

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** PROFESOR TITULAR 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

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

© LEX NOVA 2000

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
IMPRESIÓN	Simancas Ediciones
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

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

Sumario:

DOCTRINA:

- [7] **La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
- [37] **La contratación temporal en la unificación de doctrina**
AURELIO DESDENTADO BONETE
ANA DE LA PUEBLA PINILLA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [67] **I. FUENTES DEL DERECHO**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
- [77] **II. TRABAJADOR**
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
- [99] **III. EMPRESARIO**
JESÚS CRUZ VILLALÓN
- [111] **IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
- [125] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**
JESÚS R. MERCADER UGUINA
- [147] **VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**
MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA
- [169] **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
- [181] **VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
JAVIER GÁRATE CASTRO
- [189] **IX. SEGURIDAD SOCIAL**
JULIA LÓPEZ LÓPEZ
- [211] **X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
- [253] **XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
- [267] **XII. PROCESO LABORAL**
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

[279] **ÍNDICE DE MATERIAS**

[317] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**

Presentación

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

La existencia de numerosas y excelentes Revistas españolas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hace que no sea fácil justificar la presencia de una nueva, como ésta, cuyo número 1 tiene el lector en sus manos y que Editorial LEX NOVA presenta con el título de “Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”.

En efecto, la compleja evolución del ordenamiento laboral ha ido acompañada del feliz alumbramiento de muchas Revistas jurídico-laborales, dirigidas por caracterizados maestros de la disciplina, que nos han ayudado a todos a seguir y comprender los vertiginosos acontecimientos que se han ido sucediendo.

Partiendo, pues, de un rico elenco de Revistas especializadas, creemos, sin embargo, que existe una razón objetiva para la existencia de “Justicia Laboral”.

El “corazón” de la presente Revista son las “crónicas de jurisprudencia”, siguiendo así la vía ya iniciada por Editorial LEX NOVA con “Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo”, que dirige Miguel Sánchez Morón.

Las “crónicas de jurisprudencia” se han organizado distribuyendo el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en doce grandes apartados. A partir del número 2 de la Revista existirá una crónica adicional sobre “Prevención de riesgos laborales”, que no ha podido incluirse en éste por meras razones circunstanciales.

Lo que pretenden dichas “crónicas” es dar cuenta –de forma sintética, pero completa– de los pronunciamientos judiciales recaídos a lo largo de un trimestre sobre cada materia. No se trata, por tanto, de analizar o comentar críticamente una sentencia aislada, sino de examinar y noticiar todas –o al menos las más relevantes– las sentencias dictadas en el trimestre sobre la materia en cuestión. A su vez estas “crónicas” van seguidas de un índice de materias, elaborado por los propios equipos que confeccionan las crónicas, cuyo esfuerzo se ve extraordinariamente facilitado por la utilísima publicación de la propia Editorial, “Información Laboral-Jurisprudencia”.

Cada “crónica” está a cargo de un miembro del Consejo Asesor de la Revista. Es ésta una importante novedad de la publicación. Todos los miembros del Consejo Asesor se responsabilizan de una parte de la Revista, de forma que escriben y “trabajan” en todos sus números. Es este un método de trabajo que además de singularizar la Revista, garantiza su solidez.

El Consejo Asesor ha pretendido incluir a catedráticos de diversas Universidades de toda la geografía española y de diferentes “escuelas”. Algunas otras personas no han podido formar

parte del mismo, por diversas razones personales y profesionales. A otros no parecía razonable sugerirles la posibilidad de estar en él, al formar parte de la dirección de las excelentes Revistas a las que antes hacía referencia.

Considero un auténtico regalo, y en todo caso una garantía, contar en el Consejo Asesor con mi maestro, Luis Enrique de la Villa Gil, a quien dirijo desde aquí un reconocimiento muy especial, y con Jesús Cruz Villalón, Javier Gárate Castro, Joaquín García Murcia, José María Goerlich Peset, José Luis Goñi Sein, Julia López López, José Luis Monereo Pérez y María del Carmen Ortiz Lallana. En la Revista y en las “crónicas” participa, además, todo un equipo humano formado por jueces, magistrados, profesores y profesionales del Derecho en general, quienes desarrollarán una importante labor. Mi agradecimiento más profundo a todos los miembros del Consejo Asesor, y en general a todo el equipo humano que ha sido mencionado, por sumarse a esta nueva iniciativa editorial y por acompañarme en esta aventura, asumiendo una responsabilidad adicional –y además, periódica e indefinida– a las muchas que ya tienen.

Es también una satisfacción tener en el Consejo Asesor a Jesús Mercader Uguina y a Lourdes Martín Flórez. Si las cosas funcionan como debieran, Jesús Mercader debe ser pronto catedrático de Universidad, como tantos ya le consideramos; personalmente llevo ya años aprendiendo de él y beneficiándome de su generosidad, amistad y ayuda para múltiples trabajos que nunca habría podido hacer yo solo. Y por lo que se refiere a Lourdes Martín Flórez, he tenido la oportunidad de apreciar sus grandes cualidades como laboralista, tiene el mérito de haber construido sobre sólidas bases el Departamento laboral de URÍA & MENÉNDEZ Abogados, que me honro ahora en dirigir y, desde luego, sin Lourdes Martín mi “aterrizaje” en el complicado mundo de la abogacía habría sido mucho más difícil.

En este número que ahora se presenta, además de las “crónicas de jurisprudencia”, se incluyen dos estudios doctrinales, uno a cargo de Joaquín García Murcia (miembro del Consejo Asesor de la Revista) y otro a cargo de Aurelio Desdentado Bonete y Ana de la Puebla Pinilla. Los dos estudios son un buen ejemplo de la clase de artículos doctrinales que la Revista quiere ofrecer. Por un lado, dar cuenta de una relevante novedad legislativa, y, por otro, un estudio de síntesis de la jurisprudencia sobre una importante materia.

La mayor extensión de las “crónicas de jurisprudencia” de este número 1 –justificada, cabría decir, por razones de “arranque”– ha aconsejado no incluir esta vez otras secciones que sí estarán en futuros números de “Justicia Laboral”; así ha ocurrido con la sección de Documentación. Aunque se trata de una Revista volcada hacia el seguimiento y ordenación sistemática y de síntesis de la jurisprudencia, se prestará la atención debida a los sistemas de solución extrajudicial. La Revista contiene, finalmente, notas bibliográficas, en las que trataremos de dar puntual cuenta de las novedades que se produzcan en relación a este tema.

En fin, esta presentación de la Revista no estaría completa si no mostrara mi encarecido agradecimiento a Editorial LEX NOVA por haberme confiado la dirección de esta Revista y a las personas que, desde dentro de la Editorial, la hacen posible.

La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

JOAQUÍN GARCÍA MURCIACatedrático de Derecho
del Trabajo
Universidad de Oviedo

Sumario:

1. Introducción. 2. Principios informadores y objetivos. 3. La trasposición de normas comunitarias. 4. Ámbito subjetivo de aplicación. 5. Alcance material y orden sistemático. 6. Criterios y fuentes de regulación. 7. Las nuevas reglas sobre cuidado de hijos y familiares. 8. La nueva regulación del descanso por maternidad. 9. El riesgo por embarazo como objeto de protección. 10. Medidas de refuerzo y garantías procesales. 11. Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 6 de noviembre de 1999 fue publicada en el BOE la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, dirigida a promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCFT, en adelante). Tal disposición, que está en vigor desde el día siguiente al de su publicación oficial, ha significado un pequeño hito en nuestro sistema, no sólo porque marca nuevas fronteras en ese gran empeño de armonizar trabajo y necesidades familiares, sino también porque afecta a muchas de las instituciones que presiden el desenvolvimiento de la relación laboral, desde los permisos a la excedencia, pasando por la reducción de jornada o la suspensión del contrato. Es, por otra parte, una norma de muy amplios contornos, por cuanto se proyecta sobre muy diferentes conjuntos normativos, desde la legislación laboral a la de seguridad social, desde el Derecho del Trabajo al Derecho de funcionarios, desde las normas de trabajo a la regulación del “empleo”. Probablemente sea, en fin, un pequeño símbolo de la evolución futura del Derecho del Trabajo, desde el momento en que su principal centro de atención es (vuelve a ser) la persona del trabajador y su entorno más próximo. Vale la pena, pues, adentrarnos un poco en este nuevo texto legal.

2. PRINCIPIOS INFORMADORES Y OBJETIVOS

Si atendemos a los primeros párrafos de su Exposición de Motivos, la Ley 39/1999 parece inspirarse en tres grandes principios consagrados por nuestra Constitución y muy presentes, por otra parte, en la tradición jurídica y cultural en la que se inserta nuestro país. El primero de ellos es el de *igualdad y no discriminación* por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición, que habrá de verse ahora, sobre todo, desde la perspectiva del empleo y de la inserción laboral. El segundo es el de *protección a la familia*, que presenta distintas vertientes (social, económica y jurídica) y que en este terreno concreto parece demandar, antes que nada, una adecuada atención al entorno familiar del trabajador. El tercero es el de *igualdad real y efectiva* entre los individuos y los grupos, que requiere una acción constante de promoción y de remoción de obstáculos por parte de los poderes públicos.

