deudas con abono al actor de las cantidades de las que una vez producida la misma, le reste como acreedor) al no concurrir todos los requisitos exigidos por el art. 1196 CC, de tal forma que "el recurrente no es acreedor de la TGSS en relación a las pensiones correspondientes a los meses de junio de 1998 a mayo de 1999", puesto que el RETA hace que "en casos como el de autos, en el que está cubierto el período mínimo de cotización pero existen cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la pensión, al no haberse ingresado las cuotas debidas en el improrrogable plazo de 30 días naturales desde la invitación al pago, se concede con efectos, únicamente, a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas, lo que equivale a decir que, por todo ello, no se podían conceder con anterioridad a dicho momento; que aquél no era acreedor de la TGSS y que al no existir 'deuda' de ésta, faltaba el primero y esencial requisito exigido por el artículo del Código Civil mencionado".

– Cómputo de las cotizaciones

La **STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2000,** I.L. J 3064, establece que para el cómputo de cotizaciones de la actora deban tenerse en cuenta las efectuadas por el Instituto

Nacional de Empleo mientras le abonó el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, sin que pueda desconocerse la validez de las mismas, so pretexto de que el subsidio se reconoció indebidamente, "no sólo porque la gestión de tal prestación corresponde al Instituto Nacional de Empleo (...), que es la Entidad Gestora competente para reconocer tal prestación de forma que sus resoluciones en la materia serán válidas y producirán sus efectos mientras no sean anuladas por los Tribunales, sino también porque éste no es el procedimiento adecuado para revisar la validez de la resolución del INEM que reconoció el subsidio"; doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que es coherente con lo sustentado por el Tribunal Constitucional (Sentencia 227 (1991) que considera que "las deficiencias y carencias en el funcionamiento de las Entidades Gestoras no pueden repercutir en perjuicio del beneficiario de la Seguridad Social".

b) Contenido de la prestación

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. En concreto destacan varias sentencias que resuelven de forma distinta sobre la facultad de las Entidades Gestoras para proceder de oficio no sólo a la revisión de las cuantías de las prestaciones sino también al reintegro de lo irregularmente percibido por el beneficiario de la Seguridad Social. Así la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2936, en un supuesto de concurrencia de pensiones (al tener reconocida una prestación de jubilación y una prestación complementaria del INSALUD) que supera en cómputo global el límite máximo permitido por las sucesivas Leyes de Presupuestos, considera que la facultad de autotutela de la Entidad Gestora "se limita a la posibilidad de ajustar las percepciones a dicho límite, pero no a exigir por su propia imposición, el reintegro", siendo necesario ejercitar la correspondiente acción ante el juzgado competente. Por otro lado, las **SSTSJ de Cantabria de 30 de diciembre** y **de 15 de noviembre de 2000,** I.L. J 3002 y 2641, respectivamente, mantienen, en dos supuestos de revisión del complemento por mínimos, que, a partir de los Reales Decretos de revalorización anual de pensiones de la Seguridad Social y las Leyes de Presupuestos, existen excepciones que facultan a las Entidades Gestoras para proceder de oficio no sólo a la revisión de la cuantía de las prestaciones, sino también al reintegro de lo irregularmente percibido por el beneficiario de la Seguridad Social.

En relación con esta misma cuestión, se plantea de nuevo en la **STS,** en unificación de doctrina, **de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 2756, el tan debatido tema acerca del alcance temporal de la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, declarándose que el plazo de 3 meses aplicado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y que actualmente se contiene en el art. 43.1 LGSS, no es un plazo de pres-

cripción, sino tan sólo una limitación temporal de efectos, y que entender "que el débito generado por el cobro indebido de una cantidad a tanto alzado, se le aplica una prescripción (o, si se quiere, caducidad) de tan sólo 3 meses, constituye un verdadero contrasentido jurídico". Por ello la Sentencia concluye que:

> "Este plazo de 3 meses sólo entra en juego en relación con cada una de las mensualidades de la prestación de que se trate; carece totalmente de efectividad cuando se trata de prestaciones no periódicas o a tanto alzado, o del pago de cantidades completas reconocidas globalmente; en estos supuestos únicamente se aplica la prescripción de 5 años referida."

– Complemento de mínimos

La cuestión, ya comentada en anteriores crónicas, de determinar si los ingresos económicos a tener en cuenta para acreditar el derecho al percibo de los complementos por mínimos de pensión, son los obtenidos en el ejercicio económico del mismo año en el que dichos complementos fueron abonados, o si se han de computar los ingresos o rendimientos obtenidos en el ejercicio económico del año anterior a aquél en que dichos complementos fueron abonados, es abordada de nuevo en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 3006, estableciendo que:

> "la incompatibilidad no puede darse entre conceptos devengados en distintos períodos sino que exige coetaneidad entre la percepción del complemento y de los ingresos, lo contrario supondría que quedara desvirtuada la propia naturaleza de los complementos por mínimos y quedaran desprotegidas situaciones de necesidad".

No obstante, señala la sentencia citada que "la garantía de mínimos reposa en previsiones comprobables *a posteriori*, constituyendo la declaración de ingresos en el año anterior una presunción '*iuris tantum*' y consiguientemente modificable con posterioridad mediante la constatación de los ingresos reales obtenidos en el año a que se refiere el complemento".

c) Dinámica de la protección

Las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 3262 y 3264, en relación con las pensiones reconocidas a los afectados por el síndrome tóxico, determinan que procede la suspensión de la pensión de jubilación de la que los sujetos eran beneficiarios con cargo a la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico, puesto que de la normativa aplicable se infiere que las prestaciones económicas como las que venían percibiendo los actores deben entenderse como definitivas para el supuesto de que no medie indemnización por responsabilidad civil, por lo que desde el momento en que ésta existe la referida prestación ya no es definitiva por lo que procede su suspensión.

d) Derecho transitorio

En relación al régimen transitorio de la pensión de jubilación-SOVI, se pone de manifiesto reiteradamente en la jurisprudencia la consideración de dicha prestación como

"seguro residual, siempre que se cumplan, respecto a la vejez, las condiciones necesarias para beneficiarse de la pensión de vejez de 65 años de edad y 1.800 días de cotización y que el posible beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en cualesquiera de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social (**STSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2951). La jurisprudencia continúa, en relación con esta prestación, las condiciones necesarias para su reconocimiento; y así se declara en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de octubre de 2000,** I.L. J 2519, respecto a la equiparación de tiempo trabajado a tiempo cotizado que se establece en el art. 1 de Ley de 26 de diciembre de 1958, que "la equivalencia del tiempo servido para la Administración a tiempo cotizado debe limitarse a los servicios laborales no funcionariales prestados a las Administraciones Públicas y no cuando se ha estado vinculado en calidad de funcionario público. También la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de septiembre de 2000,** I.L. J 2823, reconoce el derecho de la trabajadora a lucrar la prestación de vejez-SOVI aunque no se efectuaran las cotizaciones mencionadas porque la Ley de 26 de diciembre de 1958, según doctrina del TCT y del Tribunal Supremo respecto del personal al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, que, sin alcanzar la condición de funcionarios trabajaron para ellos en régimen de dependencia, le reconocía entre otros beneficios el de la carencia del SOVI siempre que su permanencia en aquellos servicios alcanzaran los 5 años. Por último, la ya citada **STSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 2000,** I.L. J 2951, deniega la pensión de vejez-SOVI al considerar que no se reúnen los requisitos exigidos, sin que se pueda acudir a la compensación de tiempo cotizado en otros regímenes europeos (en este caso el francés), los cuales además se han tenido en cuenta para que se declarase la pensión de jubilación que ya está lucrando.

f) Jubilación complementaria

La complejidad de las prestaciones complementarias de jubilación, en sus diversas modalidades, ha dado lugar en este período a un importante número de pronunciamientos jurisprudenciales; se recogen aquí, sin embargo, sólo algunos de los que se consideran más interesantes. La jurisprudencia pone de manifiesto, respecto a estas jubilaciones complementarias su carácter inalterable cuando se ha garantizado por la empresa un "complemento vitalicio e inalterable", de forma que la cantidad garantizada al actor no puede ser disminuida ni tampoco incrementada por las condiciones establecidas en la póliza de seguros suscrita por la empresa para garantizar el pago de los complementos reconocidos a los trabajadores en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo [**STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 3186].

Una cuestión más compleja se plantea en la **STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3221, donde se trata de determinar si el acuerdo suscrito entre el actor y la compañía aseguradora sobre el rescate del seguro a través del cual la empresa garantiza las pensiones complementarias reconocidas a sus trabajadores ha extinguido su derecho al cobro de la pensión complementaria de jubilación a cargo de la empresa, pues de no ser así, subsistiría la situación de concurrencia de pensiones que superan el tope legal

máximo, tal como había establecido la Entidad Gestora. En la Sentencia (que cuenta con un Voto Particular contrario) se considera que "ni ese acuerdo le ha privado de su derecho al cobro de la pensión con carácter vitalicio, ni, de haber tenido ese significado, hubiera sido válido", y ello en base a que "el acuerdo alcanzado se realiza en fraude de ley, en cuanto que su razón de ser estriba en evitar la concurrencia de pensiones y, con ello, la aplicación del tope máximo legalmente dispuesto", y, por otro lado, porque ni la normativa reguladora del derecho ni la póliza concertada entre la empresa y la aseguradora posibilitaban que el actor pudiera sustituir su derecho a la pensión vitalicia por el importe equivalente al derecho de rescate de la póliza establecida para satisfacerlo, resultando decisivo además que ese acuerdo se haya logrado después de haber fracasado la pretensión del actor de que la pensión complementaria fuese declarada no concurrente con la que percibe del INSS.

De interés es también la **STS,** en unificación de doctrina, **de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 2630, donde se plantea el modo de cálculo del importe de los complementos de pensiones a cargo de las Cajas de Ahorros previstos en el convenio colectivo de 1982, denominado Estatuto del empleado de Cajas de Ahorro, cuya regulación se ha mantenido en vigor con algunas modificaciones en las sucesivas rondas de negociaciones. Se trata de determinar qué cuantía deben tener dichos complementos en los supuestos en que el nivel de las pensiones básicas reconocidas a los empleados se reduzca después del acto de reconocimiento por aplicación de la normativa de concurrencia de pensiones. Dos interpretaciones distintas se plantean en la sentencia recurrida y en la de contraste: en la primera se entiende que el complemento de pensión de jubilación consistente en la diferencia entre la pensión básica del jubilado y el 100 por ciento de sus haberes de activo, debe calcularse tomando como referencia la pensión efectivamente percibida después de la deducción que la entidad gestora ha resuelto por las pensiones concurrentes; en la sentencia de contraste, en cambio, se considera que el cálculo de la cantidad a pagar en concepto de complemento de una pensión de viudedad debe tener en cuenta exclusivamente la pensión reconocida, sin que la liquidación de la pensión complementaria se vea afectada por las vicisitudes de la pensión básica. La Sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, considera más ajustada a derecho la resolución de la sentencia de contraste, entre otras razones porque:

> "no parece lógico considerar que, salvo cláusula expresa, una mejora voluntaria de pensiones deba compensar la disminución de la pensión básica generada por su concurrencia con otras pensiones, concurrencia a la que es totalmente ajena la relación de trabajo que en su día vinculó al pensionista con la entidad financiera".

g) Compatibilidades e incompatibilidades

– Intercomunicación de cotizaciones

La **STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 2579, recoge la interpretación que la jurisprudencia del TS (SSTS de 13 de marzo y 24 de febrero de 1995) lleva a cabo sobre el art. 5.1 del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre intercomunicación de cotizaciones, que establece que:

> "la incompatibilidad se vincula al mero hecho de la intercomunicación para complementar el período mínimo de cotización exigido, o para la determinación del porcentaje aplicable, o para ambas cosas a la vez, tal como la literalidad del precepto expresa en forma inequívoca, excluyendo esa pretendida facultad de atribuir el cómputo de determinadas cuotas o períodos cotizados a uno u otro Régimen, según los intereses del beneficiario y sin el efecto legal de la incompatibilidad".

De esta forma "pueden causarse y percibirse, independiente y simultáneamente, pensiones de jubilación, una con cargo al Régimen de Clases Pasivas del Estado y otra por el Régimen General o alguno de los regímenes especiales del Sistema de la Seguridad Social, posibilidad que ha de estimarse circunscrita al caso en que no se hubiere producido intercomunicación de cotizaciones entre el Régimen de Clases Pasivas y el del Sistema de la Seguridad Social que incida en una u otra prestación para completar el período mínimo de carencia exigido o para determinar el porcentaje aplicable para el cálculo de su cuantía".

B) Jubilación no contributiva

c) Cuantía y dinámica

Especialmente interesante es la cuestión planteada en la **STS,** en unificación de doctrina, **de 20 de diciembre de 2000,** I.L. J 2784, sobre si el ingreso en prisión puede suspender o reducir, y en qué condiciones, el derecho a percibir una pensión no contributiva (de jubilación en este caso) durante el tiempo de internamiento penitenciario.

En la citada sentencia se acoge la tesis mantenida en la sentencia de contraste (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de abril de 1995), según la cual, a la vista de los preceptos reguladores de la insuficiencia de medios de vida determinante de la atribución de las pensiones no contributivas, el reconocimiento y la conservación de éstas depende de que el pensionista alcance o no un determinado nivel de ingresos, y al respecto declaran las referidas sentencias que:

> "Dentro de estos bienes o derechos de naturaleza prestacional cabe incluir, de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 y 21.2 de la Ley General Penitenciaria, la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios. Pero la operación de deducir el coste de manutención de la pensión no contributiva requiere como paso previo la valoración y acreditación de tal coste."

De esta forma, se concluye en la sentencia de contraste, cuya solución es acogida en unificación de doctrina, que, "en tanto no se proceda a una evaluación precisa del coste de atención a las necesidades del interno, carga que corresponde a la entidad gestora o dispensadora de las prestaciones, no se puede proceder a la reducción o suspensión total de la pensión no contributiva reconocida".

Este pronunciamiento jurisprudencial tiene, sin embargo, en la misma sentencia un Voto Particular que considera, con apoyo en anteriores sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 14 de octubre y 14 de diciembre de 1999), que "en ningún caso cabe computar como rentas o ingresos de un interno en un centro penitenciario los gastos de internamiento, ni siquiera los de alimentación, y que, por lo tanto, tampoco puede reducirse la pensión no contributiva deduciendo el importe del referido gasto alimenticio. Se mantiene, al respecto, en el Voto Particular que:

> "Se trata de un deber que pesa sobre la Administración penitenciaria como consecuencia de la situación de privación de libertad en que se encuentra el que la recibe, que en nada guarda relación con las denominadas rentas de trabajo, sean en metálico o en especie, sin que tengan una intención remuneratoria o sustitutiva, ni existe plano de igualdad entre el que lo da y lo recibe".

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

c') Incapacidad permanente total

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2490, estima el recurso contra la resolución judicial que declaraba afecto de invalidez permanente total para su profesión habitual a un trabajador autónomo, señalando que "la invalidez, aun siendo un concepto jurídico profesional, es una situación personalizada, en la que no se califica el contexto laboral de la persona, sino su propia y exclusiva capacidad individual para el trabajo", por lo que lo único relevante es si se tiene o no capacidad para trabajar en aquello que constituye su profesión y que determinó su afiliación como autónomo, entendiendo que, en el caso enjuiciado, resta capacidad residual compatible con el desempeño de su actividad, por lo que su situación no es la contemplada en el art. 137.4 LGSS.

Igualmente desestimatoria es la **STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2567, de la que merece reseñar las consideraciones respecto a la valoración de la prueba pericial médica. El Tribunal reprocha a la juzgadora de instancia que no explique en qué se ha basado para otorgar mayor eficacia a la prueba pericial que al dictamen de la Comisión de Evaluación de Incapacidades, recordando que el TS ha dicho que "una constante jurisprudencia ha venido subrayando que los dictámenes procedentes de órganos o departamentos especializados del Ministerio de Sanidad y Consumo ofrecen garantías de imparcialidad y competencia que no los sujetan de modo estricto a las reglas propias de otras pruebas periciales", añadiendo que "la prueba pericial más apropiada es aquella que resulta mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia, debiendo, por tanto, tenerse como prevalente, en principio, las conclusiones dotadas de superiores explicaciones racionales" (STS de 5 de octubre de 1998, Sala Primera).

La **STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2945, estima la pretensión del actor frente a la sentencia de instancia, señalando que en profesiones como la del demandante (mecánico de barcos) en la que la capacidad psicofísica precisa para poder desempeñarse está sujeta a control administrativo (arts. 32 y 36 del Reglamento sobre Despacho de Buques, aprobado por OM de 18 de enero de 2000) ha de reconocerse la incapacidad permanente total a quien, por razón de sus secuelas, ha sido declarado no apto para poder seguir desempeñándola.

La **STS de 11 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta I.L. J 2751, estima 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) procede aunque la demandante no hubiera solicitado tal incremento, toda vez que, según doctrina unificada del TS "es totalmente acertada y conforme a derecho la sentencia que concede al demandante un grado de incapacidad permanente inferior al que había solicitado en la demanda", y dado que constan como hechos probados la edad del solicitante, superior a los 55 años, y la profesión del trabajador, las circunstancias sociales y laborales de dificultad de readaptación profesional pueden ser reconocidas sin necesidad de actividad probatoria específica cuando constituyan hechos notorios (SSTS de 10 de marzo de 1987 y 4 de marzo de 1992).

d') Incapacidad permanente absoluta

Respecto a este concreto grado de incapacidad permanente, en el período acotado en esta crónica la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 2971, contiene una síntesis de los criterios sentados con reiteración por la jurisprudencia para la consideración de la gravedad de las secuelas objetivables desde la perspectiva de su incidencia laboral, de cuyo análisis deduce la desestimación de la concurrencia de tal grado de incapacidad en el caso enjuiciado. Igualmente la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2893, desestima la pretensión del actor de ser declarado afecto de incapacidad permanente absoluta, toda vez que las secuelas que padece, si bien le inhabilitan para la realización de su actividad de cocinero, no le inhabilitan para realizar cualquier actividad servicial, incluidas las llamadas sedentarias o cuasi-sedentarias. La Sala recuerda que el criterio de que la declaración de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, es una determinación esencialmente jurídica y no médica, donde debe valorarse la capacidad residual del actor para poder realizar con la debida diligencia y profesionalidad las principales tareas de la actividad laboral. También desestimatoria de la declaración de incapacidad permanente absoluta es la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3019, por entender compatibles los déficits del actor (Oficial de 3ª en empresa dedicada a la fabricación y montaje de estructuras metálicas) con el desarrollo de profesiones u oficios de tipo sedentario y nulos o muy escasos esfuerzos físicos.

Por lo que hace a la declaración del grado de incapacidad permanente absoluta por revisión de grado invalidante, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de noviembre de 2000,**

I.L. J 3245, recuerda que la revisión de grado invalidante reconocido precisa la concurrencia de dos requisitos: un efectivo empeoramiento o agravación de las primeras dolencias y que el estado actual del enfermo sea incardinable en la actualidad en el grado invalidante pretendido, de cuya aplicación al caso enjuiciado resulta la desestimación de la revisión instada. Estimatoria, en cambio, es la **STSJ de Murcia de 27 de noviembre de 2000,** I.L. J 2715.

e') Gran invalidez

La **STSJ de Valencia de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2883, frente a la tesis del INSS, estima que en el actor concurre la necesidad de otra persona para los actos más esenciales de la vida, sin que a ello sea obstáculo la afirmación fáctica de que el actor necesita "casi" siempre la asistencia de otra persona para asearse, vestirse (...), "pues la expresión denota permanencia y habitualidad en la necesidad, aunque en alguna ocasión no le sea preciso, por lo que no puede convertirse en regla general lo que es excepción, como pretende la recurrente".

La **STS de 15 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2757, desestima la pretensión del actor de ser declarado afecto de gran invalidez. La sentencia es de interés toda vez que la situación del actor es la de práctica ceguera, habiendo declarado la STS de 2 de febrero de 1989, que es la invocada como sentencia de contraste, que la doctrina jurisprudencial "ha incluido en la gran invalidez la ceguera, y aquellas otras situaciones que, sin serlo de forma absoluta, exigen, como aquélla, la proximidad de otra persona (...)", doctrina que el actor invoca frente a la sentencia de suplicación que lo declaró afecto de invalidez permanente absoluta, negándole la declaración de gran invalidez. EL TS desestima la pretensión alegando la falta de contradicción, señalando que para valorar la situación del beneficiario ha de ponerse en relación las secuelas que padece con las particulares circunstancias, personales y profesionales, que la afectan, por lo que recuerda el Tribunal que se han venido rechazando la posibilidad de admitir este excepcional recurso (casación para la unificación de doctrina) en aquellos supuestos en que se discutía el grado de invalidez, ya que, en nuestro Derecho, puede hablarse más que de incapacidades, de incapacitados (Sentencias de 30 de enero de 1989, 24 de enero de 1991 y 18 de diciembre de 1996, entre otras), entendiendo que, en el caso enjuiciado, el actor había conseguido superar en una parte, no poco importante, la limitación que la ceguera comporta, en tanto que en el caso enjuiciado en la sentencia de contraste, tales limitaciones no se habían compensado en forma alguna.

b) Requisitos del beneficiario

Por lo que hace a los requisitos generales para ser beneficiario de las prestaciones por incapacidad permanente, en los marginales recogidos en esta crónica, cabe reseñar los siguientes pronunciamientos: La **STSJ de Cantabria de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2512, rechaza el recurso formulado contra la sentencia de instancia por el actor, quien pretendía ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total para su profesión habitual, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, señalando el Tribunal que en la fecha del hecho causante no se encontraba en alta ni en situación asi-

milada, amén de no reunir el período de carencia específica ni estar al corriente de cuotas. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2000,** I.L. J 2674, estima el recurso contra la sentencia de instancia que estimó la pretensión de la actora (limpiadora) sobre incapacidad permanente total para su profesión habitual por no reunir el período de carencia, "sin que se ampare la interpretación del juzgador de instancia extendiendo el cómputo de los días correspondientes a las pagas extraordinarias en período de incapacidad temporal".

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2000,** I.L. J 2485, sobre el recuerdo de jurisprudencia unificadora que descartase que el mero transcurso del plazo máximo de invalidez provisional determinase, sin más, la calificación de invalidez permanente (SSTS de 3 de febrero de 1993, 20 de febrero, 26 de junio y 20 de julio de 1995) entiende que, analógicamente, ha de descartarse que el mero transcurso del plazo máximo previsto para la situación de Incapacidad Temporal determine, sin más, la calificación de incapacidad permanente.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

Como es sabido, a partir de la STS, u.d., de 7 de febrero de 2000, 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. De tal nuevo criterio jurisprudencial se hacen eco varios pronunciamientos jurisprudenciales en el período acotado en esta crónica, así, **STS,** u.d., **de 4 de octubre de 2000,** I.L. J 2598; **STS** u.d., **de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 2742; **STS,** u.d., **de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 2744; **STS,** u.d., **de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 2748; **STS,** u.d., **de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2788; **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de septiembre de 2000,** I.L. J 2820, **SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de noviembre de 2000,** I.L. J 3241, I.L. J 3243; **SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 3247, I.L. J 3248.

Doctrina del paréntesis que, señala la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2826, no es aplicable a la situación de incapacidad temporal, a diferencia de la situación de invalidez provisional, toda vez que durante la incapacidad temporal subsiste la obligación de cotizar.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

En los números de I.L. recogidos en esta crónica cabe reseñar algunos pronunciamientos judiciales respecto a mejoras voluntarias previstas en convenio colectivo para supuestos de incapacidad permanente. Así, la **STSJ de Valencia de 27 de noviembre de 2000,** I.L. J 2844, sobre el recuerdo de la doctrina contenida en la STS de 9 de diciembre de 1999, a cuyo tenor "la fecha del dictamen de la unidad de valoración médica de la invalidez no puede configurarse necesariamente y en todos los casos como el hecho causante de la prestación, porque lo decisivo es el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes", doctrina que, aplicada al caso enjuiciado, comporta que se declare que la aseguradora responsable del pago del capital asegurado (una indemnización por invalidez absoluta de los trabajadores prevista en el convenio colectivo) será la que lo era en el momento en que las dolencias aparecieron fijadas como definitivas e invalidantes. Para la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2492, es la fecha del accidente la que determina la aseguradora responsable, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o muerte) aparezca con posterioridad, cuando la póliza ya no esté vigente.

En el mismo ámbito, responsabilidad del pago de mejoras contenidas en convenio colectivo, incide la **STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2000,** I.L. J 2710, que, sobre la base de reiterada doctrina jurisprudencial, señala que el concepto de accidente de trabajo por sí solo incluido en el articulado de los convenios colectivos comprende también el de enfermedad profesional, por lo que concluye que el Convenio colectivo aplicable al caso enjuiciado al referirse a la obligación de las empresas de concertar una póliza de accidente que cubra el riesgo de invalidez permanente, se entiende que abarca en su contenido la enfermedad profesional. Ahora bien, toda vez que la empresa suscribió una póliza que cubría la indemnización en una cuantía inferior a la prevista en el convenio colectivo, y habida cuenta que ninguna cláusula de dicha póliza dice que el contenido del Convenio forme parte o deba ser conocido por el asegurador, resultará que la aseguradora será responsable de la cantidad recogida como indemnización en la póliza de accidente (también enfermedad profesional), siendo responsable la empresa de la diferencia entre tal cantidad y la prevista como indemnización en el convenio colectivo, cantidad que no fue asegurada.

d) Dinámica de la protección

La **STSJ de Extremadura de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2473, desestima la revisión de grado de la invalidez permanente reconocida sobre el conocido argumento de que tal revisión, en el supuesto de agravación, no sólo exige un empeoramiento del estado del inválido, con posible pérdida de capacidad laboral, sino que, además, es preciso que ello permita la calificación en otro grado superior dentro de los que admiten las normas.

La **STS,** u.d., **de 5 de diciembre de 2000,** I.L. J 2743, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto con tal Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 26 de noviembre de 1999. La cuestión debatida no es otra que si la impug-

nación de un determinado grado de invalidez permanente reconocido en la sentencia pronunciada de instancia, exige o no, necesariamente, que en el correspondiente recurso de suplicación se articule un motivo de revisión de hechos de la sentencia de instancia y, además, su estimación en la sentencia dictada en suplicación. La cuestión ya había sido unificada por el TS (Sentencias de 16 de febrero y 3 de octubre de 2000), por lo que aquí se reitera la doctrina en ellas contenida, según la que el art. 191 LPL no exige que la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia [art. 191.c) LPL] dependa de la revisión de los hechos declarados probados.

Igualmente estimatoria del recurso de casación para la unificación de doctrina es la **STS,** u.d., **de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 2799, donde el Alto Tribunal señala que en la calificación jurisdiccional del grado de invalidez permanente cuentan, desde luego, las secuelas de las dolencias padecidas, pero también los elementos constitutivos de los distintos grados de invalidez en las normas de Seguridad Social y en las normas o regulaciones colectivas que delimitan las tareas o cometidos que desempeñan los trabajadores incapacitados, por lo que, aunque permanezcan inalterados los hechos probados de la resolución de instancia, el Tribunal de suplicación puede examinar si es correcta o no la calificación efectuada en esa resolución de instancia.

A la fecha de efectos de la prestación por incapacidad permanente absoluta se refiere la STSJ de Baleares de 24 de noviembre de 2000, I.L. J 2910, que enjuicia un caso en que el actor percibía una prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo que compatibilizaba con un trabajo por cuenta ajena para otra empresa en que es baja por incapacidad temporal, con posterior declaración de incapacidad absoluta, reiterando el Tribunal la doctrina sentada en numerosas sentencias del TS que la iniciación de la prestación económica de invalidez permanente se produce en la fecha de calificación de la misma y no en la del hecho causante.

A tal cuestión (efectos económicos) refiere igualmente la **STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2000,** I.L. J 3032, que recuerda la doctrina del TS conforme a la cual los efectos económicos de las prestaciones se ligan al dictamen de la Unidad de Valoración Médica (ahora EVI) o a la resolución administrativa, lo que ha de entenderse "sin perjuicio de las consecuencias que podrían suscitarse en supuestos de retrasos anormales en la emisión del dictamen", entendiendo el Tribunal que ese anormal retraso concurre en el caso enjuiciado, por lo que fija como fecha de efectos económicos de la pensión de gran invalidez que le corresponde al actor la fecha correspondiente al plazo límite de ciento treinta y cinco días para resolver el expediente y dictar la oportuna resolución.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

Las relaciones entre prestación por desempleo y pensión de incapacidad permanente son abordadas por la **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2562, de que hemos dado cuenta con anterioridad (*vid. supra*).

Respecto a la cuestión de si existe o no derecho a percibir la cantidad prevista en convenio colectivo para el caso de declaración de invalidez permanente, aunque el trabajador haya sido recolocado en otro puesto de trabajo manteniendo su retribución, el TS ha conocido en este período de varios recursos para la unificación de doctrina. La **STS,** u.d., **de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2609, desestima el recurso planteado desde el razonamiento de que para determinar la infracción de éstos, directamente o a través de la vulneración de los criterios de interpretación, es necesario conocer de forma completa tanto su texto como el del conjunto de la norma en que se insertan, conocimiento que no es posible en el caso enjuiciado aun después de las matizaciones al principio *iura novit curia* introducidas por la STC 151/1994. Igualmente, y por idénticas razones, desestima el recurso la **STS,** u.d., **de 28 de noviembre de 2000,** I.L. J 2623, señalando que la falta de identificación de la norma (convenio colectivo) que contiene los preceptos concretos infringidos comporta que el recurso de casación se declare defectuosamente formulado, sin que, por tal circunstancia proceda entrar en la cuestión de fondo.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Varias sentencias recogidas en los marginales de I.L. J reseñados en esta crónica inciden en los requisitos para acceder a la condición de beneficiario de la prestación por invalidez permanente en su modalidad no contributiva. Así, respecto al requisito de la concurrencia de un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de diciembre de 2000,** I.L. J 2524, y la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3233, desestiman la pretensión de acceder a la pensión de invalidez no contributiva por no alcanzar la minusvalía reconocida a los respectivos actores un grado igual o superior al 65 por ciento, señalando la segunda de las citadas sentencias que el sistema reglado de determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica no puede desvirtuarse mediante informes forenses o periciales psicológicos que, sin más, declaren otro grado de minusvalía. La concurrencia de tal grado de minusvalía no inferior al 65 por ciento es reconocida por la **STSJ de Galicia de 30 de diciembre de 2000,** I.L. J 3079, sobre la apreciación de la correcta subsunción por el juez de instancia del cuadro clínico de la actora en el baremo referido a psicosis funcionales. Desestimatoria del complemento por asistencia de tercera persona por no acreditarse la **STSJ de Galicia de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3058.

De especial interés resulta en el período acotado en esta crónica la **STS de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2779, por cuanto viene a marcar criterios interpretativos respecto a la conexión entre el art. 144.1.d) y el art. 144.4 del mismo texto legal, y en concreto respecto a la "unidad económica de convivencia"("existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas a aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado"), de donde quedarían excluidos por el legislador de la unidad económica familiar que a estos efectos configura, y, por tanto, no habrían de computarse como miembros aunque convivan con el solicitante, los parientes por consanguinidad o adopción que lo sean en tercer o ulterior grado, así como cualesquiera parientes por afinidad.

Pues bien, la mentada **STS de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2779, entiende que el solicitante no convive sólo con un hermano rico" y con una hermana que tampoco percibe renta alguna, sino que, además vive también con la mujer de su hermano (su cuñada) y con los tres hijos de ambos (sus sobrinos) por lo que "no son tres los convivientes sino siete, y que el total de ingresos del conjunto es el salario que percibe tan sólo aquel hermano que los mantiene a todos", situación concreta que no contempla el texto legal, lo cual puede interpretarse de dos formas: a) entendiendo que puesto que la norma no ha contemplado más unidad económica de convivencia que la antes indicada, habrá que estar a sus expresas previsiones, o b) entender que, puesto que la única unidad de convivencia contemplada por el legislador ha sido la familiar antedicha, cuando una persona convive con otras personas distintas se halla fuera de aquellas concretas previsiones legales que, por tanto, no le serán de aplicación, opciones interpretativas ante las que la Sala se inclina por la segunda.