De cualquier modo, la invocación de estos principios tiene una eficacia relativa para comprender el alcance material y el verdadero sentido de la LCFT. No estamos —o no estamos en exclusiva, para ser más exactos— ante una disposición legal de lucha contra la discriminación, ni ante una norma que pueda calificarse en sentido estricto de protección a la familia, ni siquiera ante una medida exactamente promocional o de “acción positiva”¹. Sus motivaciones últimas son mucho menos grandilocuentes, aunque quizá también más perentorias y a la larga más eficaces. De un lado, y como objetivo más innovador, la armonización de los intereses laborales y familiares o, si se quiere, la conciliación de los distintos “tiempos” que rigen nuestra vida y, en particular, el “tiempo de trabajo” y el “tiempo de familia”². De otro, y ya desde una perspectiva más clásica, la protección de la mujer trabajadora, ya sea en su condición de posible trabajadora embarazada, ya sea, para qué vamos a engañarnos, en su condición de madre o sostén de la familia.

Puede que en el trasfondo de todo ello esté —como apunta la misma Exposición de Motivos— la búsqueda de un “nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres”, que permita un “reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada”, que propicie una verdadera igualdad de oportunidades de la mujer en el ámbito del empleo y de la promoción profesional, y que favorezca, a fin de

(1) De hecho, no ha incorporado ninguna prohibición expresa de discriminación por motivos familiares (ni en el art. 17 ET, ni en ningún otro pasaje legal), sin perjuicio de que tal regla se deduzca fácilmente de los principios generales de nuestro sistema, y de la normativa internacional correspondiente. Debe recordarse, por otra parte, que la protección a la familia puede ser abordada desde muy distintos frentes, no todos ellos presentes en la LCFT, ni mucho menos. Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, AS, 1999, págs. 9 y ss. En general, M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Prestaciones de seguridad social en favor de familiares*, La Ley/Actualidad, 1998, págs. 35 y ss., y A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, 1998.

(2) Se trata, desde otro punto de vista, de la conjugación del “trabajo productivo” y el “trabajo reproductivo”, nociones que parecían condenadas al olvido, que parecen renacer de sus cenizas con este tipo de actuaciones, y que conectan, por lo demás, con toda la discusión actual acerca de la conciliación de los tiempos de trabajo y los “tiempos de la ciudad”. Vid. A. SUPIOT et alerí, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 136 y ss.

Ley de conciliación de la vida familiar y laboral

cuentas, una plena incorporación de la mujer al trabajo³; y ésa es la razón de que derechos que habitualmente se atribuían a la mujer se extiendan a los hombres, o de que formalmente las posibilidades de uso se repartan en términos iguales entre unos y otros. Pero este otro objetivo, absolutamente legítimo, es de resultados mucho más inciertos. Al fin y al cabo, más allá de las barreras dispuestas por la ley, que desde luego deben ser abatidas, la equiparación entre hombre y mujer en el trabajo y en la familia tan sólo puede derivar de un adecuado contexto social.

La aprobación de la LCFT ha venido impulsada, por otra parte, por todas aquellas normas e instrumentos de carácter internacional que desde una u otra perspectiva han promovido la protección laboral de la mujer y la conjugación de la vida laboral y familiar. La influencia más inmediata quizá haya derivado del Derecho comunitario⁴ y, en especial, de algunas de sus Directivas más recientes: por un lado, la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, sobre permiso parental, y por otro, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre protección de la trabajadora embarazada y en situación de lactancia, que enlaza formalmente con la Directiva 89/391/CE (en cuanto que es décima Directiva de desarrollo de ese marco de la seguridad y salud en el trabajo), pero que también conecta con las normas comunitarias sobre igualdad hombre/mujer en materia de empleo y de condiciones de trabajo (entre las que destaca la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero), según ha puesto de relieve la jurisprudencia del TJCE⁵.

(3) Si bien se mira, estamos ante una nueva forma de protección de la mujer desde las normas de trabajo: mientras que van desapareciendo las distinciones entre hombre y mujer en el contexto de la relación laboral, por estimarse en su mayor parte discriminatorias (es el caso, por ejemplo, de la tradicional prohibición de trabajo nocturno: STJCE de 25 de julio de 1991, caso Stoeckel), van apareciendo cada vez con más frecuencia reglas que tratan de ayudar a la mujer en su “función reproductiva”, y que tratan, con mayor o menor fortuna, de involucrar al varón en ese tipo de tareas. Cabría hablar, pues, de una especie de inversión de aquel rancio lema –plasmado en el Fuero del Trabajo, y quizá también en otras normas de nuestro entorno– que procuraba “liberar a la mujer del taller y de la fábrica”.

(4) Aparte de las normas que se citan en el texto, y con un carácter más general, el paradigma comunitario está formado en esta ocasión, de modo básico, por el art. 141 TCE (consolidado), que demanda del Consejo la adopción de “medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”; el art. 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores, que pide la adopción, dondequiera que sea necesario, de “acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres”, y el desarrollo de medidas “que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”, y las Directrices para el empleo de 1998, según las cuales “una mejor conciliación del trabajo y la vida familiar es de vital importancia para que hombres y mujeres accedan y se mantengan en el mercado laboral”.

(5) Vid. por ejemplo, SSTJCE de 14 de julio de 1994 y de 30 de junio de 1998. Al fondo de toda esa acción comunitaria se sitúan, asimismo, otros muchos documentos e instrumentos normativos de la CE, como la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, que insta a los Estados miembros a que adopten y fomenten “iniciativas destinadas a hacer compatibles las obligaciones profesionales, familiares y educativas, de los hombres y de las mujeres, derivadas del hecho de tener a cargo niños y niñas”, o, en un plano distinto, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

**LOS PRINCIPIOS EN LOS
QUE PARECE INSPIRARSE
LA LEY 39/1999,
IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN,
PROTECCIÓN A LA FAMILIA
E IGUALDAD REAL Y
EFECTIVA, VIENEN
CONSAGRADOS EN LA
CONSTITUCIÓN Y ESTÁN
PRESENTES EN NUESTRA
TRADICIÓN JURÍDICA Y
CULTURAL**

En cualquier caso, la LCFT también responde a las líneas de actuación marcadas por otras normas internacionales. Especial relevancia tienen, a estos efectos, todos aquellos Convenios de la OIT que han tratado de impulsar la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el empleo, muchas veces completados por la correspondiente Recomendación. Un lugar destacado dentro de este otro flujo normativo corresponde sin duda al Convenio núm.111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y, sobre todo –pese a que, curiosamente, no aparece citado en el preámbulo de la LCFT–, al Convenio núm.156, que trata específicamente de los trabajadores con *responsabilidades familiares*, y que insta a los Estados miembros a incluir entre los objetivos de su política “el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñan o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”⁶.

Ninguno de esos objetivos era, desde luego, totalmente desconocido para nuestro ordenamiento. Desde ese punto de vista, puede decirse con tranquilidad que la LCFT no es una norma innovadora, sino más bien un nuevo paso en una tendencia que, sin perjuicio de antecedentes más remotos, arranca de los años ochenta, y que ha dado lugar ya a numerosas reformas del ordenamiento laboral, muchas veces combinadas con la reforma del Derecho de funcionarios⁷. Por ello, la principal aportación de la LCFT quizá estribe en la ampliación y mejora de la situación normativa preexistente, ya sea mediante la “intensificación” de derechos clásicos (como el permiso de maternidad), ya sea mediante la extensión de esos mismos derechos a situaciones anteriormente no comprendidas (como la excedencia para el cuidado de familiares), ya sea, en fin, mediante la creación de nuevas “contingencias” protegidas (como el “riesgo por embarazo”). La LCFT viene a corroborar, de esa manera, una línea de regulación muy enraizada en nuestro contexto normativo⁸.

Por lo demás, la LCFT también ha sido aprovechada para corregir algunas de las deficiencias técnicas de la legislación anterior y para cubrir algunas de sus lagunas. Las aportaciones más importantes desde esta perspectiva seguramente son las que se refieren a la

(6) La LCFT seguramente se ha inspirado también en otros muchos Instrumentos y Documentos de carácter internacional. En su Exposición de Motivos se hace referencia a la Declaración aprobada en el seno de la Conferencia mundial celebrada en Pekín en 1995. La Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer también ha podido actuar de paradigma, en cuanto que, además de instar a los Estados a tomar medidas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”, promueve la adopción de medidas apropiadas para proteger la seguridad y la salud de la mujer en el trabajo y salvaguardar “la función de reproducción”, entre las que deben figurar la licencia por maternidad y la prohibición de despidos ligados a esa situación o a la de embarazo.