Respecto al mismo requisito (carencia de rentas) ha de meritarse la **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2566, que, acertadamente, mantiene que no pueden incluirse, como ingresos computables, la cantidad que, como ocurre en el caso de autos, un miembro de la unidad de convivencia del beneficiario recibe de su empleador como compensación por los gastos de desplazamiento que ha realizado por cuenta de éste.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

Merece destacar la **STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2564, que incide sobre la polémica consideración o no del infarto de miocardio como accidente de trabajo a efectos de estimar la pensión de viudedad. Como es sabido, el artículo 115.3 de la LGSS establece la presunción, salvo prueba en contrario, de que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar del trabajo. En el caso enjuiciado, el causante tenía la profesión de conductor mecánico y hacía un trayecto en el que se producía un período de espera (mientras era recogido por otro conductor), período de tal manera previsto por la empresa que se realizaba en la habitación de un hotel que tenía contratado la empresa para estos efectos. Es durante ese período de espera cuando se produce el fallecimiento a consecuencia de un infarto agudo de miocardio. Sobre si en ese período se daban las notas de "tiempo y lugar de trabajo", la sentencia aquí comentada estima al infarto en este supuesto como accidente de trabajo, pues flexibiliza el rigor literal del precepto de tal manera que pese a considerar que no se encontraba el causante en el lugar de trabajo, considera que sí se encontraba en tiempo de trabajo (aunque no exactamente un tiempo de trabajo efectivo tal y como establece el reglamento regulador de la jornada de trabajo en el transporte de carretera), pues "sí estamos ante tiempo de presencia, que es aquel en que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, aunque sea sin prestar trabajo efectivo".

En relación con la condición exigida para tener derecho a prestaciones, el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, establece que es indispensable para tener derecho a las mismas, que las personas incluidas en este Régimen "se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles", salvo que en ese mismo caso se tuviera cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate, pues en tal situación la Entidad Gestora, invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación, ingrese las cuotas debidas. Si así ocurriera, al sujeto se le considerará al corriente en el pago de dichas cuotas a efectos de su derecho a la prestación. El citado precepto considera por último, que si se tratara de pensiones (como es el caso al que inmediatamente nos referiremos) la prestación se concederá con efecto a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso. Interpretando tal precepto la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de octubre de 2000,** I.L. J 3183, considera que si no se abonan las cuotas en el indicado período (siempre que se tenga el período de carencia exigido), no nos encontramos ante la pérdida del derecho a la misma, sino únicamente ante una demora de su percepción (hasta el día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas). El supuesto que juzga, la recurrente, que reunía el período de carencia exigido, no se encontraba al corriente del pago de cuotas, pero había solicitado y obtenido de la TGSS, el aplazamiento extraordinario en el pago de las mismas. En este caso considera en virtud de la aplicación al RETA (por su carácter supletorio), del artículo 94.2.b) del Decreto 907/1966, de 24 de abril, que el citado aplazamiento supone que la Entidad Gestora no queda exonerada de responsabilidad, es decir, "que mientras no se deje sin efecto la concesión del aplazamiento del pago de las cotizaciones, dicho aplazamiento opera como si el empresario estuviera al corriente en el pago y es la Entidad Gestora la responsable del abono de la prestación". Situación que plantea la cuestión de los efectos del incumplimiento de los plazos establecidos en el citado aplazamiento, y que considera la sentencia que se resuelve aplicando el artículo 43.2 del citado Decreto, lo que supone que pierde su condición de "al corriente del pago" y en consecuencia, "cesará su derecho a percibir la prestación de viudedad"; aunque no precisa el alcance del término cesar, esto es, si es posible (si se abonaran posteriormente las cuotas debidas) la reanudación de la prestación, o por el contrario supone en todo caso la extinción del derecho.

– Requisito de alta o situación asimilada al alta

Siguiendo el criterio flexibilizador, humanitario e individualizador que viene manteniendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo desde hace tiempo (STS de 17 de noviembre de 1975), en el sentido de que la exigencia de estar en alta o situación asimilada en el momento de sobrevenir la contingencia debe ser adecuado a las circunstancias concurrentes en cada caso, la **STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3159, verifica tal asimilación en un supuesto en el que concurre un alto período de trabajo, alta y cotización en el Régimen General. No altera tal criterio, la existencia de un breve lapso de separación del Sistema ni el alta durante ese tiempo en el RETA, sin cotización, pues ya reunía los requisitos exigidos para causar la prestación por el Régimen General, siendo "meramente formal" el alta al RETA en las circunstancias señaladas.

La mencionada doctrina flexibilizadora, además de tomar en consideración la extensión de la vida laboral como cotizante del causante, también entiende determinante a tales efectos que su baja o alejamiento del sistema público de protección se deba a motivos justificados y completamente ajenos a su voluntad, como que no pudiera demandar ningún empleo por estar en fase terminal de un enfermedad (STS de 11 de abril de 2000), de tal manera que ambos elementos actúan como límites a la teoría flexibilizadora. En este sentido, la **STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3161, desestima la pretensión y confirma la sentencia de instancia, al "no constar acreditada ninguna circunstancia personal que hubiera impedido al causante permanecer en alta en Seguridad Social en el momento del fallecimiento o inscrito, al menos, como demandante de empleo en la pertinente oficina pública", pese a la relevante carrera de seguro acreditada.

En la **STS de 20 de diciembre de 2000,** I.L. J 2782, no se sigue el criterio de atenuar la exigencia del requisito de alta o situación asimilada al alta y se desestima el recurso, acogiendo la petición del Ministerio Fiscal, por no darse la identidad necesaria para apreciarse la contradicción de pronunciamientos (art. 217 de la LPL), pese a tratarse de supuestos en los que los causantes eran ambos drogadictos ("circunstancia terriblemente anulatoria de la voluntad" afirma el Supremo) y no se encontraban en alta en el momento del hecho causante (no figuraban inscritos como demandantes de empleo); pero en la sentencia de contraste, el período era notablemente inferior (nueve meses), frente al que tiene en cuenta la sentencia recurrida (más de cuatro años de ausencia de inscripción como demandante de empleo); además se declara probado en la sentencia recurrida que no existía una situación de incapacidad para el trabajo, ni una anulación (sólo una merma) de las facultades volitivas. Incluso afirma el fundamento de derecho, que "en todo caso sí se acredita que se había iniciado un proceso de desintoxicación"; referencia desafortunada, pues esta circunstancia tiene el riesgo de convertirse en un argumento para negar el derecho a la prestación, siendo realmente un acicate para componer el "desorden en todos los aspectos de la vida que produce la drogadicción", tal y como el mismo Supremo reconoce.

Tampoco acoge la doctrina de suavizar la exigencia legal de encontrarse el causante en alta o en situación asimilada al alta, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de julio de 2000,** I.L. J 2726, revocando la sentencia de instancia, en un supuesto en el que el causante causa baja voluntariamente en el Sistema, no accediendo posteriormente ni a prestaciones por desempleo ni se incorporó a ningún otro régimen de previsión (pese a que posteriormente se inscribiera como demandante de empleo); pues como ha venido recogiendo la doctrina de suplicación, concurre la situación de asimilación al alta, cuando "la vinculación con el sistema protector, tras una existencia prolongada con cotización normal, había sido rota por causa no imputable al causante, como el paro involuntario, la enfermedad, etc."

Respecto a las situaciones asimiladas al alta, la incapacidad permanente en su modalidad no contributiva no está incluida en los casos de asimilación del artículo 125 de la LGSS,

ni tampoco se ha incluido como tal de forma reglamentaria, aunque esta numeración –legal o reglamentaria– ha sido ampliada de hecho en determinados supuestos por la Jurisprudencia (lo que se ha venido a llamar la flexibilización del requisito de alta); pero sí es determinante que el artículo 172.1.b) al numerar los sujetos causantes de las prestaciones de muerte y supervivencia sólo se refiera a los pensionistas (de jubilación e incapacidad) en su modalidad contributiva, por lo que la **STSJ de Valencia de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2885, deniega tal pretensión pues "la percepción por el causante, de una prestación no contributiva no determina, por sí, el derecho a la pensión de viudedad". Esto no impide que siguiendo la doctrina flexibilizadora del requisito de alta o asimilada se tuviera en cuenta si la enfermedad anterior al cese en el trabajo fue la que impidió el trabajo e incluso la inscripción como demandante de empleo (cese involuntario), supuesto admitido por la doctrina del Supremo (SSTS de 22 de julio y 26 de octubre de 1998), aunque sería necesario probar (lo que no consta el supuesto que juzga) el nexo entre la enfermedad anterior al cese, la invalidez no contributiva y el fallecimiento.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de octubre de 2000,** I.L. J 2444, en cuanto a la posible asimilación de la convivencia marital (las conocidas como parejas de hecho) al matrimonio, a efectos de causar la pensión de viudedad, resuelve y reitera que ambas situaciones no son asimilables, pues tal y como siempre ha entendido el Tribunal Constitucional (Sentencias de 1 de julio de 1987 y de 14 de febrero de 1991, entre otras), el artículo 174 de la nueva LGSS no autoriza a otorgar la pensión de viudedad a quien no está ligado matrimonialmente con el causante, y que la cláusula contenida en la Disposición Adicional Décima.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio ("de divorcio"), sólo concede la pensión de viudedad al conviviente que pudo no contraer matrimonio con el causante por impedirlo la Ley vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981, y además, que el fallecimiento se produzca con anterioridad a la misma; por lo que no alcanza a los que convivieron con posterioridad. Como consecuencia de ello, tampoco se puede transmitir un derecho que nunca se tuvo, lo que supone que tampoco se puede incrementar la pensión de orfandad del hijo común extramatrimonial, pues este incremento solamente se produce en los supuestos de orfandad absoluta, tal y como razona la **STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3052, siguiendo la doctrina unificada del Tribunal Supremo (SSTS de 23 de febrero de 1994, 10 de julio de 1995 y 18 de noviembre de 1998).

b) Orfandad

La **STS de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 2771, en casación para unificación de doctrina (recurso 1773/2000), resuelve y reitera su doctrina, sobre la interpretación del requisito de incapacidad para el trabajo exigido en el artículo 175 de la LGSS, para el reconocimiento del derecho a pensión de los huérfanos mayores de 18 años; interpretando, que el artículo 16.3 de la OM de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen

normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia, precisa que la incapacidad para el trabajo a la que se refiere el art. 175 de la LGSS, debe ser entendida como incapacidad para todo trabajo, por lo que el derecho a la pensión de orfandad a los mayores de 18 años está limitado a quienes están afectos de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (siempre teniendo en cuenta que el límite de edad para la pensión "ordinaria" de orfandad de 18 años, ha sido elevado en determinados supuestos por la Ley 24 (1997 a 21 o 23 años en determinados supuestos).

c) Pensión a favor de familiares

En relación con el requisito exigido para tener derecho a la pensión de familiares relativo a que el solicitante carezca de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil [art. 40.1.e) del Decreto 3158/1966 en relación con los arts. 5 del Decreto 1646/1972 y 176.1 y 2.d) de la LGSS], la **STSJ de Asturias de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2594, reitera el criterio mantenido por la jurisprudencia de que es el módulo del salario mínimo interprofesional el que determina en estos casos el "mínimo vital de subsistencia", de modo que si el obligado a prestar alimentos, "bien por tener ingresos inferiores a aquel o bien aun teniéndolos superiores no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al mismo, tales alimentos a efectos de esta prestación no serían suficientes".

En relación con esta prestación y el mismo requisito, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de septiembre de 2000,** I.L. J 2495, considera que el hecho de estar afiliado al Régimen Especial Agrario no presupone obtener las rentas necesarias para su subsistencia (pese a que la inclusión en este Régimen indica que la actividad agraria constituye el medio fundamental de vida), ni tampoco el hecho de que el actor se haya acogido al sistema fiscal de estimación objetiva, pues esto sólo es "una fórmula de calcular los ingresos a los efectos fiscales"; reprochando además a la Entidad Gestora que en su caso debió aportar la prueba necesaria para demostrar que los ingresos del actor eran superiores al módulo legal previsto. En el mismo sentido, la **STSJ de Galicia de 4 de diciembre de 2000,** I.L. J 3059, confirma que el alta en el REA como trabajador por cuenta propia no supone la negación del derecho a la pensión a favor de familiares, pues el actor "posee unas pequeñas propiedades que cultiva, obteniendo uno ingresos que no exceden del salario mínimo interprofesional". Hay que considerar a la primera alegación como innecesaria, puesto que para estar y mantener la inclusión en este Régimen como trabajador por cuenta propia es necesario ser titular de una pequeña explotación agraria, por lo que de nuevo vuelve a ser determinante la referencia a ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional como módulo de referencia para acreditar la dependencia económica.

Destacable es la flexibilización del requisito de ser huérfano "absoluto" que exige el art. 176 de la LGSS en relación con el art. 22.1.1.b) de la OM de 13 de febrero de 1967, que realiza la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de octubre de 2000,** I.L. J 2854; pues para estimar la prestación considera que orfandad es "sinónimo de desamparo o falta de aten-

ción por los progenitores, como así se desprende de la definición que contiene el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española". Así, en el citado precepto se exige para ser beneficiario de la pensión a favor de familiares ser huérfano de padre y madre (además de menor de 18 años –salvo excepciones–, que convivieran con el causante, que no tuvieran derecho a pensión pública y que carezcan de medios de subsistencia). Pues bien, en el caso enjuiciado, se estima la petición de la prestación a favor de familiares al quedar probado que la abuela materna tiene confiada la guarda y custodia del nieto (por causa de la toxicomanía de los padres y sin que tal medida afectara a la patria potestad) y "puesto que los padres no se han preocupado de la manutención del menor desde el punto de vista económico, ni tampoco, desde la óptica personal, de la guarda y custodia, que fue concedida a los abuelos maternos, desde 1989", desestima el recurso interpuesto por el INSS en base a la equivalencia entre orfandad y desamparo o falta de atención. Equivalencia que hay que considerar como exagerada (por sus riesgos de extensión a otras prestaciones –imagínese los efectos que tendría sobre la pensión de orfandad–) pues no pueden ser criterios caritativos los que conduzcan a la resolución del recurso, sino la estricta aplicación de la normativa jurídica (art. 3.2 del Código Civil).

C) Cuantía de las pensiones

Respecto a la determinación de la Base Reguladora de una pensión de viudedad, en un supuesto en el que el causante pensionista de Gran Invalidez continuó trabajando y cotizando en otra actividad tras su declaración de gran inválido (en la ONCE), la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de noviembre de 2000,** I.L. J 2897, resuelve de forma acertada denegando la pretensión de la actora de sumar a la Base Reguladora de la pensión de invalidez del causante, los salarios reales percibidos al tiempo del fallecimiento, pues "no cabe pretender más base reguladora de la pensión si no se ha cotizado por el causante por la cantidad que percibió por la pensión" (hay que señalar que a efectos de determinar la Base de Cotización no se computan las prestaciones de la Seguridad Social y sus mejoras). Ahora bien, esto no impide a la beneficiaria el ejercicio del derecho de opción por una u otra pensión del causante (la de invalidez o la del último trabajo), tal y como está previsto en el artículo 122.1 de la LGSS.

La **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2640, resuelve, sobre la cuantía de la pensión de viudedad que corresponde al divorciado o separado judicialmente, cuando el causante no ha contraído nuevas nupcias como es el caso (por lo que no existe concurrencia de beneficiarios), que ésta es proporcional (se minora) al tiempo de convivencia matrimonial (por lo que la pensión es inferior al importe reglamentario íntegro de la misma), pues como señala la STS de 25 de enero de 2000, la redacción original del artículo 174.2 de la LGSS pone de relieve que "la atribución de una pensión minorada, por razón del tiempo de convivencia, no es algo que exija concurrencia entre dos o más casados supervivientes, y deje de aplicarse cuando sólo existe un viudo que no concurre con nadie", pues la norma se refiere no solamente a quien haya sido cónyuge legítimo, supuesto del divorciado, sino también a quien sea cónyuge legítimo, expresión que alude al separado judicialmente. De esta manera, en los supuestos en los que por sentencia se declara la separación de ambos cónyuges y posteriormente y por

sentencia se declara el matrimonio disuelto por divorcio, tal situación no da derecho a una pensión "completa" de viudedad, reconociéndose sólo la misma en proporción al tiempo en que hubo convivencia, es decir hasta la primera de las dos fechas (declaración de separación), tomando como referencia el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de fallecimiento del causante, tal y como resuelve la **STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2000,** I.L. J 3167 (en los mismos términos la **STSJ de Baleares de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2908).

Criterio de minoración que es de aplicación sean una o más las peticiones de la "única pensión", y en este sentido la **STSJ de Baleares de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3138, siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo desde 1995, deniega la pretensión del recurrente que, aceptando la minoración, estima que ello no debe impedir que cada pensión, por el complemento de mínimos eleve su cuantía a la mínima establecida Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así estima, que no debe prosperar tal criterio pues "ni la Ley presupuestaria ni los decretos de revalorización de pensiones hayan establecido en ningún caso que en el supuesto de división de una pensión, sea aplicable a cada una de las resultantes el complemento de mínimos, sino que se debe aplicar a la pensión"; lo que supone afirmar que el complemento de mínimos afecta a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios.

D) Dinámica de la protección

En los supuestos de rehabilitación o recuperación *ex lege* de la pensión de orfandad (que no nuevo reconocimiento), en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta bis de la LGSS, redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley 24/1997, de 5 de agosto, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, la pensión debe ser percibida desde su reconocimiento, es decir, a partir del día 5 de agosto, fecha de entrada en vigor de la citada Ley, y no sólo retrotraerse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud de la recuperación, como establece el artículo 178 de la LGSS, tal y como resuelve la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de octubre de 2000,** I.L. J 2518. Reiterando en el mismo sentido la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de septiembre de 2000,** I.L. J 2825, "al no ser la solicitud extemporánea, evidentemente, por causas imputables al beneficiario", por lo que no puede aplicarse el rigorismo formal de la norma, y por ello revoca la sentencia recurrida.

En relación con la aplicación de la regla general del plazo de prescripción para la exigencia de reintegro de prestaciones indebidas, la **STSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2000,** I.L. J 2930, viene a aplicar los efectos de la entrada en vigor del artículo 45.3 de la LGSS, apartado añadido conforme a lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispone que la obligación de reintegro de las obligaciones indebidamente percibidas prescribe a los cinco años (aunque desde enero de 2000 –Ley 55/1999, de 29 de diciembre– este plazo se ha reducido a cuatro), con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluso en los supuestos de revisión de las prestaciones por error

imputable a la Entidad Gestora (en el caso que juzga un error informático imputable exclusivamente a la Entidad Gestora, motivó la tardía reclamación de las prestaciones económicas que percibían los actores más allá del límite de edad –prestación a favor de familiares–). Esto supone que el principio de buena fe que la jurisprudencia del Supremo venía aplicando con anterioridad a esta reforma (que limitaba excepcionalmente en estos casos la retroactividad a tres meses) se puede aplicar exclusivamente respecto a las reclamaciones anteriores al 1 de enero de 1998 (fecha de entrada en vigor de la reforma). Hay que advertir que este endurecimiento del límite del reintegro en los supuestos de buena fe vuelve a ser atenuado recientemente por la jurisprudencia del Supremo (STS de 17 de enero de 2000).

José Luis Monereo Pérez
Cristóbal Molina Navarrete
Mª Nieves Moreno Vida
Ángel J. Gallego Morales
José María Viñas Armada

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Empleo y prestaciones de desempleo. b) Migración y trabajo de extranjeros.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En esta crónica se examinan los principales pronunciamientos judiciales aparecidos en los últimos meses en relación a aspectos propios del Derecho Administrativo Laboral: en concreto, son objeto de comentario las sentencias laborales y contencioso-administrativas publicadas en los números 13 a 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, y también, algunos otros pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que por el momento no han visto la luz en la citada revista.

Aun cuando en realidad las sentencias de este período no aportan grandes novedades, lo cierto es que no por ello dejan de ser interesantes algunas de las consideraciones que efectúan. Especial mención merece, principalmente, la STS de 17 de abril de 2001, que aclara la no sancionabilidad de contrataciones en prácticas de vigilantes jurados realizadas con anterioridad a que el Tribunal Supremo fijara su doctrina definitiva sobre el carácter inhábil de esta titulación a efectos de dicho contrato; e igualmente, son también destacables sendos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y Castilla-La Mancha mediante los que se contribuye a acotar un poco más el alcance de la infracción consistente en el rechazo de una oferta adecuada de empleo [*infra*, 3.C).a)].

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Como suele ser habitual, los pronunciamientos a señalar en este apartado se centran en el régimen jurídico aplicable a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. De entrada, merece la pena remarcar la publicación como I.L. J 2963 de la **STS de 21 de diciembre de 2000,** relativa a la duración del vínculo asociativo de las

empresas con las Mutuas y la necesidad de que su extinción se denuncie con un preaviso mínimo de un mes, cuyo contenido ya fue objeto de comentario en la anterior crónica núm. 6.

Dentro de este período hay que hacer también mención de la **STS de 27 de marzo de 2001,** (recurso de casación 6972/1995), Sala Tercera, por la que se resuelve la solicitud de una Mutua a la Tesorería para que ésta le reembolse las cantidades que sobrepasen la cuantía pactada con ella en un Convenio de reaseguro por exceso de pérdidas, en un supuesto en que, en el curso de tres años, diversos trabajadores de una empresa fueron dados de baja como consecuencia de enfermedad profesional constitutiva de accidente de trabajo. En la medida en que dicho Convenio supeditaba su aplicación a la existencia de un accidente de trabajo que "produzca una o más víctimas con unidad de tiempo, lugar y causa", el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia en la que se había desestimado la pretensión de la Mutua, por entender que en el caso no concurría el requisito de la unidad de tiempo, ya que la fecha a considerar no es aquella en que la empresa cursa el parte de accidente de trabajo, sino aquella en que se conceden las bajas médicas, y consta en el caso que no todos los trabajadores la obtuvieron en el mismo período.

En otro orden de cosas, la **STS de 23 de abril de 2001,** (recurso de casación 6514/1995), Sala Tercera, recuerda que, conforme al anterior art. 32.1 del RD 1509/1976 –actual art. 66.1 del RD 1993/1995–, es posible que el exceso de excedentes de la gestión se destine a la creación y conservación de centros o servicios dedicados a fines de prevención y rehabilitación, aclarando que, dentro de tal concepto, tienen cabida los gastos materiales de inversión o mantenimiento de las instalaciones –que sí son reintegrables a la Mutua–, pero que, en cambio, no tienen dicha condición –y en consecuencia no son reintegrables– los gastos ordinarios o extraordinarios originados por la actividad del personal al servicio de la entidad colaboradora.

Finalmente, otras sentencias se encargan de clarificar ciertas cuestiones relativas a las auditorías a que estos entes son sometidos. Así, efectuando una consideración de índole material, la **STS de 11 de mayo de 2001,** (recurso de casación 8780/1995), Sala Tercera, afirma que las auditorías sobre Mutuas no sólo pueden practicarse sobre el patrimonio de la Seguridad Social que gestionan, sino que también puede ejercerse sobre el patrimonio propio y consolidado de cada Mutua, a efectos de comprobar si son correctos o no los asientos contables que la entidad asigna a uno u otro patrimonio. En el orden estrictamente formal, la propia **STS de 11 de mayo de 2001** y la **STS de 27 de marzo de 2001,** (recurso de casación 6559/1995), reiteran una vez más consideraciones sobradamente remarcadas en crónicas anteriores: en concreto, que la Secretaría General de la Seguridad Social y la Intervención General de la Seguridad Social ostentan competencia para llevar a cabo el procedimiento de auditoría; que dicho procedimiento no es el general previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, sino el especial establecido en el art. 6 del RD 1373/1979; que no existe indefensión ni infracción de las garantías por el hecho de que la Mutua sólo haya podido formular alegaciones tras el informe provisio-

nal; y asimismo, se declara que, aunque le sean desfavorables, las obligaciones impuestas a la Mutua como consecuencia de la auditoría no tienen naturaleza sancionatoria.

B) Actas de liquidación

De nuevo, numerosísimos vuelven a ser los pronunciamientos en que el Tribunal Supremo se encarga de reiterar las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones con origen en actas de liquidación –a veces acompañadas por actas de infracción–, a los efectos de determinar su acceso a los recursos de casación y de casación para la unificación de doctrina: en términos prácticamente idénticos, las sentencias insisten en recordar que, cuando se impugnen varias actas, se ha de estar a la cuantía individualizada de cada una y no a la suma de todas ellas, y además, que sobre todo debe tenerse presente que, a la hora de fijar la cuantía del asunto, sólo hay que considerar la cifra correspondiente a la cotización principal de cada uno de los meses liquidados en el acta, sin incluir los recargos, las costas, ni cualquier otra responsabilidad, precisándose finalmente que, si conforme a estos criterios, no se alcanza la cantidad legalmente fijada, estaríamos ante una causa de inadmisibilidad del recurso que, en trámite de sentencia, se convierte en causa de desestimación del mismo (**SSTS de 17 de abril de 2001,** recursos de casación 817/1995, 4452/1995, 4455 /1995, 4948/1995 y 7179/1995, **de 24 de abril de 2001,** recursos de casación 7232/1995, 9020/1995, 9384/1995 y recurso de casación para la unificación de doctrina 9003/1995, **y de 16 de mayo de 2001,** recursos de casación 4925/1995 y 4977/1995, todas ellas de la Sala Tercera).

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Aun cuando referida a la fase previa de actividad inspectora y sus vías de iniciación, la **STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2000,** I.L. J 3218, Sala Social, se pronuncia sobre la relación existente entre la interposición, junto con otros trabajadores, de una denuncia ante la Inspección de Trabajo y la posterior decisión empresarial de despido. Habiéndose aducido por la trabajadora despedida la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal declara que la presentación de denuncia colectiva ante la Inspección de Trabajo no puede equipararse a la formulación de demanda individual en vía judicial ni a la categoría de acto preparatorio del proceso –conciliación prejudicial o reclamación administrativa previa–, por lo que, visto que la interesada no se significó de manera especial en la denuncia, y atendiendo además a que la Inspección no propuso sanción alguna para la empresa, se acaba concluyendo que en el caso no existe conculcación del derecho fundamental alegado, no apreciándose por tanto la nulidad del despido.

Existen, en segundo lugar, algunos pronunciamientos en materia de competencias sancionadoras. De entrada, resolviendo una cuestión competencial muy específica, la **STS de**

3 de mayo de 2001, recurso de casación en interés de Ley núm.151, Sala Tercera, aclara cuáles son las consecuencias anudadas a una resolución sancionadora dictada por órgano incompetente, en un supuesto en que dicha decisión administrativa, en lugar de ser firmada por el Director Provincial normativamente señalado, lo fue por un Subdirector del ramo. Al respecto, el Tribunal Supremo remarca que, conforme a la normativa aplicable al momento de los hechos y que hoy está modificada –arts. 16.4 y 127.2 de la Ley 30 (1992 en su redacción anterior a la Ley 4 (1999–, era evidente por entonces la prohibición de delegación de la competencia sancionadora de los órganos administrativos. Ahora bien, en cuanto a los efectos de la infracción de esta interdicción, la Sentencia declara que, tratándose de un supuesto de incompetencia jerárquica –y no material o territorial–, la consecuencia no es la nulidad radical, sino la mera anulabilidad, de modo que, en el caso enjuiciado, estamos ante un vicio que puede ser subsanado mediante convalidación del superior jerárquico, conforme a lo previsto en los arts. 62 y 67.3 de la Ley 30 (1992. Por otro lado, en materia específica de sanciones por indebida percepción de prestaciones de desempleo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3239, Sala Social, subraya una idea que tampoco es nueva en estas reseñas jurisprudenciales: se trata de recalcar que el propio INEM goza de competencia para revisar la concesión de las prestaciones de desempleo y exigir la devolución de las indebidamente percibidas, sin que tales funciones estén reservadas a la jurisdicción social, ya que en este ámbito material no es aplicable la regla general del art. 145.1 de la LPL, sino la específica de los arts. 22 de la Ley 31/1984 y 227 de la LGSS.

Existen, en fin, dos sentencias que tienen cierto interés por cuanto que establecen pautas de interpretación del procedimiento de oficio que, en ciertos casos, debe ser abierto dentro del procedimiento sancionador. En primer lugar, y a propósito de un procedimiento judicial de oficio con origen en un acta de infracción, la **STSJ del País Vasco de 31 de octubre de 2000,** I.L. J 2574, Sala Social, delimita el ámbito de cuestiones que pueden ser resueltas por la sentencia de los tribunales sociales. Deja sentado que, conforme al art. 48 LISOS, la imposición de las sanciones administrativas corresponde a la Administración y no a los órganos judiciales, quienes en este tipo de procesos, no pueden fijar ni graduar sanción alguna, sino que han de limitarse a declarar si medió o no la conducta ilícita imputada, declaración esta que actuará como una especie de prejudicialidad devolutiva respecto a la posterior resolución que se adopte en el procedimiento administrativo. En segundo lugar, y en relación a la iniciación de estos procesos de oficio, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3011, Sala Social, califica como cuestionable que el plazo de prescripción que pesa sobre la Administración para interponer la demanda de oficio sea el general de un año previsto en el art. 59.1 ET, en tanto que la prescripción de las infracciones administrativas se rige por unos plazos distintos establecidos en el art. 4 LISOS; razón por la cual considera absurdo aceptar la prescripción de la intervención judicial mientras la infracción no haya prescrito, aparte de remarcar que, en todo caso, el cómputo del plazo de prescripción habría quedado interrumpido por la actuación administrativa y los recursos del interesado.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

Sobre este aspecto, la **STS de 23 de abril de 2001** (recurso de casación 6230/1995), Sala Tercera, se encarga de refundir la doctrina que sobre la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo ha ido manteniendo la jurisprudencia en los últimos años. En concreto, como premisas básicas para sentar su fallo, el Tribunal recuerda las siguientes ideas: que las actas de los Controladores Laborales gozan de valor probatorio cuando son aceptadas por un Inspector; que dicha fuerza probatoria sólo se atribuye a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector y son comprobados por él, sin que alcance a las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o sus simples opiniones; que su eficacia probatoria puede ser enervada por la posibilidad de presentar otras pruebas que conduzcan a conclusiones diferentes, ya que las actas no gozan de mayor relevancia que el resto de medios probatorios, sino que lo procedente es efectuar una valoración conjunta y razonada de todas las pruebas; que así entendida, no puede considerarse que la presunción de veracidad de las actas implique una inversión de la carga de la prueba; y en fin, asimismo se remarca la posibilidad de que las infracciones se acrediten a través de la prueba de presunciones cuando entre los hechos demostrados y el incumplimiento que se quiere probar haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC). De hecho, en atención a esta última posibilidad, la Sentencia confirma la infracción sancionada en el supuesto, consistente en la apreciación de connivencia entre trabajador y empresario para la obtención indebida de prestaciones de desempleo (actual art. 26.3 LISOS); y ello por cuanto, aplicando la lógica de las presunciones, la existencia de este ilícito puede concluirse a partir de los siguientes hechos probados que concurren en el caso: extinción voluntaria de una primera relación laboral, posterior celebración de contrato temporal cuyas razones de mercado se desconocen y que se celebra en una empresa que antes y después de su firma sólo contaba con otro trabajador, y asimismo, asignación de una retribución notoriamente excesiva en relación a la actividad desplegada y a la remuneración del otro trabajador, y cuyas altas bases de cotización coinciden con las que disfrutaba en la anterior empresa; circunstancias todas ellas de las que se obtiene la conclusión de que la cotización derivada del contrato temporal celebrado no correspondía a un trabajo real y efectivo, sino a la finalidad de igualarse a las cotizaciones anteriormente satisfechas, a fin de obtener una elevada prestación de desempleo.