(7) Baste citar a estos efectos la Ley 3/1989, de 8 de marzo, de ampliación del permiso de maternidad, la Ley 8/1992, de 30 de abril, de modificación de los permisos por razones de adopción, y la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad (amén de otras reformas más localizadas en la legislación de funcionarios, como la que se llevó a cabo en el art. 30.1.f) de la Ley 30/1984 mediante el art. 50 de la Ley 66/1997 (desarrollado a su vez por el RD 2670/1998, de 11 de diciembre).

(8) Una línea de regulación que, dicho sea de paso, no parece tener alternativa. No sólo porque la experiencia anterior ha caminado en el mismo sentido, sino también porque ninguno de los numerosos sectores políticos y sociales que se han manifestado en contra ha conseguido articular una propuesta convincente y practicable, o que vaya más allá de un mero estiramiento (en lugar de media hora, una hora; en lugar de un año de reserva, tres; en lugar del 75 por ciento, el 100 por ciento, etc.) de los derechos que ahora se reconocen o amplían; estiramiento que, como es natural (y pese a que muchas veces se elude), requiere un cálculo previo de costes.

Lección 11. Ley de conciliación de la vida familiar y laboral

situación de “acogimiento” de menores, que hasta ahora tan sólo se contemplaba (al menos, de forma clara) como situación subordinada a la adopción a efectos de suspensión del contrato de trabajo (art. 46.3 ET), pese a que en las normas civiles ya había alcanzado cierta autonomía, al admitirse el acogimiento de carácter permanente (arts. 172 a 174 CC)⁹. La LCFT se ha hecho cargo de esta nueva figura, que queda equiparada a la adopción y ha resuelto, de paso, ese pequeño desajuste entre la legislación laboral y el Derecho común¹⁰.

Con todo, siendo una ley de mejora respecto de la situación anterior, la LCFT no deja de ser, al mismo tiempo, una ley de contornos bastante limitados, por muchas razones. En primer lugar porque, aunque repara algunas deficiencias y aporta claridad sobre alguno de los preceptos implicados, no ha sido capaz de aclarar buena parte de las dudas que ya se venían planteando a propósito de muchas de las instituciones que ahora retoca (carácter retribuido o no de la reducción de jornada por lactancia¹¹, alcance y consecuencias de la movilidad en caso de riesgo por embarazo, carácter necesario o voluntario del descanso por maternidad, distribución de ese descanso cuando es aconsejable la baja con anterioridad al parto, etc.) En segundo lugar porque no ha clarificado de modo satisfactorio el alcance de muchos de los conceptos que están en la base de esta regulación (familia, vínculos familiares, relaciones de adopción, etc.), con la consiguiente dificultad para delimitar con precisión el círculo de posibles beneficiarios¹². Por último, y ya desde una mayor abstracción, porque se ciñe a las necesidades estrictamente familiares del trabajador, sin hacerse cargo de otros posibles intereses de relevancia social (como el trabajo de voluntariado) ni de las necesidades de formación del trabajador; no es, por decirlo rápido, una ley de “conciliación” de los tiempos de vida y trabajo.

3. LA TRASPOSICIÓN DE NORMAS COMUNITARIAS

La LCFT puede calificarse en buena medida como ley de trasposición del Derecho comunitario, como puede deducirse, por lo demás, de su Exposición de Motivos. Como ya vimos, esta operación ha estado referida, sobre todo, a dos Directivas comunitarias: la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental, y la Directiva 92/85/CEE, sobre *protección de la trabajadora embarazada y en situación de lactancia*. De alguna manera ha alcanzado también a la Directiva 76/207/CEE, relativa al principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesional y a las condi-

(9) Modificados por LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. Vid. A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 113.

(10) Según la Disposición Adicional Quinta LCFT, se entienden equiparadas a estos efectos “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación”.

(11) Que no se deduce con claridad del precepto, aunque generalmente se defiende el derecho a salario. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, *Legislación laboral y responsabilidades familiares*, cit., pág.11.

(12) Siguiendo la tónica habitual de nuestro ordenamiento, la LCFT se refiere, siquiera sea implícitamente, a la familia de carácter matrimonial, no a la familia de hecho. Hay que tener en cuenta, de todas formas, que las reglas sobre maternidad y cuidado de hijos son “universales”, en cuanto que se aplican con independencia de que exista o no aquel tipo de familia.

ciones de trabajo, dado que, como ha puesto de relieve reiteradamente el TJCE, en dicho principio se funda, a la postre, la nulidad del despido de una trabajadora por motivos de embarazo¹³.

Ciertamente, antes de la aprobación de la LCFT nuestro ordenamiento contaba ya con cierta regulación sobre esas materias: las instituciones que remiten al “permiso parental” son, probablemente, de las más clásicas dentro de nuestra legislación laboral, y basta para ello un mero seguimiento histórico de lo que hoy en día representan los arts. 37, 46 o 48 del Estatuto de los Trabajadores; la protección de la maternidad e incluso de la trabajadora embarazada venía siendo abordada, asimismo, con reglas bastante precisas, dentro del Estatuto de los Trabajadores o, sobre todo, de la Ley de prevención de riesgos laborales, además de otros antecedentes¹⁴. Contábamos, por lo demás, con la jurisprudencia, que desde luego había incorporado muchos de los principios que emanaban del Derecho comunitario¹⁵. Pero se trataba, de algún modo, de una regulación insuficiente, incompleta o, cuando menos, no ajustada al cien por cien a las directrices comunitarias¹⁶.

No había, por decirlo con más contundencia, ni vías eficaces para la compatibilización del trabajo con el cuidado de familiares, ni las suficientes cláusulas de garantía para la trabajadora embarazada, tanto desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo, como desde el punto de vista de su defensa frente a posibles actos discriminatorios, especialmente en caso de despido. Las exigencias comunitarias de armonización no se cumplían en condiciones óptimas en la legislación anterior, ni siquiera a través de las reformas, relativamente extensas y profundas, que se habían introducido en nuestro ordenamiento durante los años noventa. Por decirlo más claro: ni la Ley 11/1994, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, ni la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, habían seguido a carta cabal las directrices correspondientes, pese a que en ambos casos era clara su inspiración en el Derecho comunitario¹⁷. Uno de los objetivos más inmediatos de la LCFT era, pues, el de recomponer esa situación, acabando con los posibles desajustes.

Para esta tarea de armonización con el Derecho comunitario, el legislador ha vuelto a optar por la reforma parcial de disposiciones ya vigentes (desde el Estatuto de los

(13) La STJCE de 30 de junio de 1998 (Mary Brown/Rentokil Ltd) declara, por ejemplo, que los arts. 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE se oponen “al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo”.

(14) Vid. I. GARCÍA-PERROTE, *Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*, AA.VV., *Seguridad y salud en el trabajo*, La Ley/Actualidad, 1997, págs. 42 y ss.

(15) Vid., por ejemplo, STC 136/1996, de 23 de junio, en la que ya se había defendido que el principio de no discriminación por razón de sexo se extiende a todas aquellas decisiones basadas en circunstancias que muestran una conexión directa e inequívoca con el sexo de una persona, como es el caso del embarazo de la mujer trabajadora.

(16) Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La aplicación de la Directiva 91/85 en España*, AA.VV., *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Aranzadi, 1997, págs. 257 y ss., y A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 82.

(17) Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, “La incidencia de las Directivas comunitarias en la reforma laboral”, REDT, Civitas, núm. 92 (1998), págs. 906 y 912.

Trabajadores a la Ley General de Seguridad Social, pasando por otras muchas normas de carácter básico), en lugar de dar vida a una disposición autónoma sobre la materia. Este procedimiento, que ya fue seguido, como se recordará, en la reforma laboral de 1994, es con toda probabilidad el más acertado, pues reduce el grado de disgregación de nuestro ordenamiento laboral. Debe aplaudirse también que la transposición se haya efectuado mediante norma de rango legal, pues el reglamento, siendo potencialmente apto para esa tarea, se mostraba en este caso claramente insuficiente, no sólo por la importancia intrínseca de las materias abordadas, sino también por la jerarquía de las disposiciones que iban a quedar afectadas.

Se trata, en cualquier caso, de una transposición operada directamente por el poder público, mediante norma de carácter estatal. El dato no tiene mucho de particular, y no debiera merecer en principio mayores consideraciones, si no fuera porque sirve para poner de relieve la escasa aptitud o la falta de disposición de nuestra negociación colectiva (que es otra posible vía de transposición del Derecho comunitario) para acometer una tarea de esas características. De hecho, los convenios colectivos han ofrecido hasta ahora una regulación muy parca en estas materias, limitada, en términos generales, a una mera reproducción de las reglas legales o, como mucho, a una pequeña ampliación de sus posibilidades, especialmente en el terreno de los permisos y las excedencias¹⁸. Hay que tener en cuenta, además, que nuestra negociación colectiva discurre por unos senderos que quizá la hagan inapropiada para esos fines, esto es, para proporcionar una regulación autosuficiente y de alcance general, más allá de la simple mejora, a escala sectorial, de las reglas legales; al margen ahora de otras posibles causas, es evidente que el papel regulador (y no sólo orientador, o de configuración de estructuras) que en otros países vienen cumpliendo los Acuerdos interprofesionales aún no se ha alcanzado en el nuestro.