Alguna de las anteriores afirmaciones sobre el carácter restrictivo que debe otorgarse a la presunción de certeza se pone también de relieve en la doctrina judicial del orden social: es el caso de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 3254, Sala Social, en la que partiendo de la base de que esta eficacia sólo es atribuible a los hechos directamente percibidos por el Inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en el acta, al final se acaba negando presunción de veracidad al acta de infracción enjuiciada en tanto que, de un lado, la visita de la Inspección se giró a la empresa tres meses después de que acaeciera el accidente, y de otro lado, los hechos relatados se obtienen a partir de las manifestaciones de un testigo presencial, del que no consta en el acta el exacto alcance de sus declaraciones.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Empleo y prestaciones de desempleo

En el terreno de los incumplimientos sobre empleo, hay que hacer referencia a la **STS de 17 de abril de 2001** (recurso de casación para unificación de doctrina núm. 6510), Sala Tercera, por la que se anula una resolución sancionadora recaída sobre una empresa de seguridad que había venido disfrutando indebidamente de reducciones de cuotas a la Seguridad Social, en virtud de la formalización en 1990 de contratos de trabajo en prácticas suscritos con trabajadores con el título de vigilantes jurados (actual art. 16.3 LISOS). En su decisión, la Sala tiene en cuenta que, en el momento de celebrarse tales contratos, ni la Administración ni la jurisprudencia habían mostrado un criterio pacífico sobre la validez del título de vigilante jurado para contratar trabajadores en prácticas, no siendo hasta el año 1992 cuando el propio Tribunal Supremo aclaró definitivamente la inadecuación de este título para concertar tales contratos. Por ello, la Sentencia concluye que, si bien la empresa está obligada a devolver los beneficios percibidos, no procede en cambio la imposición de la sanción administrativa, por cuanto en su actuación no se aprecia la existencia de culpabilidad. Como explica el Tribunal, en atención a las posturas contradictorias que inicialmente había sobre la suficiencia de la titulación:

> "es claro, que 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, y siendo ello así, si bien el uso indebido del título de Vigilante Jurado, podía generar, como así ocurrió, la devolución de los beneficios por ellos percibidos, esa sola circunstancia no podía generar además la imposición de la sanción a que la litis se refiere, pues no es sólo que no concurra en la actuación de la empresa culpabilidad alguna sino que además legítimamente podía entender que actuaba adecuadamente".

Más abundantes han sido los pronunciamientos emitidos en el período en relación a los incumplimientos sobre prestaciones de desempleo. Uno de ellos es la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de noviembre de 2000,** I.L. J 2634, Sala Social, por la que se confirma la sanción impuesta a una perceptora del subsidio de desempleo que no había comunicado que las rentas percibidas por pensión de viudedad eran superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del SMI (art. 215.1 LGSS). Sobre esta cuestión entiende el Tribunal que en el cómputo de tales rentas ha de incluirse tanto la cantidad estricta de la pensión, como el complemento por mínimos, de tal forma que, si conforme a este criterio se supera el tope legal, falta ya el requisito básico para tener derecho al subsidio y, en consecuencia, huelga entrar a considerar la renta promediada de la unidad familiar.

Otras dos sentencias contribuyen a perfilar el alcance del ilícito tipificado en el actual art. 17.2 LISOS, consistente en el rechazo de una oferta adecuada de empleo y sancionado con la extinción de las respectivas prestaciones por desempleo. De una parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2000,** I.L. J 2656, Sala Social, delimita la doble conducta –expresa o tácita– que resulta encuadrable dentro del término "rechazo":

> "[debe] entenderse por rechazo no sólo la expresa negativa del trabajador a aceptar el puesto de trabajo adecuado a sus conocimientos y habilidades que se le ofrece; sino también aquellas conductas que, no constituyendo una negativa manifiesta, tiendan a crear una situación o estado de ánimo que conduzcan a que el empresario desista de contratar al trabajador".

Aplicando este criterio al caso enjuiciado, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ratifica la resolución sancionadora, al estimar que estamos ante este segundo tipo de rechazo tácito, puesto que el trabajador, si bien no rechaza expresamente el trabajo ofrecido, ya en la entrevista con el empresario y aun antes de conocer las condiciones del trabajo, empieza manifestando que padece ciertos problemas de salud –no acreditados– que en breve le dificultarán la disponibilidad y asistencia al trabajo, induciendo así al empresario a prescindir de dicho trabajador y contratar a otro, hasta el punto de que el propio empresario indica en su comunicación que el trabajador "no muestra interés en trabajar".

Por su parte, poniendo el acento en la adecuación del ofrecimiento, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de septiembre de 2000,** I.L. J 2819, Sala Social, precisa que no es sancionable, por no tratarse de una oferta de empleo "adecuada", la negativa a aceptar una propuesta claramente ilegal como la que se produce en el supuesto, en que el empresario ofrece concertar un contrato a tiempo parcial de cinco horas cuando en verdad la jornada laboral sería de ocho horas, con obligación de trabajar sábados y domingos en caso de pedidos. Tal y como expresa el propio Tribunal:

> "la conducta sancionable (…) es 'rechazar oferta de empleo adecuada' y ciertamente no es adecuada la oferta de empleo que se hizo a la actora, consistente en laborar (…), suscribiendo contrato a tiempo parcial para trabajar a jornada completa, oferta que resulta a todas luces ilegal por llevar implícita la intención de conculcar los artículos 100.1, 106.1 y 109.1 de la LGSS y que de ser aceptada por los trabajadores, implicaría para ellos, renuncias de derechos, proscrita por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que no ha incurrido la trabajadora en conducta sancionable y si alguien merece sanción no son los trabajadores en circunstancias de la actora, sino las empresas que ofrecen contratos fraudulentos, lo que no sólo supone conculcar derechos de los trabajadores sino los de todos, mediante la defraudación a la Seguridad Social".

Finalmente, en relación a esta clase de infracciones, sólo resta volver a señalar dos consideraciones ya puestas de relieve en epígrafes anteriores: la competencia del INEM para revisar la concesión de prestaciones de desempleo cuando éstas se disfruten incorrectamente [(**STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3239, Sala Social, *supra* 3.A)], y también la posibilidad de que la connivencia entre empresario y trabajador para la obtención indebida de estos beneficios se acredite a través de la prueba de presunciones [(**STS de 23 de abril de 2001,** recurso de casación núm. 6230/1995, Sala Tercera, *supra* 3.B)].

b) Migración y trabajo de extranjeros

En relación a estos ilícitos, dos sentencias insisten en un criterio ya destacado en crónicas anteriores: en concreto, con ocasión de sendos procesos de oficio a propósito de utilización de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 37.1 LISOS), la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de septiembre de 2000,** I.L. J 2500, y la **STS de 23 de noviembre de 2000,** I.L. J 2618, ambas de la Sala Social, subrayan que, en este tipo de infracciones, la nulidad del contrato de trabajo por falta de capacidad de una de las partes no es obstáculo para declarar la existencia de relación laboral, pues, de no entenderse así, nunca se podría imponer sanción administrativa a las empresas que incurrieran en tal incumplimiento y en consecuencia quedaría vacío de contenido el precepto tipificador de la LISOS.

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
Amparo Esteve Segarra

XII. EL PROCESO LABORAL

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Puestos de trabajo. Declaración judicial de su penosidad o peligrosidad. B) Indemnización de daños y perjuicios. Pérdida de vehículo. C) Trabajador, socio minoritario y vocal del Consejo de Administración. D) Reportero gráfico de prensa. E) Seguridad Social. Reintegro de prestación IT. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Administradores sociales. Responsabilidad. B) Accidente de trabajo. Defectuosa asistencia sanitaria. C) Administrador social que ostenta el 33 por ciento del capital social. D) Profesora de academia. **4. Conciliación extrajudicial y reclamación previa. 5. Demanda.** A) Acciones declarativas. B) Extemporaneidad de demanda de error judicial. El mes de agosto es hábil. C) Defectos. **6. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. B) Falta de legitimación pasiva. C) Falta de litisconsorcio pasivo necesario. D) Inadecuación de procedimiento. E) Caducidad. F) Prescripción. G) Litispendencia. H) Cosa juzgada. **7. Práctica de la prueba.** A) Denegación de pruebas. B) Prueba documental. Documentos en lengua extranjera. C) Pericial Médica. D) Valoración de la prueba. E) Diligencias para mejor proveer. **8. Sentencia.** A) Aclaración de sentencia. Límites. B) Incongruencia omisiva. C) Hechos probados. **9. Audiencia al rebelde. Inadecuación de procedimiento. 10. Incidente de Nulidad de Actuaciones. 11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. Requisitos para su eficacia. B) Incapacidad Temporal. **12. Recurso de suplicación.** A) Conflicto Colectivo. Ejecución provisional. B) Revisión de hechos probados. Impugnación del grado de invalidez. C) Legitimación para su interposición. D) Interposición defectuosa. E) Afectación general. **13. Recurso de casación.** A) La falta de conciliación previa no constituye motivo casacional. **14. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Infracciones procesales. B) Interposición defectuosa. C) Hechos probados. Incapacidad Permanente Total. **15. Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta. 16. Ejecución de sentencia.** A) Despido. a) Readmisión. b) Ejecución provisional. c) Salarios de tramitación. d) Derecho de opción. B) Reintegro de prestaciones por desempleo. Cuestión incidental. C) Ejecución separada. D) Ámbito de la ejecución. E) Intereses. F) Prescripción. **17. Costas. 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 13 a 16 de 2000 (ambos inclusive) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Puestos de trabajo. Declaración judicial de su penosidad o peligrosidad

La **STS de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 2961, Sala Tercera, establece que la jurisdicción social es la competente para pronunciarse, tanto sobre el derecho de los trabajadores a percibir el plus de penosidad o peligrosidad, como sobre la declaración del carácter de penoso o peligroso de un puesto de trabajo.

B) Indemnización de daños y perjuicios. Pérdida de vehículo

En un supuesto referido a una trabajadora de una Administración Pública que sufrió un accidente de tráfico cuando regresaba a su trabajo para continuar la jornada laboral, la **STSJ de Valencia de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2874, considera que es competente la jurisdicción social para conocer de los daños y perjuicios contra dicha Administración por la pérdida total del vehículo.

C) Trabajador, socio minoritario y vocal del Consejo de Administración

La **STS de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2601, Sala Cuarta, declara que el mero hecho de ostentar un puesto como vocal en el Consejo de Administración no es excluyente de la relación laboral. Se declara así la competencia de la jurisdiccional social para conocer de la terminación del contrato de trabajo de un empleado, socio minoritario de su empleadora, que desempeñaba simultáneamente el puesto de vocal en su Consejo de Administración.

D) Reportero gráfico de prensa

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 2637, declara laboral la relación existente entre un reportero gráfico y un periódico, al entender que el reportero realizaba las fotografías "(...) atendiendo a precisas indicaciones temáticas o de objeto de la empresa (...)", la cual tenía "(...) la facultad de seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le interesan (...)", adquiriendo así el principal resultado del trabajo.

E) Seguridad Social. Reintegro de prestación IT

La **STSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2509, declara la nulidad de actuaciones de la sentencia de instancia que estimaba la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Ministerio Fiscal, al considerar que la devolución de la prestación, para lo que debe evaluarse si se producen los requisitos del devengo, no es un mero acto de gestión recaudatoria, siendo competente la jurisdicción social y no la contencioso-administrativa.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Administradores sociales. Responsabilidad

La **STSJ de Galicia de 27 de noviembre de 2000,** I.L. J 2704, acoge la reiterada doctrina jurisprudencial que señala que el Orden Jurisdiccional Social no es competente para conocer de la responsabilidad exigida a los administradores con base en los artículos 133 y 262.5 de la LSA.

B) Accidente de trabajo. Defectuosa asistencia sanitaria

La **STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2533, declara que la jurisdicción social es incompetente para pronunciarse sobre la indemnización de daños y perjuicios solicitada a una Mutua por un empleado de una empresa cliente de aquélla, por la defectuosa asistencia sanitaria prestada a raíz de un accidente de trabajo.

C) Administrador social que ostenta el 33 por ciento del capital social

La **STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000,** I.L. J 3205, declara que no puede considerarse trabajador por cuenta ajena al administrador social que ostenta el 33 por ciento del capital social, declarando la incompetencia de los tribunales del orden social para conocer de la reclamación de salarios presentada por dicho administrador.

D) Profesora de academia

La **STSJ de Murcia de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3199, analiza en detalle las circunstancias que concurrían en la prestación de servicios por parte de una profesora para una academia de inglés, entendiendo la no existencia de relación laboral entre las partes en base, entre otros argumentos, a que la demandante gozaba de total libertad de criterio en la impartición de sus clases y cobraba una cantidad variable dependiendo de lo recaudado a los alumnos.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y RECLAMACIÓN PREVIA

La **STSJ de Valencia de 6 de noviembre de 2000,** I.L. J 3098, declara que, ante la denegación en vía administrativa de la reclamación previa, cabe reiterar la petición, esto es, interponer otra reclamación previa siempre y cuando el derecho de fondo no esté prescrito o caducado. Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 2943, declara la nulidad de actuaciones en un proceso en el que se amplió la demanda contra determinados organismos públicos sin haber interpuesto la correspondiente reclamación previa, al ser éste un requisito obligatorio que el juez *a quo* debió advertir para su subsanación antes de celebrar el acto de la vista. La **STSJ de Valencia de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2884, aprecia que el intento de conciliación extrajudicial cumplió los fines de la reclamación previa, aunque no fuera una vía adecuada por ser de carácter público la entidad demandada.

5. DEMANDA

A) Acciones declarativas

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2000,** I.L. J 2458, analiza la viabilidad de un conflicto colectivo que pretende se declare la infracción de un convenio colectivo al haberse modificado por la empresa demandada la denominación de un complemento salarial. Se desestima el recurso por entender que la pretensión ejercitada carece de interés actual, razonando que una acción de naturaleza declarativa debe tener por objeto:

> "(...) una utilidad o efecto práctico de la pretensión de carácter inmediato (...) sin que sea suficiente un mero interés preventivo o cautelar (...) puesto que la función de los órganos jurisdiccionales es la de resolver litigios, y no la de disipar dudas o evacuar consultas (...)".

La sentencia se fundamenta en el criterio del TS, citando por todas la STS de 3 de marzo de 2000. Asimismo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de septiembre de 2000,** I.L. J 2817, desestima la acción interpuesta por un trabajador con el fin de que determinados períodos de prestación de servicios se entendieran como períodos cotizados "(...) para el hipotético supuesto de que en su día, cuando se jubile, no le sean reconocidos como cotizados esos períodos de tiempo (...)". Se declara una vez más la imposibilidad de interponer acciones que sólo tengan un fin preventivo y cautelar y no un interés concreto y actual.

B) Extemporaneidad de demanda de error judicial. El mes de agosto es hábil

La **STS de 28 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2805, analiza una demanda de error judicial contra una sentencia dictada en suplicación. Sin perjuicio de muchas otras consideraciones que llevan a desestimar dicha demanda, la misma es inadmitida por ser

extemporánea, al haberse interpuesto una vez transcurrido el plazo inexcusable de tres meses establecido en el artículo 293 LOPJ, toda vez que el mes de agosto es hábil a estos efectos "(...) Porque el plazo para interponer la demanda de error tiene entidad sustantiva y no procesal (...)".

C) Defectos

La **STSJ de Valencia de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2872, declara la nulidad de actuaciones, por cuanto el juez *a quo* debió solicitar subsanación a la parte actora para constituir de forma correcta la relación jurídico-procesal en una situación de litisconsorcio pasivo necesario, en vez de absolver en la instancia al grupo empresarial codemandado. Del mismo modo, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de diciembre de 2000,** I.L. J 3120, declara la nulidad de actuaciones en una demanda de oficio a instancias de la Autoridad Laboral, a la que se debió requerir de subsanación antes de su admisión a trámite. De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 3 de octubre de 2000,** I.L. J 2466, decreta la nulidad de actuaciones desde el momento de admisión a trámite de una demanda en reclamación de cantidades, en la que no se concretaban los períodos de tiempo y cantidades reclamadas.

6. EXCEPCIONES

A) Falta de legitimación activa

La **SAN de 9 de octubre de 2000,** Sala de lo Social, I.L. J 2506, desestima la excepción de falta de legitimación activa de los Sindicatos en un procedimiento de impugnación de convenio colectivo. Razona la SAN que cualquier Sindicato tiene legitimación para impugnar un convenio colectivo que, a su entender, conculca la legalidad vigente, con independencia del ámbito de su eficacia. Igualmente, la **SAN de 19 de septiembre de 2000,** Sala de lo Social, I.L. J 2486, declara la legitimación activa de los Sindicatos para plantear la impugnación de un convenio colectivo de ámbito empresarial, aunque éste lo hubieran negociado y firmado las secciones sindicales. En el mismo sentido se pronuncia la **SAN de 30 de noviembre de 2000,** Sala de lo Social, I.L. J 3097.

B) Falta de legitimación pasiva

La **SAN de 11 de octubre de 2000,** Sala de lo Social, I.L. J 2505, declara la falta de legitimación pasiva de determinados Sindicatos en un procedimiento de impugnación de convenio colectivo, por cuanto sólo estarán pasivamente legitimadas las representaciones integrantes de la Comisión Negociadora de dicho convenio; en el caso enjuiciado, el convenio colectivo fue negociado por las Secciones Sindicales y no por los Sindicatos bajo cuyas siglas actúan aquéllas.

C) Falta de litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2534, analiza en suplicación una reclamación interpuesta contra una comunidad de bienes. La sentencia de instancia no entró en el fondo debatido, acogiendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. El TSJ confirma dicha sentencia, declarando que:

> "(...) el legislador laboral reputa empresario a la comunidad de bienes perceptora de la prestación de servicios (...), lo que diluye cualquier duda sobre la necesidad de llevar a juicio sobre responsabilidad empresarial a los componentes de aquélla (...)".

En idéntica materia, pero en proceso de conflicto colectivo, la **STS de 15 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2760, desestima dicha excepción alegada con el objeto de traer al pleito a los trabajadores, al declarar que en este procedimiento "(...) sólo pueden ser parte los sujetos colectivos, no los trabajadores individualmente considerados, aunque sobre ellos puedan proyectarse los efectos de la sentencia colectiva (...)". En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 22 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2795. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2000,** I.L. J 3033, entiende que ha de traerse a juicio a la empresa para la que la actora prestaba servicios, en un procedimiento sobre prestación de maternidad en el que el INSS deniega la prestación por no encontrarse la actora en alta en el momento de causar derecho a la prestación.

D) Inadecuación de procedimiento

El Presidente de un Comité de Empresa interpone reclamación con el objeto de que se declare el derecho de los trabajadores a disfrutar de sus vacaciones en un determinado período de tiempo. Tanto el Juzgado *a quo* como la **STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2573, declaran la inadecuación del procedimiento, por cuanto las discrepancias relativas a la fecha de disfrute de las vacaciones deben resolverse mediante la modalidad procesal específica establecida en el artículo 125 de la LPL. De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 6 de octubre de 2000,** I.L. J 2468, declara la inadecuación del procedimiento ordinario sobre reintegro de prestaciones interpuesto por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales contra la empresa y el INSS. La Mutua fue condenada en procedimiento anterior junto con la empresa, habiendo satisfecho aquélla las correspondientes prestaciones en virtud del principio de automaticidad de las mismas. La STSJ declara que para la satisfacción de esta pretensión debe acudirse al cauce de ejecución de sentencia del procedimiento anterior.

E) Caducidad

La **STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2000,** I.L. J 2529, analiza la excepción de caducidad alegada contra un conflicto colectivo que impugna una práctica empresarial de

varios años de vigencia; se estima la caducidad de la acción con fundamento en la doctrina unificada del TS (STS de 29 de mayo de 1997):

> "(...) en el sentido de que la excepción de caducidad que se regula en el art. 59.4 LET en relación con el art. 138.1 LPL no sólo es aplicable al ejercicio de la acción individual de impugnación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo sino también al ejercicio de tal acción por los cauces del conflicto colectivo (...)".

También de forma indubitada se pronuncia a este respecto la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 2992, estimando la caducidad. De otro lado, la **STS de 30 de noviembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2631, declara que la utilización inadecuada del trámite de conciliación en lugar del de reclamación administrativa en un procedimiento por despido contra un organismo autónomo, constituye una mera irregularidad que no impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no existiendo por tanto caducidad de la acción (se cita, entre otras, la STS de 28 de junio de 1999). La **STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2000,** I.L. J 3037, estima la caducidad de la acción por despido interpuesta contra un organismo público (AENA) en un supuesto en el que tras interponer reclamación previa, transcurrió un mes sin que se dictara resolución; dicho plazo suspende el de caducidad, por lo que no pueden volverse a contar otra vez los 20 días desde que finaliza ese plazo de un mes sin respuesta a la reclamación previa. Asimismo, es estimada la excepción de caducidad en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 2972: el plazo para accionar por despido no se suspende por la interposición de otra demanda a instancias de la empresa, por cuanto "(...) Los supuestos de suspensión no son otros que la solicitud de conciliación ante el servicio correspondiente o la presentación de la reclamación administrativa previa (...)".

F) Prescripción

La acción para reclamar a la Seguridad Social prestaciones a tanto alzado o cantidades completas reconocidas globalmente prescribe a los cinco años; el plazo de tres meses al que se refiere igualmente el artículo 43.1 de la LGSS no es un plazo de prescripción sino una limitación temporal de efectos que se refiere exclusivamente a prestaciones que consisten en el pago periódico de una pensión. Así lo ha declarado la Sala Cuarta, en **STS de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 2756.

G) Litispendencia

En un procedimiento por despido, la **STS de 21 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2792, desestima la excepción de litispendencia en relación con un proceso anterior pendiente de sentencia firme en el que el mismo demandante había solicitado la extinción del contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 del ET.

H) Cosa juzgada

La función positiva de la cosa juzgada es declarada en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2652, dictada en materia de prestaciones por desem-

pleo, teniendo en consideración que en un proceso anterior por despido se declaró como probado un determinado período de antigüedad en la empresa; la sentencia razona que no siendo posible cuestionar la veracidad de los hechos probados en el proceso anterior, éstos "(...) han de condicionar la decisión que se adopte en el presente proceso (...)". Este criterio es también acogido en la **STS de 26 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2800, en un procedimiento en el que los actores pretendían el mantenimiento de un alta de oficio en el RGSS, cuando en sentencia firme dictada en procedimiento anterior por despido se declaró la inexistencia de relación laboral entre los actores y la presunta empleadora. También estiman la existencia de cosa juzgada la **STSJ de Cantabria de 27 de diciembre de 2000,** I.L. J 2999 y la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2000,** I.L. J 3179, esta última acudiendo a una interpretación jurisprudencial más flexible sobre la materia. Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de junio de 2000,** I.L. J 2478, desestima la cosa juzgada que fue acogida en la instancia en un proceso de reconocimiento de invalidez permanente:

> "(...) no opera la cosa juzgada material cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la primera decisión judicial, al estar condicionada la situación del presunto beneficiario, tanto por la evolución de sus dolencias y limitaciones como por las circunstancias de afiliación, alta y cotización (...)".

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Denegación de pruebas

La **STSJ de Cantabria de 24 de octubre de 2000,** I.L. J 2511, considera que rechazar injustificadamente la práctica de pruebas, que además estaban encaminadas a constatar extremos que pueden ser fundamentales respecto de la cuestión litigiosa, determina su nulidad al vulnerarse el derecho fundamental de las partes de poder valerse en juicio de los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 CE). La **STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2000,** I.L. J 3054, estima que procede la nulidad de actuaciones al no haberse practicado la prueba documental debidamente propuesta y admitida oportunamente por el juez de instancia, produciéndose la indefensión de los actores. La **STSJ de Valencia de 27 de septiembre de 2000,** I.L. J 2843, estima que se produce indefensión cuando una vez admitida la prueba testifical por el juzgado, en el acto de juicio se deniega su práctica alegando "incredibilidad subjetiva"; esta valoración no puede tener lugar con anterioridad a la efectiva práctica de dicha prueba. Por su parte, la **STSJ de Galicia de 27 de diciembre de 2000,** I.L. J 2703, considera que se produce indefensión de los demandados al no practicarse una prueba testifical: los actores propusieron dicha práctica en tiempo y forma, y la misma fue admitida de conformidad con el artículo 90 de la LPL; tras la citación de los testigos se solicitó practicar su interrogatorio en el domicilio de los mismos por razones de enfermedad. El TSJ considera que no procede denegar dicha prueba con fundamento en que la solicitud de práctica en el domicilio se hubiera presentado fuera del plazo previsto en el artículo 90 LPL. La **STSJ de Asturias de**

22 de diciembre de 2000, I.L. J 2982, considera que la denegación de la prueba testifical de cuya preparación no se había preocupado el recurrente, no le causa indefensión, y que poco puede hacer el juez *a quo* a excepción de proveer mejor el pleito con dicho testimonio, resultando esta facultad, sin embargo, absolutamente discrecional e infiscalizable por la Sala.

B) Prueba documental. Documentos en lengua extranjera

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2861, estima el recurso de suplicación presentado por la entidad gestora, al haberse concedido al demandante una pensión de invalidez sobre la base de una documentación decisiva para el pleito redactada en francés y en flamenco, pero no en castellano de conformidad con lo dispuesto en el artículo 601 de la LEC, habiendo solicitado además la entidad gestora su traducción en el juicio oral.

C) Pericial Médica

La **STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2567, considera insuficiente la manifestación realizada por el juzgador de instancia afirmando que la prueba pericial tiene mayor rigor que el informe de la UVMI, ya que se realiza en el acto del juicio bajo los principios de inmediación y contradicción. Citando, entre otras, las SSTS de 24 de marzo de 1995 y de 18 de marzo de 1997, la Sala subraya que:

> "(...) los dictámenes procedentes de órganos o departamentos especializados (...) ofrecen garantías de imparcialidad y competencia que no los sujetan de modo estricto a las reglas propias de otras pruebas periciales (...)", concluyendo "que la pericial más apropiada es aquella que está dotada de mejores fundamentos y mayores razones científicas".

Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2654, afirma que existiendo diversos informes periciales contradictorios, corresponde su valoración al juez a quo conforme a las reglas del artículo 623 LEC, sin que la Sala pueda sustituir este criterio de valoración por el suyo propio.

D) Valoración de la prueba

La **STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2000,** I.L. J 2556, concluye que no se produce indefensión en los supuestos en los que como aduce el recurrente, se produce una valoración equivocada pero suficiente de la prueba practicada, ya que –como tiene declarado la STC 26/1993– la valoración de las pruebas corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, sin que quepa entrar a examinar cómo se ha producido la citada valoración.

E) Diligencias para mejor proveer

Se produce indefensión de la parte actora a la que no se dio traslado de la prueba practicada para mejor proveer, sobre la base de la cual se deniega la pretensión objeto del pleito. Así se pronuncia la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2431.

8. SENTENCIA

A) Aclaración de sentencia. Límites

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2000,** I.L. J 3007, declara la nulidad de pleno derecho del auto de aclaración de sentencia dictado por el juez *a quo*, al no limitarse a corregir un error material, sino que, atendiendo a nuevas argumentaciones de una de las partes –acompañadas con nuevos documentos– procede a cambiar un punto sustancial de la parte dispositiva de la sentencia.

B) Incongruencia omisiva

La **STSJ de Valencia de 27 de septiembre de 2000,** I.L. J 2845 (con cita de las SSTC 136 (1998 y 113 (1999), recuerda que para que se produzca incongruencia omisiva es necesario que: (i) el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes y (ii) la vía procesal utilizada sea la que el ordenamiento establece, lo que no ocurre en el supuesto de autos. Por su parte, la **STS de 29 de noviembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2627, desestima la incongruencia omisiva alegada por el recurrente: produciéndose una desestimación completa de la demanda, se desestima asimismo toda pretensión aducida, sin que sea necesaria una contestación explícita y pormenorizada de todas las alegaciones realizadas. Si se produce incongruencia omisiva, cuando la sentencia de instancia no contiene ninguna manifestación relativa a la demanda reconvencional formulada, según declara la **STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2000,** I.L. J 2544.

C) Hechos probados

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2000,** I.L. J 2491, desestima el recurso interpuesto en relación con la insuficiencia de hechos probados y recuerda la jurisprudencia del TS –recogida en la STS de 17 de octubre de 1989–, por la que se establece que la inadecuada colocación de los hechos y fundamentos de derecho dentro de la estructura de la sentencia para nada afecta a la naturaleza de unos y otros, de suerte que son hechos probados no sólo los que figuran en el relato fáctico sino también los que estimados como tales, aunque así no se diga expresamente, constan en cualquier otro lugar de la sentencia. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de noviembre de 2000,** I.L. J 2894, recuerda que el mandato que impone el artículo 97.2 de la LPL, obliga al juzgador a consignar en relación con la probanza, no sólo aquellos hechos que posibiliten su sentencia, sino también los que posibiliten un pronunciamiento distinto del TSJ.

9. AUDIENCIA AL REBELDE. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La **STS de 19 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2775, confirma el criterio de la STS de 31 de enero de 2000, I.L. J 197, afirmando rotundamente que tras la entrada en

vigor de la Ley Orgánica 5/1997, la audiencia al rebelde ha recuperado su función tradicional y queda reservada a los supuestos en los que la notificación edictal de la sentencia se ha realizado en forma legal, quedando los supuestos de indefensión causados directamente por la irregularidad del emplazamiento reservados al incidente de nulidad de actuaciones, habiendo manifestado el legislador su voluntad de mantener en su pureza ambos cauces procesales en la nueva LEC (Ley 1/2000).

10. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3017, considera que procede la inadmisión del incidente de acuerdo con el artículo 240.3 LOPJ, ya que la sentencia objeto del incidente era susceptible de ser recurrida en casación, de lo que se informaba a la parte actora en la propia sentencia.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Ofrecimiento y depósito. Requisitos para su eficacia

La **STSJ de Baleares de 1 de diciembre de 2000,** I.L. J 3130, recuerda que la oferta de la indemnización en el acto de conciliación no tiene carácter transaccional, sino que se trata de una previsión legalmente tasada, por lo que habiéndose ofrecido el pago condicionadamente y a plazo, no pudo ser aceptado por el trabajador y no se entiende cumplido el requisito del artículo 56.2 ET, devengándose por tanto los correspondientes salarios de tramitación. Tampoco entiende cumplido el ofrecimiento de pago la **STSJ de Valencia de 11 de octubre de 2000,** I.L. J 2871, ya que el mismo se hizo en concepto de saldo, finiquito y liquidación total, lo que no resulta aceptable según la jurisprudencia del TS, que establece que el hecho de hacer una oferta global con saldo y finiquito supone condicionar la aceptación de la oferta relacionada con el contenido de la acción de despido, con lo que, no sólo se incumple la finalidad prevista en el precepto, sino que la oferta deviene abusiva y contraria a derecho. Por último, mediante la **STS de 26 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2802, se considera incorrecto el ofrecimiento y depósito de la indemnización y de los salarios de tramitación, en cuyo cálculo no se tuvo en cuenta los incentivos devengados por el empleado.

B) Incapacidad Temporal

La **STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2000,** I.L. J 2540, determina claramente que no procede el pago de salarios de tramitación a la trabajadora que se encuentra en situación de IT en el momento del despido, pues la naturaleza de tales salarios es la de reparar la ausencia de ingresos durante la tramitación del proceso, siendo incompatibles la percepción de IT y los salarios de tramitación. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2000,** I.L. J 2546.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Conflicto Colectivo. Ejecución provisional

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000,** I.L. J 2463, entra a valorar si la sentencia dictada en un proceso de conflicto colectivo debe ejecutarse provisionalmente resolviendo que, conforme a lo establecido en el artículo 302 de la LPL y según la doctrina jurisprudencial (por todas, SSTS de 23 de septiembre de 1997 y 21 de octubre de 1998), la cuestión así planteada no es susceptible de recurso de suplicación.

B) Revisión de hechos probados. Impugnación del grado de invalidez

En relación con esta cuestión y con cita de la STS de 16 de febrero de 2000, la **STS de 5 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2743, señala que la impugnación del grado de invalidez reconocido en la instancia no exige, en trámite de suplicación, la revisión de los hechos probados y su estimación.

C) Legitimación para su interposición

La **STSJ de Valencia de 5 de octubre de 2000,** I.L. J 2868, haciendo referencia a la doctrina del TS (entre otras, STS de 26 de abril de 1999), declara que no goza de legitimación para interponer recurso de suplicación quien fue absuelto en instancia "(...) de modo que sólo el perjuicio genera interés (...)".

D) Interposición defectuosa

Conforme establece la **STSJ de Asturias de 29 de noviembre de 2000,** I.L. J 2924, debe inadmitirse el recurso presentado cuando el recurrente se limita a exponer una serie de consideraciones de hecho sin mención expresa de las sentencias cuya doctrina se anuncia como infringida, por cuanto, en tal caso, el recurso no cumple con las exigencias impuestas por el artículo 194.2 LPL. En este mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Asturias de 29 de septiembre de 2000,** I.L. J 2925. Igualmente, las **SSTSJ de Galicia de 7 y 18 de diciembre de 2000,** I.L. J 3060 y 3072, inadmiten los recursos presentados por considerar que en ambos casos existía una interposición defectuosa, poniendo de manifiesto que "(...) el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso para acceder al sistema judicial que en las sucesivas (...)".