Atendiendo al contenido de la LCFT, cabe decir en principio que el propósito de armonización se ha conseguido en términos relativamente satisfactorios, al menos desde una perspectiva general: el grado de adecuación de nuestro sistema a las directrices comunitarias ha mejorado, sin duda alguna, con este nuevo texto legal. De todas formas, puede que subsistan

LA NUEVA LEY PUEDE CALIFICARSE COMO DE TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO, PRINCIPALMENTE DE LAS DIRECTIVAS SOBRE PERMISO PARENTAL Y SOBRE PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE LACTANCIA, YA QUE LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DE ARMONIZACIÓN NO SE CUMPLÍAN EN CONDICIONES ÓPTIMAS EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

(18) Vid. A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, págs.137 y ss., y “Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo”, GARCÍA MURCIA (dir.), *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*, CES, 1998, págs. 397 a 404.

aún algunas deficiencias desde esta perspectiva. No se ha incorporado, por ejemplo, la “dispensa de trabajo” para la mujer trabajadora “en periodo de lactancia”, prevista en el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE para los supuestos de imposibilidad de adscripción a un puesto de trabajo carente de riesgos, en términos similares a la dispensa por riesgo durante el embarazo¹⁹. Tampoco es fácil encontrar acomodo dentro de nuestra legislación a lo que la Directiva 96/34/CE llama “ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor”, que se prevén para atender situaciones repentinas e inesperadas²⁰ y que, por lo tanto, no parece que puedan incardinarse en el régimen que el art. 37.3 ET atribuye a los “permisos”. Podría decirse, en fin, que el legislador español no ha explotado hasta sus últimas consecuencias los márgenes abiertos por esa última norma comunitaria, que prevé la posibilidad de que los permisos parentales puedan utilizarse para cuidado de hijos de hasta ocho años de edad, siendo así que nuestras normas lo dedican, generalmente, a menores de seis años (arts. 37.5 y 48.4 ET)²¹; en el bien entendido, desde luego, de que en este último caso no podríamos hablar de incumplimiento, sino, más bien, de mayor o menor “generosidad”.

4. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Aunque en apariencia sea un texto corto y de contenido limitado, lo cierto es que la LCFT lleva a cabo una reforma de gran calado en el ordenamiento vigente, tanto por su extensión material y subjetiva, como por la intensidad y profundidad de muchas de sus aportaciones. No puede equipararse, desde luego, a las grandes reformas experimentadas por la legislación laboral en los últimos años, ni puede compararse, en particular, con la “reforma laboral” de 1994, ni por sus pretensiones ni por sus resultados. Pero eso no quiere decir, ni mucho menos, que su incidencia sea despreciable; está llamada a ser, por el contrario, una norma de singular relevancia, por varias razones. En primer lugar, por su ámbito subjetivo y funcional de aplicación, que es extraordinariamente extenso; adicionalmente, por las materias afectadas, que, como veremos, también son muy numerosas.

Aunque pueda resultar pretencioso, y en cierto modo inexacto, la primera consideración que conviene hacer a propósito de la LCFT es la de su carácter “totalizador”, en el sentido de que estamos ante una disposición legal de contenido “horizontal”²², que pretende

(19) Con independencia de que, ciertamente, una parte al menos de ese período pueda quedar salvaguardado mediante el permiso de maternidad o la excedencia por cuidado de hijo.

(20) Por razones vinculadas a “motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”, dice exactamente la cláusula 3.1 del Acuerdo que acompaña a la citada Directiva.

(21) Bien es verdad que con importantes excepciones: la reducción de jornada por guarda legal puede utilizarse para el cuidado de “minusválido físico, psíquico o sensorial” sin limitación de edad (art. 37.5 ET), y la excedencia por cuidado de hijo en los casos de adopción o acogimiento no fija límite de edad (art. 46.3 ET).

(22) Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras” (I), *RL*, núm.17 (1999), pág. 6.

llegar a la generalidad de los trabajos, esto es, a la actividad profesional en su conjunto. Es, con las debidas salvedades, una regulación del “trabajo” en su sentido más amplio, más allá de las limitaciones que este mismo término presenta cuando queda encuadrado en el “Derecho del Trabajo”. No es sólo una norma del trabajo de “régimen laboral”²³, ni siquiera del trabajo asalariado en su conjunto (incluidos los funcionarios públicos), sino también, en muchos aspectos, del trabajo autónomo y del trabajo en régimen societario o cooperativo. Supone, en ese sentido, un nuevo punto de encuentro entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de funcionarios²⁴, y, más aún, entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico que se refieren al trabajo, desde sus distintas facetas y perspectivas; tal vez signifique también una nueva prueba de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, si no como normativa de directa aplicación a toda actividad profesional, sí, al menos, como fuente de irradiación de principios, reglas y medios de protección para todo el que vive de su trabajo²⁵.

En cualquier caso, no cabe duda de que la LCFT está diseñada desde la perspectiva del trabajo asalariado y, tal vez, desde el observatorio del trabajo de régimen laboral, más estricto todavía. Por ello, su aplicación al ámbito propio del contrato de trabajo no reviste mayor dificultad, mientras que su proyección más allá de esa frontera puede que requiera ciertos matices y, en algunos casos, grandes cautelas. Alguna aclaración ha de hacerse, por de pronto, en relación con los funcionarios públicos y el personal de régimen administrativo, al que la LCFT se aplica sin duda alguna, siguiendo así una línea de regulación muy experimentada en los últimos años, como ya vimos. Alguna salvedad de mayor calado habrá de hacerse, por lo demás, en relación con el trabajo autónomo.

Situados en el primero de esos terrenos, conviene decir en primer lugar que la aplicación de la LCFT se extiende tanto al personal civil de la Administración pública como al personal de las Fuerzas Armadas²⁶. Vale la pena recordar, asimismo, que dentro del personal

(23) Véase, si hiciera falta, el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

(24) La delimitación del campo de aplicación de la LCFT se corresponde, desde este punto de vista, con los esquemas utilizados desde finales de los años ochenta en todas aquellas intervenciones normativas que han tenido como fin propiciar de algún modo la “conciliación” de la vida familiar y laboral (Ley 3/1989, Ley 8/1992 y Ley 4/1995). Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Legislación laboral y responsabilidades familiares*, cit., pág. 15. Parece tratarse, pues, de una acción deliberada del legislador, que responde quizá a la idea de que hay determinadas cuestiones que presentan una problemática similar en las dos grandes franjas del trabajo asalariado –con independencia de la condición del empleador y de su régimen jurídico–, y que por ello mismo deben ser abordadas de manera conjunta. Es, probablemente, la opción legal más acertada; dicho sea de paso, la que quizá hubiera debido seguirse también en la reforma introducida por el art. 50 de la Ley 30/1984 por Ley 66/1997, que afectó exclusivamente a los funcionarios públicos.

(25) La extensión del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, o, cuando menos, la irradiación de sus efectos más allá de sus estrechas fronteras actuales, sigue siendo uno de los temas de debate en esa disciplina. Vid. A. SUPÍOT (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, cit. págs. 51 y ss.

(26) Desde este punto de vista, la LCFT ha afectado a varias disposiciones legales. Por lo que se refiere al personal civil, la LCFT afecta a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que ve ahora modificados sus arts. 29 (sobre “situaciones” de los funcionarios, entre las que se incluye la excedencia por cuidado de hijo) y 30 (sobre “permisos”, en los que se incluye el de guarda legal y el descanso por maternidad), y al Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba la Ley de funcionarios civiles del Estado, que ve ampliado el contenido de su art. 69 (para incluir un nuevo supuesto de “licencia”, por riesgo durante el embarazo). Por lo que se refiere al personal militar, la LCFT afecta a la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, y, en concreto, a su art. 141.1.e), dedicado a la excedencia (que llama “voluntaria”) por cuidado de hijo, que ahora incluye también a familiares. No hace mención expresa la LCFT a la regulación específica de la Guardia Civil, pero la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, que aprueba el nuevo régimen de dicho personal, incluye previsiones de corte similar [art. 75, sobre protección durante el embarazo, y art. 83.1.e), sobre excedencia por cuidado de hijos].

civil se incluye tanto el que tiene el carácter de funcionario en sentido estricto como el que se rige, por asimilación o por cualesquiera otras razones, por normas administrativas; tal es el caso, señaladamente, del “personal estatutario”, que, pese a no ser objeto de mención específica dentro de la LCFT, ha de incluirse claramente entre los beneficiarios de sus reglas²⁷. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que la inserción de los derechos de la LCFT en el contexto de la función pública, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, requiere por definición un amplio y complejo despliegue de modificaciones y retoques, para poder llegar a todos los entresijos de la legislación correspondiente, de la que aún no puede decirse, precisamente, que esté unificada²⁸.

En relación con el trabajo autónomo (o asimilado) los problemas de concreción de los efectos de la LCFT pueden ser, en cualquier caso, de mayor entidad. Como hemos dicho, tal disposición legal trata de proyectar sus efectos más allá del trabajo dependiente, pero no delimita con precisión ni el ámbito al que quiere extenderse ni la virtualidad efectiva de ese propósito. En cualquier caso, esa irradiación de efectos se contempla en varios pasajes de la LCFT. De una manera bastante genérica en la Disposición Adicional Primera LCFT, según la cual “los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales” podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley “durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social en el que estuvieran incluidos”. Esta primera indicación se completa con el art. 16 LCFT, que extiende a los trabajadores por cuenta propia ciertos beneficios de Seguridad Social; y con el art. 18 LCFT, que prevé la aplicación de los beneficios de fomento del empleo recogidos en el RD-L 11/1998 a los trabajadores autónomos y a los socios trabajadores de cooperativas.

Si bien se mira, la aplicación de todos estos derechos y beneficios a los socios de trabajo es bastante factible y lógica, por otra parte. Aunque no sean trabajadores asalariados —lo son los trabajadores de las sociedades laborales, dicho sea de paso²⁹—, es claro que mantienen un vínculo que, pese a su carácter asociativo, está muy próximo a la relación laboral, razón por la cual se les han extendido muchos de los principios característicos del Derecho del Trabajo, y razón por la cual se ha decidido, seguramente, la aplicación

(27) Es evidente que las reformas introducidas en la LPRL y en la LGSS les resultan de directa aplicación, por estar comprendido dicho personal en el ámbito de esas disposiciones legales; a una conclusión similar habría que llegar en relación con la LPL, dado que sus litigios se sustancian, como regla general, ante la jurisdicción social. Pero también les son de aplicación las modificaciones operadas sobre la legislación de funcionarios, que tiene en este ámbito, como es sabido, el carácter de normativa supletoria. Los Acuerdos y Pactos colectivos son, por lo demás, una vía muy socorrida en los últimos años para la regulación de este personal, dada la insatisfactoria situación de la normativa estatal. Véase, por ejemplo, el Pacto de 1 de junio de 1993 sobre permisos, licencias y vacaciones, cuyo texto puede consultarse en *Legislación del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social* (dir. S. DEL REY GUANTER), Tecnos, 1999.

(28) La proyección de los efectos de la LCFT sobre la función pública se ha llevado a cabo, en primer término, mediante la reforma paralela de las leyes de trabajo y las leyes de seguridad social, y, adicionalmente, mediante la inserción de reformas, más o menos amplias, en las disposiciones básicas de la función pública (Ley 30/1984 y Decreto 315/1964 para los funcionarios civiles y Ley 17/1999 para las Fuerzas Armadas). Esta manera de operar era probablemente inevitable, pero, al ser tan dispersa, tiene el riesgo de dejar en el tintero, para algún grupo de funcionarios, alguno de los derechos reconocidos en la LCFT.

(29) Art. 1 Ley 4/1997, de 24 de marzo.

sin mayores salvedades de la legislación de prevención de riesgos laborales³⁰. La existencia de ese vínculo permite aplicar sin grandes dificultades las instituciones “laborales” de las que trata la LCFT (permisos, reducción de jornada, suspensión o excedencia); permite extender sin mayores problemas los beneficios de seguridad social, y permite aplicar, en fin, las bonificaciones previstas para los casos de cobertura de las correspondientes vacantes. Estas consideraciones valen para los socios de cooperativas de trabajo asociado y para los socios de trabajo de las restantes cooperativas (incluidas las de explotación comunitaria de la tierra), que también parecen afectados por la norma³¹.

La aplicación a los trabajadores autónomos puede ser, en cambio, mucho más problemática, aunque quede reducida, como hemos visto, a los beneficios de seguridad social y de fomento del empleo. Los primeros –previstos, sobre todo, para el supuesto de interrupción del trabajo por “riesgo durante el embarazo”– requieren una decisión previa sobre la inexistencia de trabajo alternativo que, en ausencia de empresario, puede resultar muy delicada, o sencillamente impracticable; quizá por ello el art. 16 LCFT haya dispuesto que la extensión de aquellos derechos se hará “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”. Por su parte, los beneficios de fomento del empleo se enfrentan no sólo a una paradoja –la de tratar como contrato de “interinidad” lo que no es más que la cobertura transitoria de un trabajador autónomo–, sino también a delicados problemas de control, como es fácil de comprender.

La LCFT incluye, por lo demás, normas de trabajo en sentido estricto y normas relativas a la Seguridad Social, como ya hemos tenido oportunidad de adelantar; normas que no sólo afectan a lo que podríamos denominar seguridad social “labo-

**DESDE UN PUNTO DE VISTA
SUBJETIVO SE PUEDE
AFIRMAR EL CARÁCTER
“TOTALIZADOR” DE LA LEY,
YA QUE PRETENDE LLEGAR
A LA GENERALIDAD DE LOS
TRABAJOS, A TODA LA
ACTIVIDAD PROFESIONAL
EN SU CONJUNTO,
SUPONIENDO UN NUEVO
PUNTO DE ENCUENTRO
ENTRE EL DERECHO DEL
TRABAJO Y EL DE LOS
FUNCIONARIOS**

(30) El grado y alcance real de esta afectación a las normas sobre cooperativas no está, de cualquier modo, especificado por la LCFT. El inciso final de la Disposición Adicional que se comenta parece circunscribir dicha afectación a la Seguridad Social (esto es: a las prestaciones por maternidad y por riesgo durante el embarazo), al decir expresamente que tales beneficios serán disfrutados “con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social”. Pero quizá haya que darle a esa previsión un sentido más amplio, para que pudiera afectar también a las normas de trabajo. Siendo así, la LCFT supondría una importante modificación y ampliación de los arts. 83 (permisos) y 84 (suspensión y excedencias) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, aparte de afectar, en alguna medida, a sus arts. 82 y 85 (régimen disciplinario y baja obligatoria, respectivamente); en buena lógica habría de afectar, asimismo, a las normas correspondientes aprobadas en cada Comunidad Autónoma.

(31) Más problemática parece la alusión a los “socios trabajadores” dentro de la Disposición Adicional Primera LCFT. ¿Son los “socios de trabajo” de una cooperativa que no es de trabajo asociado, o los socios de trabajo de otro tipo de sociedad, colectiva o comanditaria? Esta segunda opción interpretativa quizá sea la más correcta, pero en tal caso la extensión de los derechos “laborales” de la LCFT puede ser más complicada, ya que nos acercamos más al trabajo autónomo, en su sentido más estricto: ¿frente a quién tendrían que ejercitar tales derechos, si no hay empresario ni figura similar? Va de suyo, por lo demás, que los socios trabajadores de sociedades laborales son trabajadores asalariados, como ya se ha dicho.

ral” (la prevista originalmente para los trabajadores, extendida luego a muchos funcionarios) sino también a la seguridad social de los funcionarios públicos³². Es, pues, una ley con muchos tentáculos: introduce reformas en las Leyes laborales (Estatuto de los Trabajadores y Ley de Procedimiento Laboral) y en las Leyes de la Función Pública; modifica la Ley General de Seguridad Social y al mismo tiempo afecta a las normas básicas de los Regímenes Especiales, especialmente de los funcionarios públicos; acomete la reforma de la Ley de Prevención de Riesgos —que es, como se sabe, una especie de Derecho común en esa concreta materia— y proyecta sus efectos, en fin, sobre las normas de cooperativas.

Las reglas que afectan a la legislación laboral y a las leyes de seguridad social tienen, como es claro, validez para todo el territorio nacional, a tenor de lo que se desprende de los párrafos 7 y 17 del art. 149.1 de la Constitución. Por su parte, las modificaciones introducidas en la legislación de funcionarios (o que afecten a este otro sector del ordenamiento, como es el caso de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales), han de encuadrarse dentro del “régimen estatutario” de los funcionarios públicos³³, por lo que serán aplicables, asimismo, a la totalidad del sector, incluida la función pública de ámbito autonómico³⁴. Más incierto y variable es, desde este punto de vista, el carácter de las reglas destinadas a los socios trabajadores, socios de cooperativas y trabajadores autónomos: mientras que las normas de fomento del empleo podrían alternarse con otras de contenido similar procedentes de las Comunidades Autónomas, los beneficios “laborales” y de prevención de riesgos probablemente deban ser adscritos, por vía de asimilación, a la competencia del Estado en materia de legislación laboral.