E) Afectación general

Como tiene dicho la STS de 29 de junio de 1998, para determinar la existencia de afectación general, ésta debe de ser alegada y probada en juicio, y en caso contrario, poseer un contenido de generalidad o de notoriedad, en la medida que la notoriedad dispensa

de prueba pero no de alegación. En esta línea se manifiesta la **STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000,** I.L. J 2948. Respecto de esta misma cuestión, el **Auto del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3234, entiende que ha tenerse por notoria tal afectación cuando la pretensión se fundamenta en el previo contenido de una sentencia dictada en conflicto colectivo. Por su parte, la **STSJ de La Rioja de 26 de diciembre de 2000,** I.L. J 3229, resulta interesante al hacer un amplio recorrido por la doctrina jurisprudencial respecto de la consideración del concepto de afectación general.

13. RECURSO DE CASACIÓN

A) La falta de conciliación previa no constituye motivo casacional

La **STS de 22 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2795, declara que la falta de conciliación previa no constituye motivo casacional en la vigente LPL, ya que:

> "(...) no resultaba lógico y era contrario a la economía procesal anular en un recurso extraordinario el proceso para iniciar un trámite administrativo previo que ya había demostrado su inutilidad como medio de evitación de aquél (...)".

14. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Infracciones procesales

Tal y como precisa tanto la STS de 21 de marzo de 2000 (recurso 2260/1999), como el Auto del TS de 31 de mayo de 2000 (recurso 2423/1999), las infracciones procesales en este extraordinario recurso están condicionadas por la existencia de una verdadera contradicción que haya sido puesta de manifiesto por la parte, sin que estas infracciones puedan apreciarse de oficio, ni a instancia de parte si ésta no acredita la contradicción. Así se manifiesta la **STS de 21 de noviembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2612, dictada en Sala General. Ha de hacerse notar que a esta sentencia se formuló voto particular por cinco magistrados de la Sala.

B) Interposición defectuosa

La **STS de 28 de noviembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2623, ha considerado que el hecho de que el convenio colectivo sobre el que se ha fundamentado de forma principal el recurso no aparezca incorporado a los autos, no haya sido publicado en el BOE, y ni siquiera haya sido identificado de forma que se pudiera determinar la fecha y el medio de publicación, debe llevar a concluir que dicho recurso no puede estimarse ante la falta de identificación de la norma infringida. En este mismo sentido se manifiesta la **STS de 15 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2762, al señalar que:

> "(...) el escrito de formalización del recurso adolece del defecto insubsanable de haberse omitido la preceptiva relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada (...)".

C) Hechos probados. Incapacidad Permanente Total

La **STS de 26 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2799, entiende que aunque permanezcan inalterados los hechos probados de la resolución de instancia, el TSJ puede examinar si es correcta o no la calificación efectuada en esa resolución.

15. RECURSO DE REVISIÓN. MAQUINACIÓN FRAUDULENTA

Conforme a lo establecido con anterioridad en STS de 21 de julio de 1998, la **STS de 31 de octubre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2603, manifiesta que:

> "(...) la no realización por los actores de la operación de consulta al Registro Mercantil, no supone siempre, necesariamente al margen de cualquier otra circunstancia, una maquinación fraudulenta llevada a cabo dentro del proceso por el litigante (...)".

Respecto de esta cuestión, la **STS de 19 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2778, resalta el hecho de que la falta de actuación investigadora del domicilio del demandado por parte del Juzgado, así como la falta de requerimiento alguno al trabajador demandante para que suministrase otros posibles domicilios, pudo haber generado indefensión para la parte demandada, si bien dicha circunstancia no es combatible a través del recurso de revisión. Por otra parte, la **STS de 20 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2787, recuerda que estar trabajando para otra empresa a los efectos de enervar el derecho a los salarios de tramitación, es una circunstancia que se debe alegar en el mismo procedimiento de despido y no mediante recurso de revisión.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Despido

a) Readmisión

La **STSJ de Asturias de 3 de noviembre de 2000,** I.L. J 2589, entiende que la obligación de readmitir del empresario no implica un derecho del trabajador a ocupar puesto distinto o a alterar las condiciones previgentes.

b) Ejecución provisional

Tal y como señala la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2000,** I.L. J 2462, no cabe recurso de suplicación contra el auto resolviendo recurso de reposición en ejecución provisional de despido.

c) Salarios de tramitación

Según la **STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** I.L. J 2538, no procede el descuento de los salarios de tramitación por colocación del demandante, por cuanto la empresa ejecutada no actuó diligentemente en la medida que ni planteó la existencia de esa colocación en el curso del juicio, ni impugnó aquella sentencia. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 2969, exige que la empresa demandada pruebe ese otro trabajo del trabajador despedido, así como el importe de lo percibido en el otro empleo, sin que sea suficiente la mera alegación de la prestación de servicios para otra empresa.

d) Derecho de opción

Los requisitos de tiempo y forma relativos al ejercicio del derecho de opción por parte del empresario en caso de despido son analizados en la **STSJ de Extremadura de 29 de diciembre de 2000,** I.L. J 3088: el depósito de la indemnización en el Juzgado a favor del trabajador no puede ser considerado como ejercicio de dicha opción.

B) Reintegro de prestaciones por desempleo. Cuestión incidental

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 octubre de 2000,** I.L. J 2857, admite que el reintegro de prestaciones por desempleo pueda acordarse en trámite de ejecución –incidente–, sin que exista inadecuación de procedimiento.

C) Ejecución separada

La **STS de 19 de diciembre de 2000,** Sala Cuarta, I.L. J 2777, unifica la doctrina y declara que la garantía de ejecución separada prevista en el artículo 32.5 ET, se refiere a los conceptos relacionados en los apartados anteriores, no siendo aplicables a tales efectos los límites que se prevén en tales apartados con relación a cuantía o tiempo.

D) Ámbito de la ejecución

La **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2921, deja sin efecto el auto de ejecución dictado por el Juzgado, por cuanto traspasaba los límites de la ejecutoria, no pudiéndose en ningún caso apremiar al condenado a más de lo que el proceso declarativo dejó ejecutoriado. Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3081, señala que tampoco es posible limitar la condena impuesta por sentencia firme.

E) Intereses

Como señala la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de noviembre de 2000,** I.L. J 2904, la falta de pago de las costas impuestas vuelve a generar nuevos intereses de demora. Respecto de la determinación de la fecha para el devengo de intereses procesales del artículo 921

LEC, la **STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3045, aclara que el *dies a quo* es la fecha de la sentencia recaída en la instancia.

F) Prescripción

La **STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2000,** I.L. J 3040, mantiene que el plazo para instar la ejecución de una sentencia contra la Administración Pública es de un año conforme establece la LPL, no resultando de aplicación a este caso el plazo de 5 años establecido en los artículos 44.2º y 46.1º del RD-L 1091/1988, de 23 de septiembre, para reclamar deudas al Estado.

17. COSTAS. BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Según consolidada doctrina del TS relativa a las Administraciones Públicas (muestra de este doctrina son las SSTS de 8 de julio, 2 y 26 de noviembre de 1993) los ayuntamientos no gozan del beneficio de justicia gratuita según se desprende de los artículos 68 y concordantes de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, por lo que cabe la imposición de costas. Así se pronuncian las **SSTSJ de Galicia de 19 de octubre de 2000,** y **TSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de julio de 2000,** I.L. J 2535 y 2728.

Lourdes Martín Flórez
Daniel Cifuentes Mateos
Sonsoles González Solís
Verónica Ollé Sese

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. El Comité de Seguridad y Salud. A) Obligación de constituirlo. **2. El delegado de prevención.** A) Designación: inaplicación del criterio de proporcionalidad. **3. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Naturaleza y aplicación. B) Determinación del nexo causal adecuado. C) La carga de la prueba. D) Imprudencia temeraria del trabajador: concepto. E) Contribución causal del trabajador. F) Presunción de veracidad de las actas de la inspección de trabajo. G) Determinación del porcentaje del recargo de prestaciones. H) Extensión de la responsabilidad a la empresa contratista. I) Inaplicación de la presunción de inocencia. **4. La responsabilidad contractual del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo.** A) Delimitación.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en los números 13 a 16 de 2000 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2428 a J 3265).

En cuanto al contenido de las Sentencias, las novedades respecto de anteriores análisis son escasas. En relación con el nombramiento del Delegado de Prevención se resalta la aplicación del criterio de especialización. Dentro del apartado del recargo de prestaciones, las principales aportaciones se encuentran en aspectos como el concepto de imprudencia temeraria o la carga probatoria.

1. COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

A) Obligación de constituirlo

La **STS de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 2964, FJ 1º, estudia la necesidad de constituir el Comité de Seguridad e Higiene cuando la empresa se dedica a actividades peligrosas, al amparo de lo dispuesto en el derogado Decreto 432/1971, de 11 de marzo. En él se establecía la obligación de crear este órgano en empresas de más de 100 trabajadores o cuando lo ordenase el Ministerio por la especial peligrosidad de las actividades empresariales. En este caso, la Administración ordenó, teniendo en cuenta los informes de la Inspección de Trabajo, su constitución. Esta decisión fue recurrida por la empresa al entender que no concurrían los requisitos de peligrosidad exigidos por la norma. El TS ratifica la sentencia de instancia basándose en la existencia de circunstancias objetivas, como posibles explosiones, quemaduras, traumatismos e intoxicación, que justifican la necesidad de crear este Órgano.

2. EL DELEGADO DE PREVENCIÓN

A) Designación: Inaplicación del criterio de proporcionalidad

La **STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000,** I.L. J 2551, FJ único, analiza un supuesto de designación de los delegados de prevención, al amparo de lo establecido en los arts. 35 y 38.2 LPRL. En el art. 35.2 se establece que los Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal; a su vez, en el art. 38.2 se fija que el Comité de Seguridad y Salud estará formado por los Delegados de Prevención de una parte, y por el empresario y o sus representantes en número igual al de los delegados de prevención. En ninguno de los dos preceptos se hace mención alguna del criterio que ha de seguirse a la hora de designar a los Delegados de Prevención.

La Sentencia analiza una demanda por violación de la libertad sindical interpuesta por el sindicato CTA por no aplicarse el principio de proporcionalidad a la hora de nombrar dichos delegados. El sindicato recurrente entiende que tiene derecho a contar con un delegado de prevención en el Comité de Seguridad y Salud, teniendo en cuenta los resultados de las elecciones sindicales. Sin embargo, el Tribunal rechaza la pretensión sindical basándose en que el nombramiento de estos representantes de los trabajadores constituye una de las excepciones al principio de proporcionalidad por la aplicación del principio de especialización que debe guiar su designación. Así, el Tribunal afirma:

> "Lo que la ley busca no es la proporcionalidad de cada Sindicato, sino la elección de los más idóneos al tener que limitarse su gestión a la materia de prevención de riesgos laborales."

3. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Naturaleza y aplicación

En la **STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2000,** I.L. J 2672, FJ único, se delimita la naturaleza y los requisitos del recargo de prestaciones. Así, en cuanto a su *naturaleza*, se subraya que el recargo tiene un carácter sancionador y resarcitorio de las lesiones sufridas por la ausencia de medidas de seguridad, lo que se traduce en un incremento de la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social. En este sentido se afirma que:

> "(…) tiene un eminente carácter sancionador, de lo que se deducen dos claras consecuencias, como son las de su aplicación restrictiva y su carácter, en principio, al menos intransferible, sólo imponible a la empresa infractora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

Por lo que se refiere a los *requisitos* que deben concurrir, la resolución judicial destaca cuatro aspectos:

> "A) La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que dé lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad Social. B) La falta de adopción de medidas de seguridad e higiene y salud laborales establecidas, de modo genérico o específico, en normas jurídico-públicas. C) La existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro. D) La existencia de un perjuicio causado por el siniestro."

También la **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2923, FJ 2º, insiste en el carácter sancionador del recargo y señala que, como consecuencia de ello, *no tiene una naturaleza objetiva,* ni se impone a la empresa por el mero hecho de haberse producido un accidente laboral, sino que es preciso que se pruebe la concurrencia de todas las circunstancias exigidas legalmente para que exista esa responsabilidad. En igual sentido se expresa la **STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2000,** I.L. J 2688, FJ único.

B) Determinación del nexo causal adecuado

De todos los requisitos recién señalados, el que más problemas plantea a la hora de determinar el recargo de prestaciones es la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro laboral y la conducta pasiva del empresario, consistente en el incumplimiento empresarial de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

Para que dicho nexo quedo roto y, por tanto, se excluya la responsabilidad empresarial, es necesario que concurra o bien fuerza mayor, caso fortuito o bien imprudencia temeraria del trabajador, sin que exista un incumplimiento por parte empresarial de la normativa aplicable. Para ello habrá que atender a las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empresario con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar un riesgo en la vida o salud de los trabajadores. Esta doctrina es conse-

cuencia de los arts. 4.2 y 19 del ET, del art. 15 CE, y de los arts. 1104 y 1902 del CC (**SSTSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2000,** I.L. J 2672, FJ único; del **TSJ de Castilla y León de 26 de septiembre de 2000,** I.L. J 2503, FJ 2º; del **TSJ de Aragón de 27 de noviembre de 2000,** I.L J 2585, FJ 2º; del **TSJ de Andalucía de 21 de julio de 2000,** I.L. J 2733, FJ 2º; del **TSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2000,** I.L. J 3044, FJ 2º y **de 21 de diciembre de 2000,** I.L. J 3051, FJ 5º).

C) Prueba

En la **STSJ de Aragón de 27 de noviembre de 2000,** I.L. J 2585, FJ 2º, se establece que, si bien en principio corresponde probar a quien reclama el recargo la existencia de una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, en esta materia se produce una inversión de la carga de la prueba, tal y como señaló este mismo Tribunal en su Sentencia de 19 de diciembre de 1998. Así:

> "la carga de la prueba de la eficaz protección o suficiente medida de seguridad, incumbe al empresario, porque la obligación de cuidado pertinente se le impone a él inicialmente, como creador del riesgo y responsable de la seguridad en la empresa, de modo que, dado el resultado fatal acaecido, se invierte la carga de la prueba (…) pudiera ser suficiente la medida de seguridad adoptada, si se demostrara que el accidente fue causado por imprudencia del propio trabajador, en grado bastante para evitar la eficaz protección de la empresa".

En este sentido, en la **STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2000,** I.L. J 2688, FJ único, se rechaza la imposición del recargo de prestaciones porque no queda acreditada suficientemente la omisión por parte de la empresa de las medidas de seguridad requeridas. En idéntico sentido se expresa la **STSJ de Asturias de 22 de septiembre de 2000,** I.L. J 2923, FJ 2º. Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2000,** I.L. J 3055, FJ 2º, estima la imposición del recargo ya que:

> "la empresa no ha acreditado que existiera prohibición alguna, que se hubieran comunicado las medidas en cuanto al movimiento de andamios o que lo hubiera prohibido expresamente (…) ése era el modo habitual de trabajo consentido por la empresa. Era misión suya prohibir, en su caso, tal actuación y de consentirla o asentir en ella, obligar al trabajador a asumir las medidas de seguridad adecuadas y que estuvieran a su disposición. La inhibición al respecto implica la asunción del riesgo y de la responsabilidad por el siniestro".

D) Imprudencia temeraria del trabajador: concepto

En la **STSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2000,** I.L. J 3103, FJ 6º, se declara que:

> "sólo la imprudencia temeraria, consistente en una forma de actuar en grave contradicción con la forma de proceder de una persona diligente, arriesgando la vida de forma cons-

> ciente e innecesaria, la que priva a dicha calificación del accidente como laboral, debiendo incluso la empresa velar por el previsible incumplimiento por el trabajador de las medidas adoptadas".

Para el Tribunal sólo esta imprudencia es la que rompe el nexo de causalidad, y no cuando media un simple descuido del trabajador o concurre un caso fortuito. Tampoco lo rompe la imprudencia simple ni la profesional del trabajador debida al exceso de confianza en la labor desarrollada.

E) Contribución causal del trabajador

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30, de octubre de 2000,** I.L. J 3190, FJ 11º, determina que existen los requisitos exigidos para la imposición del recargo y, por lo tanto, una omisión de las medidas de seguridad por parte de la empresa merecedora de sanción. Dicha responsabilidad empresarial no deja de existir porque exista una concausa, como es que el trabajador accidentado se distrajese en el momento de realizar el corte en la troza, ya que:

> "(…) la efectividad de las medidas preventivas deberán prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador".