5. ALCANCE MATERIAL Y ORDEN SISTEMÁTICO

El ámbito material de la LCFT es, asimismo, extraordinariamente variado, pese a que no es un texto excesivamente largo. La LCFT consta de nueve Capítulos, a los que se une un buen número de disposiciones adicionales (alguna de ellas, por cierto, de fácil ubicación dentro de la numeración ordinaria de la Ley). Todo su contenido gira, en cualquier caso, en torno a cinco grandes ejes temáticos: el eje laboral, el eje de la función pública, el eje de la prevención de riesgos, el eje de seguridad social y el eje del fomento del empleo. Cada uno de estos ejes actúa como centro de imputación de un conjunto de reglas, normalmente de contenido homogéneo pero a veces de contenido diverso o heterogéneo; lo cual quiere decir, visto desde la perspectiva contraria, que alguna de esas reglas proyecta sus efectos sobre dos o más ejes, precisamente porque su contenido es plural.

(32) Aunque no hace mención, curiosamente, del Régimen Especial de funcionarios de la Administración Judicial.

(33) No hace la LCFT, ciertamente, ninguna consideración sobre ello; pero es perfectamente trasplantable a esta nueva disposición legal lo que ya declarara, para aquella otra reforma, la Disposición Final de la Ley 3/1989.

(34) La reforma de la Ley 17/1999, del Personal de las Fuerzas Armadas, presenta, de todas formas, un matiz diferencial: como es obvio, no es una regla de carácter básico, sino, sencillamente, emanación de la competencia exclusiva que el Estado tiene en dicha materia.

Ley de conciliación de la vida familiar y laboral

La parte que podríamos llamar “laboral” se recoge en los dos primeros Capítulos de la LCFT. El Capítulo I, que incluye los arts. 1 a 7, se dedica a la modificación o ampliación de buena parte de las instituciones laborales que podrían agruparse bajo el rótulo genérico de interrupciones y vicisitudes del contrato de trabajo: permisos, reducción de jornada, suspensión y excedencia, todo ello por razones familiares (enfermedad, maternidad, lactancia, etc.) Desde ese punto de vista, implica la modificación, y en muchos casos, la ampliación, de bastantes arts. del ET: 37, 45, 46 y 48. También incluye nuevas reglas sobre despido, afectando así a los arts. 52, 53 y 55 ET. El segundo Capítulo de la LCFT, que consta de los arts. 8 y 9, viene a ser, de alguna manera, un refuerzo de lo anterior, introduciendo algunas reformas paralelas en la LPL: además de algún otro inciso, crea una nueva modalidad procesal para la solución de los litigios que pudieran plantearse en materia de permisos y reducción de jornada (art.138 bis LPL), y acomoda al texto anterior los preceptos que tratan de la calificación judicial del despido (arts.108 y 122 LPL).

A la relación de servicio de los funcionarios públicos se refieren los Capítulos VI y VII, que abarcan los arts. 19 a 21 de la LCFT, y que han de verse sobre todo como la traducción a ese contexto de las reglas previamente incorporadas al ámbito laboral, con la consiguiente reforma, como ya vimos, de los arts. 29 y 30 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública (excedencia por cuidado de familiares y permiso por maternidad y paternidad). Una medida complementaria se recoge en la Disposición Adicional Tercera de la LCFT, en la que se incorpora alguno de esos derechos a la Ley 17/1999, sobre el Personal de las Fuerzas Armadas. Cotejada una y otra legislación (laboral y de función pública), cabe advertir aún algunos matices diferenciales, sobre todo porque, a diferencia de lo que ha sucedido con la excedencia y la suspensión, la LCFT no ha afectado formalmente a la regulación de los permisos y la reducción de jornada dentro de la función pública (art. 30.1 Ley 30/1984). Esos matices aumentan de relieve si el cotejo se hace con la legislación del personal militar.

El eje de la prevención de riesgos laborales conforma el Capítulo III de la LCFT (art.10), que implica ante todo la reforma del art. 26 LPRL, para incrementar las medidas de protección de la maternidad y de las situaciones de riesgo por embarazo, acogiendo así algunas de las directrices del Derecho comunitario, como ya se dijo. Estos retoques tienen la proyección propia de la LPRL, que es muy amplia como se sabe (relaciones de trabajo, función pública y trabajo en cooperativas), y mantienen una relación inescindible con muchas de las reformas introducidas en la legislación de seguridad social. La reforma del art. 26 LPRL ha motivado también el añadido de un nuevo párrafo al art. 69 del Decreto 315/1964, que aprueba el Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, para incluir la “licencia” por riesgo durante el embarazo³⁵.

La reforma de la seguridad social se afronta primeramente en los Capítulos IV y IV ter (arts. 11 a 16 LCFT), dedicados, globalmente, a la acomodación de los correspondientes preceptos de la LGSS a las modificaciones introducidas en la legislación laboral y de prevención de riesgos. En su parte más significativa, se aprestan estos preceptos a la creación y regulación de una nueva situación protegida, que no es otra que el cese temporal en el

(35) Y quizá haya tenido alguna influencia, asimismo, en el art. 75 de la Ley 42/1999, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, aunque su contenido no sea equivalente.

trabajo por “riesgo durante el embarazo” (que pasa a ubicarse en los arts. 134 y 135 LGSS, que se aprovechan, tras un pequeño reajuste, de la desaparición de la invalidez provisional). Además de ello, la LCFT procede a una generalizada adaptación de la regulación preexistente, con vistas sobre todo a ofrecer una más exacta delimitación de la acción protectora, de las prestaciones del sistema y de las situaciones protegidas. Estas incidencias en el terreno de la protección social se completan con el art. 16 LCFT, por el que las reglas anteriores se declaran aplicables, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales y a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes del Mar, Agrario y de Autónomos³⁶; y con las menciones a la seguridad social de los funcionarios públicos recogidas en el Capítulo VIII LCFT (art. 22)³⁷.

El último eje se plasma en el Capítulo V de la LCFT (arts.17 y 18), en el que se abordan dos tareas. La primera es de poco alcance, dado que supone tan sólo la ampliación del rótulo de la Disposición Adicional Decimocuarta del ET, cuya referencia específica a la excedencia por “cuidado de hijo” se amplía al “cuidado de familiares”, haciéndose cargo así de la ampliación del art. 46 ET y proyectando los efectos propios de esa Disposición Adicional³⁸ sobre el nuevo ámbito del precepto. La segunda es de mayor calado, y significa una reformulación del art. 1 del RD-L 11/1998, de 4 de septiembre, con el fin de ampliar sus reglas³⁹ a los contratos de interinidad celebrados para cubrir las situaciones de interrupción por riesgo durante el embarazo; reglas que se extienden, como ya vimos, a la sustitución de trabajadores autónomos y socios trabajadores o de cooperativas.

El ámbito material de la LCFT es, pues, plural y heterogéneo, y por ello su valoración también habrá de ser, forzosamente, variada, máxime cuando afecta a normas tan dispares y cuando su incidencia sobre la situación normativa anterior bascula desde el simple retoque al cambio completo o a la reformulación de los mandatos o preceptos afectados. De cualquier modo, toda ella responde a unas directrices comunes: es la tutela directa del trabajador, o de algunos de sus bienes más cercanos (la familia y la salud), el fin predominante y más destacado en esta nueva intervención normativa, con independencia ahora de que la opción elegida a la hora de redactar los correspondientes preceptos haya sido la mejor, o de que, como es natural, también puedan apreciarse lagunas o deficiencias en su definitiva formulación. Es el Derecho del Trabajo, por otra parte, el pivote de toda esta regulación; si bien se mira, la proyección de las reglas de la LCFT a otros sec-

(36) Bien es verdad que, para los trabajadores por cuenta propia, “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”, por las razones que anteriormente se apuntaron, relativas, muy probablemente, a las dificultades de control y verificación de la situación protegida.

(37) Que introduce en las normas de mutualismo administrativo (Ley 28/1975 para Fuerzas Armadas y Ley 29/1975, para funcionarios civiles) una pequeña reforma con el fin de asimilar a la situación de incapacidad temporal la “licencia por riesgo durante el embarazo”, con vistas a su protección. Dicho sea de paso, ni la remisión del art. 22 LCFT al art. 69.3 del Decreto 315/1964 parece suficiente (puesto que no se hace mención del régimen de las Fuerzas Armadas), ni se justifica, quizá, la ausencia de reseña para el mutualismo judicial.

(38) Reducción de cuotas empresariales de Seguridad Social por contingencias comunes para los contratos de sustitución de trabajadores en dicha situación.

(39) Bonificación del 100 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de contingencias profesionales y las de “recaudación conjunta”.

tores del ordenamiento jurídico se hace desde ese paradigma, como irradiación de los derechos “laborales” a los restantes tipos de trabajo.

6. CRITERIOS Y FUENTES DE REGULACIÓN

Desde ese punto de vista, la LCFT –y lo mismo cabría decir de sus precedentes más inmediatos– puede considerarse como una ley “antigua” y al mismo tiempo vanguardista. Lo primero porque supone una especie de regreso a las maneras más tradicionales de construir el Derecho del Trabajo: no es una Ley que pueda inscribirse, ni mucho menos, en la línea flexibilizadora a que nos tenían acostumbrados las últimas reformas laborales, habida cuenta que incrementa notablemente la dosis de regulación de nuestro ordenamiento laboral y que lo hace, además, para extender la esfera de derechos del trabajador en el contexto de la relación laboral. Con todos los matices que se quiera, no parece descabellado decir que si las grandes reformas de los años noventa estuvieron mayormente preocupadas por los márgenes de decisión del empresario, la LCFT atiende sobre todo a la posición del trabajador en el contrato de trabajo si aquellas reformas ampliaron el poder empresarial, esta otra intervención amplía las posibilidades del trabajador de imponer un paréntesis en su prestación de trabajo.

Éste es, desde luego, un objetivo clásico de la norma laboral, pero no deja de situarse en la estela más moderna del Derecho del Trabajo. A poco que se reflexione sobre ello –y a tal efecto son muy ilustrativas también las reformas de los últimos años–, no es difícil llegar a la conclusión de que en el ordenamiento laboral de los últimos tiempos confluyen dos tendencias aparentemente contrapuestas, pero que quizá hayan de venir de la mano: por un lado, su progresivo adelgazamiento en muchos de los temas pioneros (tiempo de trabajo y régimen del salario, especialmente), para dejar más espacio a la negociación colectiva o, en general, a la autonomía de las partes⁴⁰, y por otro, su intensificación y expansión en los asuntos más directamente concernientes a la persona del trabajador y a su círculo familiar (dignidad, intimidad, integridad física y, por supuesto, conciliación de la vida laboral y familiar). Esta segunda tendencia responde en buena medida al discurrir de

TODO EL CONTENIDO DE LA LEY GIRA EN TORNO A CINCO GRANDES EJES TEMÁTICOS: EL LABORAL, EL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, EL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS, EL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DE FOMENTO DEL EMPLEO. SE TRATA DE UN ÁMBITO PLURAL Y HETEROGÉNEO CUYA PRINCIPAL DIRECTRIZ SE ORIENTA A LA TUTELA DEL TRABAJADOR Y A ALGUNOS DE SUS BIENES MÁS PRECIADOS, LA FAMILIA Y LA SALUD

(40) Véase, con carácter general, el diagnóstico avanzado por A. SUPLOT et aleri, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 203 y ss.

los tiempos, pero también cuenta con un impulso significativo desde el Derecho comunitario; quizá sea, por cierto, el terreno más apropiado para un Derecho laboral europeo.

La LCFT da cumplida cuenta, por otra parte, de uno de los rasgos más característicos de nuestro Derecho laboral, en el que la norma estatal ha procurado siempre una regulación incisiva, y hasta premiosa, de ciertas condiciones de trabajo y de las distintas vicisitudes de la relación de trabajo, a diferencia de lo que ha ocurrido en buena parte de los países de nuestro entorno (que han confiado más en la negociación colectiva). Siendo una disposición legal corta, y de contenido monográfico, no cabe duda de que en términos generales puede calificarse de ley intervencionista, no ya por el mero hecho de que reincida en estas materias, sino más bien porque lo hace con inusitado entusiasmo (vale decir, con detalle y minuciosidad extremas, puede que hasta excesivas). Esa opción legislativa quizá venga exigida por la calidad de los derechos en juego, pero también puede ser fruto de la trayectoria histórica de los preceptos legales afectados, que se han ido fraguando a lo largo del tiempo mediante sucesivas enmiendas y reformulaciones, para añadirles progresivamente nuevas posibilidades de uso o mayor potencialidad.

Se trata, en cualquier caso, de una opción que añade complejidad a un ordenamiento bastante denso y desarrollado, y que hace crecer los artículos —¿qué son ya, sino pequeñas disposiciones legales?— de modo desmesurado, con el riesgo consiguiente de dificultad interpretativa y, a la postre, de insatisfacción. Como fácilmente se comprueba, muchas de las modificaciones que incorpora, lejos de resolver problemas pendientes —visibles, sobre todo, en materia de permisos y suspensión del contrato: cómo se articula la adopción con el acogimiento, cómo se conjugan los derechos de los cónyuges, en qué términos se configuran los derechos del padre, etc.—, parecen especialmente propicias para la generación de nuevas o mayores incógnitas (márgenes de oposición o negativa por parte del empresario, articulación de los derechos por cuidado de hijo y por cuidado de familiares, etc.)

Su propia densidad en la regulación de todas estas materias hace que la LCFT sea una norma prácticamente autosuficiente, en el sentido de que deja poco espacio para el desarrollo reglamentario. De hecho, son muy escasas las remisiones o llamadas a ese otro tipo de norma estatal. Dejando al margen la cláusula de estilo incorporada a su Disposición Final Primera —en la que se autoriza al Gobierno para dictar “cuantas disposiciones fueran necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley”—, la entrada del reglamento sólo está prevista de forma expresa para precisar los términos de una de las modalidades posibles de disfrute del descanso por maternidad o paternidad (art. 48.4 ET), y para proceder a la adaptación de la protección por “riesgo durante el embarazo” en ciertos Regímenes Especiales de Seguridad Social (art. 16 LCFT). Con toda probabilidad, esta restricción implícita de la potestad reglamentaria responde a los principios generales que informan en la actualidad la producción de normas laborales, que tratan de residenciar en el convenio colectivo, y no en el reglamento, la vitola de norma de complemento o desarrollo de la ley; pero también puede que sea fruto de un cálculo bastante apresurado de las necesidades de apoyo de una regulación que no es precisamente sencilla.

Ley de conciliación de la vida familiar y laboral

Tampoco se adivina en la LCFT, por otra parte, programación alguna acerca de las posibles relaciones entre ley (o norma estatal, por decirlo en términos más generales) y convenio colectivo. Desde este punto de vista, no hay más que silencio (con alguna excepción muy incidental, como la del art. 46.3 ET, a propósito de la excedencia por cuidado de familiares), e incluso absorción por parte del legislador estatal de lo que, en algunos aspectos al menos, sería un terreno muy propicio para la negociación colectiva (concreción horaria y período de disfrute de ciertos permisos, circunstancias empresariales que podrían justificar una negativa, etc.; incluso, la distribución entre los cónyuges del descanso por maternidad, remite formalmente a la norma reglamentaria). En cualquier caso, aunque no haya remisiones explícitas, es claro que la negociación colectiva podrá abordar todos aquellos aspectos en los que no haya una regulación cerrada de carácter imperativo, lo mismo que podrá ampliar y mejorar los derechos reconocidos en la ley.

La LCFT ofrece, por lo demás, una regulación que en su mayor parte puede considerarse de derecho necesario, con las consecuencias que ello tiene para la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo. De cualquier modo, no ha de perderse de vista que el ejercicio de buena parte de esos derechos presupone la existencia de un acuerdo más o menos explícito entre las partes afectadas; aunque su titular sea el trabajador, y aunque su puesta en marcha quede en principio en sus manos, lo cierto es que su uso normalmente requerirá un mínimo acuerdo entre las partes. Así se desprende, en efecto, de algunos pasajes de la ley, unas veces porque prevén posibles discrepancias, y dan cauces para su resolución (art. 37.6 ET), y otras, porque de forma expresa aluden al acuerdo entre los distintos sujetos interesados (art. 48.4 ET).

Conviene reseñar, por último, que no se trata de una ley “negociada”, al menos aparentemente. A diferencia de la mayor parte de las reformas legales introducidas en los años ochenta y noventa, la LCFT nace de un anteproyecto del Gobierno que no ha sido objeto más que de las consultas, trámites e informes estrictamente exigidos para la tramitación de las leyes, y que no ha estado presente, por lo que se conoce, en las habituales mesas de concertación entre el Gobierno y los agentes sociales. Desde este punto de vista tan sólo se ha visto acompañado, como no podía ser de otro modo, por el preceptivo Dictamen del CES, del que se desprende, en términos generales, una valoración positiva, bien es verdad que acompañada de algunas críticas (sobre el derecho al descanso por “paternidad”, el hecho causante de la excedencia, la protección de la mujer en situación de lactancia, o la protección de los trabajadores autónomos) y de dos votos particulares (de consejeros del Grupo primero) que pedían, en general, el refuerzo y la ampliación de algunos derechos⁴¹.

7. LAS NUEVAS REGLAS SOBRE CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES

Atendiendo a su contenido, no cabe duda de que uno de los aspectos centrales de la LCFT es la ampliación de las posibilidades con que cuenta el trabajador para el cuidado de familiares, o, si se prefiere, para conseguir una buena “conciliación” entre la vida laboral

(41) El Dictamen fue emitido con fecha de 28 de abril de 1999, y puede consultarse en las publicaciones oficiales de dicho Organismo.

y los requerimientos de la familia, por atender al título de la Ley. Como ya dijimos, no se trata, desde luego, de una regulación novedosa, sino de la extensión de una serie de derechos que ya se reconocían con anterioridad; pero los añadidos son de cierta relevancia. Son, por otra parte, derechos dirigidos con carácter general a “las personas trabajadoras”, aunque es innegable que tienen como principal destinatario a la mujer trabajadora, pues no en vano es la que generalmente debe compatibilizar una y otra dedicación y la que, de momento al menos, soporta en mayor medida la “doble jornada” a la que se refiere el preámbulo de la LCFT.