F) Presunción de veracidad de las actas de la inspección de trabajo

En la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10, de noviembre de 2000,** I.L. J 3254, FJ 2º, estima el recurso contra la sentencia de instancia que desestimó la aplicación del recargo de prestaciones porque el Acta de la Inspección de trabajo no cumplió las exigencias previstas en el art. 22.b) del Decreto 1860/1975, de 10, de julio. En concreto, el Tribunal señala que:

> "(…) la presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo está limitada sólo a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector de Trabajo, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba (…) No reconociendo la presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, exigiéndose que el contendido de las actas determinen las circunstancias del caso y los datos que hayan tenido para su elaboración".

En este caso se negó la validez de las actas de la Inspección porque la visita del inspector se realizó tres meses después de que sucedieran los hechos; no consta la declaración del testigo y, en último lugar, porque las alegaciones vertidas por la recurrente sobre la persistencia del estado de cosas al tiempo de la actuación inspectora carecían de apoyo en el acta.

G) Determinación del porcentaje del recargo de prestaciones

En la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de noviembre de 2000,** I.L. J 3263, FJ 2º, se señala que para determinar el porcentaje del recargo hay que tener en consideración

las circunstancias concurrentes y su gravedad. En este caso concreto, el Tribunal entiende que la omisión de las medidas de seguridad reviste la suficiente gravedad como para imponer un recargo del 50 por ciento.

H) Extensión de la responsabilidad a la empresa contratista

En la **STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3155, FJ 5º, se ratifica la existencia de responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y la subcontratista en el pago del recargo de prestaciones, rechazando la alegación de la empresa subcontratista de que la responsabilidad solidaria había prescrito pues los plazos señalados en los arts. 60, y 42.2 ET habían sido interrumpidos y, por lo tanto, no cabe la prescripción.

I) Inaplicación de la presunción de inocencia

En la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de septiembre de 2000,** I.L. J 2502, FJ 2º, se analiza la impugnación del recargo de prestaciones, alegando vulneración de los arts. 24 y 25 CE por no existir pruebas suficientes de que el accidente del trabajador tuviera su origen en una conducta negligente empresarial. El Tribunal no admite estas alegaciones ya que:

> "la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el proceso penal".

Para el Tribunal, a pesar de lo dispuesto en el art. 29 LPRL que impone al trabajador la obligación de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo, la imprudencia del trabajador no es tan relevante como para romper el nexo de causalidad. Por ello, entiende correcta la imposición del recargo ya que no se adoptaron las medidas de seguridad suficientes, lo que dio lugar a un supuesto de negligencia empresarial.

4. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A) Delimitación

En la **STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3155, FJ 3º, se rechaza la imposición del recargo de prestaciones, al entender que no existe responsabilidad empresarial. El Tribunal se basa en que el accidente no se produce por una actuación propia del proceso productivo y, por lo tanto, previsible como actividad laboral normal, sino por una clara negligencia del trabajador.

En la **STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2000,** I.L. J 3156, FFJJ 3º y 4º, se señala que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad es de carácter contractual, ya que deriva del contrato de trabajo, en concreto del art. 4.d) del ET y no de las relaciones de la Seguridad Social. En este sentido, el Tribunal indica que:

> "(…) como una emanación fuera del contrato en contraposición a las relaciones en materia de seguridad social que aún siendo también una emanación del contrato de trabajo (…) Responden a un concreto cuadro de derechos y obligaciones destinadas a regular cuanto es consecuencia obligada del acto de afiliación o su incumplimiento y así, ciñéndonos al cuadro de responsabilidades, éste figura genéricamente descrito en el art. 126 LGSS".

De ahí que, como medida punitiva por un incumplimiento contractual, no cuenta con posibilidad de aseguramiento de terceros ni derivación escalonada, siquiera sea a modo de garantías, que recaiga sobre las Entidades Gestoras, excluyendo únicamente el supuesto contemplado en el art. 126 LGSS.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Rafael García López
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

J.F. BLASCO LAHOZ

Las pensiones no contributivas

[Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 742 páginas]

LEX NOVA

José Francisco BLASCO LAHOZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Escuela Universitaria de la Universidad de Valencia, realiza en el presente libro un exhaustivo estudio de las pensiones no contributivas. Según el autor estas prestaciones, establecidas mediante la Ley 26/1990, de 20, de diciembre y hoy encuadradas dentro de las normas aplicables al Régimen General de la Seguridad Social, surgen con el objeto de proteger a aquellos ciudadanos que nunca han cotizado o no lo han efectuado en tiempo necesario para obtener el derecho a una prestación contributiva, encontrándose, por tanto, en una situación de necesidad y careciendo de recursos propios suficientes para su subsistencia.

En la primera parte del libro BLASCO LAHOZ conceptúa y establece los requisitos necesarios que deben concurrir para ser beneficiario de una pensión de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva. A continuación, el autor dedica un capítulo a la cuantía de estas prestaciones que quedará fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Del mismo modo, analiza las consecuencias que conlleva el reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas, su duración, las causas por las cuales se extinguen y las incompatibilidades que presentan tanto con el trabajo como con otras prestaciones.

Para finalizar, el autor ubica en el último capítulo del libro, la gestión de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, que corresponde al Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a las que se hubieran transferido esas materias. Se analiza el procedimiento que debe seguirse para que se reconozca el derecho a la pensión no contributiva; el pago de las pensiones; las actuaciones necesarias que deben imponerse para que sea efectivo el derecho a la asistencia sanitaria de los beneficiarios, y, por último, las comisiones de seguimiento de la gestión de las pensiones no contributivas creadas al objeto de facilitar el cumplimiento de la función de control y seguimiento específico de dicha gestión.

El libro se completa con varios Anexos en los que se incluye; un apartado de legislación, que ayudará a la mejor comprensión de la materia objeto de estudio; un amplio repertorio jurisprudencial; un apartado bibliográfico; así como la reproducción de diversos formularios que serán de gran ayuda para quienes tengan derecho a solicitar una prestación no contributiva.

R. AGUILERA IZQUIERDO

Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores

[Civitas, Madrid, 2001, 223 páginas]

LEX NOVA

La entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, estableció la obligación de "externalizar" los compromisos por pensiones que asumían las empresas. Para ello se establecieron dos técnicas: la del contrato de seguro (incluido el concertado a través de Mutualidades de Previsión Social) y la del

Plan de Pensiones. Con ellas se pretendían garantizar los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. No obstante, esta Ley necesitaba un desarrollo reglamentario que no se produjo hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, que aprobó el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, y que ha obligado al legislador a ampliar finalmente hasta el 16 de noviembre de 2002 el plazo previsto para que las empresas procedan a instrumentar mediante planes de pensiones o contratos de seguros los compromisos por pensiones ya asumidos. Básicamente, el presente libro, nos ofrece un riguroso estudio del citado Real Decreto.

En los primeros capítulos la profesora aguilera izquierdo delimita la figura de la externalización en el marco de la protección social voluntaria, ya que se trata de una protección adicional a la ofrecida por el sistema de la Seguridad Social. Asimismo, presenta su ámbito subjetivo, deteniéndose en exponer cuáles son las empresas obligadas a externalizar sus compromisos por pensiones y cuáles son las entidades excluidas de ésta obligación, así como su personal afectado, con especial referencia a los supuestos de trabajadores desplazados.

A continuación analiza lo que denomina "normas comunes" de externalización, abordando las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento por parte de los empresarios de la obligación de externalizar, así como la investigación de los posibles sujetos responsables en el caso de inadecuación entre lo establecido en el convenio colectivo o las disposiciones que recojan el compromiso por pensiones y lo establecido en el plan de pensiones o contrato de seguro. Seguidamente se adentra en el análisis de las "normas específicas" de los plantes de pensiones atendiendo, con especial interés, los problemas que se plantean a la hora de adaptar los sistemas de previsión social anteriores a los actuales; y, posteriormente, con respecto al contrato de seguro, analiza el contrato de seguro colectivo de vida.
La autora, para finalizar, realiza un breve estudio sobre la forma en que los deberes de externalización están siendo abordados en la negociación colectiva.

Mª.E. SENISE BARRIO

El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo

[Tecnos, Madrid, 2001, 294 páginas]

LEX NOVA

Las elevadas tasas de desempleo que en las últimas décadas afectan en el marco de la Unión Europea a determinados colectivos como son: jóvenes que intentan acceder por primera vez al mercado laboral, parados de larga duración, mujeres y mayores de cuarenta y cinco años, ha suscitado la necesidad de imponer diferentes fórmulas que puedan facilitar la incorporación al mercado laboral de estos grupos que, en la actualidad, se encuentran más desfavorecidos.

El estudio realizado es de tipo longitudinal, centrándose en la evolución mantenida por el trabajo a tiempo parcial en los últimos años y distinguiéndola no sólo en función de la composición de la fuerza de trabajo, sino de los distintos sectores económicos en los que la jornada parcial está implantada.

En el presente libro, se aborda el estudio del trabajo a tiempo parcial como posible alternativa a la creación de empleo. La reglamentación tendente a la limitación de las horas ordinarias de trabajo y de las extraordinarias; a la ampliación de los permisos anuales de maternidad, por formación y las vacaciones; o a la distribución flexible de las horas de trabajo son diversas medidas que intentan potenciar la contratación a tiempo parcial, y que constituye un instrumento que compatibiliza las aspiraciones de los trabajadores con las necesidades de la empresa.

La autora examina la tipología de los contratos de trabajo a tiempo parcial existentes en España, su régimen jurídico, en el que se incluyen las normas que regulan dicha contratación, así como las peculiaridades que se introducen en el sistema de cotización.

Asimismo la profesora SENISE realiza un riguroso análisis del concepto y la evolución del trabajo a tiempo parcial a nivel internacional poniendo de relieve los elevados desfases existentes en las definiciones, tanto jurídicas como estadísticas de los distintos países.

Finalmente, la autora se centra en la figura del trabajo a tiempo parcial en España, exponiendo su potencial capacidad para aliviar el grave problema del paro.

En definitiva, se trata de un pormenorizado estudio de un tema de gran actualidad que despertará el interés de todos aquellos que se sientan implicados en la materia.

F.J. MALDONADO MOLINA

Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras

[Comares, Granada, 2001, 524 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía del profesor MALDONADO MOLINA ofrece al lector un riguroso estudio de las mutualidades de previsión social. En primer lugar, el autor se refiere a las fórmulas originarias y manifestaciones de previsión social existentes en España en el primer tercio del siglo XX. A continuación nos muestra la historia más reciente del mutualismo en nuestro País, caracterizado por la promulgación de las primeras leyes específicas sobre estas entidades y que culmina con su inclusión en la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984. Por otra parte, contempla la evolución que experimentan las sociedades de socorros mutuos en otros países de la Unión Europea centrándose en aquellas cuya legislación más se asemeja a la española.

Cabe destacar por un lado los comentarios donde el autor aborda el marco normativo de las mutualidades de previsión social analizando el régimen competencial en la materia y destacando la legislación autonómica existente; y, por otro, el capítulo dedicado al estudio de todas y cada una de las clases de mutualidades existentes en España, incluyendo aquellas con un régimen especial, como las vinculadas a Colegios Profesionales, las que actúan como instrumento de previsión social empresarial, las de funcionarios y empleados públicos, de base cooperativa, y las de previsión social escolar.

Las condiciones para el acceso y el ejercicio de la actividad aseguradora de las Mutualidades de Previsión Social, su régimen contractual y la solución, tanto judicial como extrajudicial, de conflictos en el ámbito de las Mutualidades son temas de gran relevancia en la Obra.

Finalmente, el autor se refiere al objeto social de estas entidades y al papel que desarrollan en el ámbito de la prevención social voluntaria. Además, se establece la dinámica que ofrecen ante el seguro público.

Mª.J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO

Procedimiento de apremio en materia de Seguridad Social

[Laborum, Murcia, 2001, 363 páginas]

LEX NOVA

La financiación de nuestro sistema público de Seguridad Social se basa fundamentalmente en la contribución que empresarios y trabajadores, a través de las cotizaciones, realizan al régimen de Seguridad Social, y cuya finalidad genérica es la de asegurar la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad. El no cumplimiento de la obligación de cotizar obliga al Estado a

imponer una serie de mecanismos, entre los que se encuentra el procedimiento de apremio, que garanticen el pago de la deuda contraída con la Seguridad Social.

En el presente libro se realiza un completo y riguroso estudio del procedimiento de apremio en materia de Seguridad Social. Las fases de inicio, desarrollo y terminación del procedimiento administrativo de apremio son temas relevantes de esta monografía. Asimismo, son temas de análisis los capítulos dedicados a las costas y gastos del procedimiento de apremio, a las facultades otorgadas a la Tesorería General de la Seguridad Social para el desarrollo del mismo y a los recursos administrativos que pueden plantearse contra los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social.

C. CHACARTEGUI JÁVEGA

Discriminación y orientación sexual del trabajador

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 234 páginas]

LEX NOVA

La homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad han sido, históricamente, objeto de rechazo por gran parte de la sociedad, rechazo que puede llegar a manifestarse a través de conductas discriminatorias que tienen una indudable trascendencia desde el punto de vista jurídico. Las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas pueden llegar a reflejarse en el ámbito laboral. Éste ha sido el ámbito de análisis sobre el que se ha centrado el presente libro, estudiándose las posibles conductas discriminatorias basadas en la orientación sexual del trabajador, en el ámbito del acceso al empleo, de la contratación y de las condiciones de trabajo, y el análisis de los principios básicos contenidos en el ordenamiento internacional, europeo y constitucional que pueden tutelar jurídicamente a los trabajadores que son discriminados por el hecho de poseer una orientación sexual determinada.

El estudio se cierra con el tratamiento de la discriminación por razón de orientación sexual desde la perspectiva de los derechos humanos en el marco de la globalización: pluralismo y standars mínimos. Se incorpora un Anexo normativo y jurisprudencial sobre la materia.

J.M.ª BLANCO MARTÍN y otros

Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 666 páginas]

LEX NOVA

Esta obra, coordinada por el Abogado y Profesor JOSÉ MARÍA BLANCO y escrita por un grupo de expertos universitarios y del foro, constituye un trabajo monográfico que aborda de forma unitaria todos los aspectos derivados de las incapacidades laborales –en sus dos variantes de temporal y permanente–, no sólo en lo relativo a los complejos problemas del sistema prestacional de seguridad social, sino, además, en lo referente a los efectos que éstas tienen en el contrato de trabajo.

El libro se estructura en cuatro partes: Incapacidad temporal, Incapacidades permanentes en todos sus grados, Invalidez permanente no contributiva y Efectos de las incapacidades en el contrato de trabajo. Todas ellas abordadas desde un punto de vista eminentemente práctico y acompañadas de tres Anexos: uno legislativo, que incluye las normas vigentes de más difícil acceso para el lector; otro, con una importante selección de varios cientos de sentencias de los Tribunales debidamente actualizadas y sistematizadas por materias conteniendo cada una de ellas

un breve resumen de su doctrina; y, por último, un completo Anexo conteniendo los formularios administrativos y jurisdiccionales de uso más habitual. Este libro por su originalidad viene a cubrir una significativa ausencia en la literatura jurídica laboral y de la seguridad social, y está llamado a convertirse en una obra de obligada consulta para los profesionales y estudiosos de estas materias. Se acompaña de un CD-ROM con los formularios para poder cumplimentarlos informáticamente.

M.ª J. SERRANO GARCÍA

La ejecución de los despidos improcedentes

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 442 páginas]

LEX NOVA

Siempre con base en la norma y en una abundante jurisprudencia, trata la presente obra del cumplimiento judicial de los despidos declarados improcedentes. Parte de un análisis de aspectos generales de gran interés en la ejecución de los despidos, –perspectiva constitucional, principios rectores y presupuestos–, para seguidamente centrarse en cinco puntos clave: primero, en tomar posición en la polémica creada en torno a la subsistencia de la nulidad de ciertos despidos a los que la letra de la Ley 11/1994 vincula la improcedencia; segundo, en determinar los trámites a través de los que se hace efectiva la ejecución por equivalencia; tercero, en indicar las vías de impugnación del auto con el que concluye; cuarto, en concretar el concepto de readmisión irregular; y, quinto, en las consecuencias de la estimación de la pretensión ejecutiva, –los llamados salarios de tramitación e indemnizaciones–, respecto a las que determina tanto su naturaleza y cuantía, como la relación que guardan con la Seguridad Social y Hacienda.

Posee una enorme utilidad práctica porque sirve para concretar, de un lado, las consecuencias de la mayoría de los despidos que se producen en la actualidad y, de otro, la existencia de una readmisión irregular. Ambos temas analizados a la luz de numerosa jurisprudencia.