Con esos fines, la LCFT ha procedido a una mayor especificación, y a una extensión en definitiva, de los supuestos en los que el trabajador puede ausentarse del trabajo o reducir su dedicación laboral por motivos familiares. Como es sabido, nuestra legislación ofrecía a estos efectos dos grandes posibilidades, por simplificar: o bien la interrupción de la prestación de servicios, bajo diversa cobertura (permisos o licencias cortas, suspensión, excedencia), o bien la liberación del trabajo durante una parte de la jornada (reducción de jornada, por un determinado periodo). La LCFT mantiene este esquema básico, pero enriqueciéndolo notablemente. Sus cambios han afectado sobre todo a los arts. 37.5 y 46.3 ET; algún retoque interesante se ha introducido, asimismo, en el art. 37.3 ET⁴².

La primera novedad es la inclusión expresa de los supuestos de “accidente” y “hospitalización” de parientes en el ámbito de aplicación de los permisos de dos días (ampliables a cuatro en caso de desplazamiento) que el art. 37.3 ET venía contemplando para atender asuntos familiares del trabajador. Puede que tales situaciones estuvieran comprendidas de alguna forma en la anterior formulación de la ley, por su proximidad con la “enfermedad grave”; pero es claro que la redacción actual es mucho más terminante, y más efectiva por tanto. También resulta más conforme a la Directiva 96/34/CE, sin perjuicio de que una transformación rigurosa de sus términos hubiera exigido, tal vez, una referencia explícita a la posibilidad de ausentarse del trabajo —sin necesidad de “permiso”, parece— en los casos de “fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes”.

Conviene apuntar, por otra parte, que el art. 37.3 ET —como el art. 37.5, o el art. 46.3, cuando tratan del cuidado de familiares— limita el círculo de personas protegidas a los parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad⁴³, lo cual quizá merez-

(42) Apenas ha sufrido variación, en cambio, el art. 37.4 ET, que reconoce el derecho a pausa en el trabajo, o a reducción de jornada, por motivos de lactancia; la nueva redacción tan sólo ha servido para aclarar que tal reducción habrá de proyectarse sobre la jornada que tenga el trabajador (“su jornada”), lo cual le hace aplicable, parece, tanto al trabajo a jornada completa como al trabajo a tiempo parcial. Sigue presente, de todos modos, el viejo problema interpretativo acerca del carácter retribuido o no de ese tiempo, y la queja habitual sobre la escasa entidad cuantitativa de esos derechos, especialmente en los casos en que sea necesario un desplazamiento, máxime en ciudades de cierta dimensión. Nótese, por lo demás, que la titularidad del derecho sigue recayendo en “las trabajadoras”, lo cual, aunque muchas veces se ha criticado, quizá siga siendo razonable, máxime si, como vienen poniendo de relieve recientes declaraciones, se quiere potenciar la “lactancia materna”. Recuérdese, además, que la STC 109/1993, de 25 de marzo, consideró que la maternidad y el embarazo constituyen una “realidad biológica diferencial” a efectos de protección, por lo que no son discriminatorias las medidas que tutelen a la madre en exclusiva, sin perjuicio de que también sea aceptable favorecer el reparto de papeles entre los dos miembros de la pareja.

(43) Recuérdese que los lazos de afinidad llegan no sólo a los parientes consanguíneos del cónyuge, sino también a los cónyuges de los parientes que lo sean por razón de sangre (STS 18 de febrero de 1998, Ar. 2209).

ca alguna crítica. En primer lugar, porque deja fuera, indebidamente, al parentesco por adopción⁴⁴. Y en segundo término, porque en una regla como ésta lo importante no es tanto el vínculo formal, sino más bien las relaciones de convivencia habitual y de dependencia física y económica; un tipo de relación que —dejando ahora al margen el caso de las personas que no tienen vínculo familiar— se da con frecuencia entre personas que siendo familiares, no están comprendidas en ese estrecho círculo.

La segunda reforma, más rica desde luego, afecta al art. 37.5 ET, y se refiere a la reducción de jornada por razones de guarda de un menor o de un “minusválido” (palabra que sustituye a la de “disminuido”, anteriormente utilizada), que ahora se extiende a “quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”, siempre que “por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida⁴⁵”. Esta posibilidad se configura como derecho “individual” de cada trabajador, siguiendo así las directrices de la Directiva 96/34/CE; y a ella pueden acudir, en consecuencia, dos o más trabajadores “por el mismo sujeto causante” (cónyuges, hermanos, etc.)⁴⁶. La reformulación del precepto, en cualquier caso, ha dejado sin resolver viejos problemas interpretativos, como el de la aplicación o no al tiempo de trabajo resultante de las reglas propias del trabajo a tiempo parcial; suscita, al mismo tiempo, dudas inéditas hasta ahora, fruto de las nuevas posibilidades que se abren.

Una primera duda se refiere, por ejemplo, a la noción de “accidente o enfermedad” que deba utilizarse a estos efectos. Tanto el accidente como la enfermedad han de tener como consecuencia que el afectado “no pueda valerse por sí mismo”; noción esta que no remite de manera directa a ninguna de las contingencias típicas de la Seguridad Social (ni a

(44) Regla que contrasta, por cierto, con lo dispuesto por el art. 1.3.e) ET a la hora de delimitar los “trabajos familiares” que quedan fuera de la legislación laboral. La exclusión de ese otro tipo de lazos familiares resulta, además, un tanto sorprendente, dado que la adopción genera vínculos familiares (art. 178 CC) y puede justificar, por lo tanto, el uso del permiso parental. Esas facilidades pueden tener sentido, incluso, en relación con personas “acogidas”, puesto que el acogimiento familiar, pese a no romper los vínculos familiares anteriores, “produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él” (art. 173 CC).

(45) Curiosamente, a partir de la reforma operada por la Ley 66/1997, la legislación de funcionarios prevé un derecho a disminución de la jornada de trabajo para el cuidado directo de menores de 6 años, anciano que requiera dedicación especial, o disminuido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida [art. 30.1.f) Ley 30/1984]. Este derecho fue desarrollado por el RD 2670/1998, de 11 de diciembre, y, para funcionarios docentes, por OM de 26 de octubre de 1999.

(46) Si fueran trabajadores de la misma empresa, “el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa” (art. 37.5 ET).

UNO DE LOS ASPECTOS CENTRALES DE LA LEY ES LA AMPLIACIÓN DE LAS POSIBILIDADES CON QUE CUENTA EL TRABAJADOR PARA CONSEGUIR UNA BUENA “CONCILIACIÓN” ENTRE LA VIDA LABORAL Y LOS REQUERIMIENTOS DE LA FAMILIA

la incapacidad temporal ni a las incapacidades permanentes, en cualquiera de sus grados), seguramente porque lo importante en este caso no es tanto el derecho a protección social como la necesidad de ayuda o asistencia de una persona (y no exclusivamente para los “actos más esenciales de la vida”)⁴⁷. La “edad”, por su parte, parece que actúa aquí como concepto indeterminado, en el sentido de que la necesidad de ayuda no deberá valorarse tan sólo en función del número de años, sino también a la vista de otras circunstancias que pudieran concurrir. En todo caso, parece que esta modalidad de reducción de jornada tiene carácter indefinido o, al menos, indeterminado desde el punto de vista temporal, pues, al igual que en la prevista para el cuidado de “minusválido” (y a diferencia del cuidado de hijo “menor”), no hay aquí una limitación temporal objetiva.

No es fácil tampoco encontrar la respuesta más apropiada para una eventual solicitud de acumulación de derechos (reducción horaria por hijo y reducción por cuidado de familiar) por parte de un mismo trabajador. En principio, no parece que una propuesta de ese tipo debiera tropezar con mayores problemas, puesto que la reducción del tiempo de trabajo lleva aparejada la correspondiente reducción salarial; pero también es cierto que el precepto impone unos límites a dicha reducción (de un tercio a la mitad de la jornada), que responden seguramente a razones de organización empresarial y que habrían de respetarse en todo caso, salvo previsión “mejor” en convenio colectivo o contrato de trabajo.

Queda en pie, en fin, la posibilidad de aplicación de todas estas facilidades, que implican una reducción del tiempo de trabajo, a los trabajadores a tiempo parcial. Tales trabajadores, como se sabe, tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo; con la precisión añadida de que esos derechos serán reconocidos de manera proporcional, en función del tiempo de trabajo, “cuando corresponda en atención a su naturaleza” [art. 12.4.d) ET]. No es difícil llegar a la conclusión de que la facilidad concedida por el art. 37.5 ET es, desde un punto de vista material, susceptible de aplicación proporcional; pero quizá en este caso la regla de proporcionalidad resulte sencillamente inadecuada. No sólo porque la reducción que proporciona será seguramente insuficiente para el cumplimiento de sus fines, sino también porque no es igual, desde el punto de vista de la disponibilidad de tiempo “libre”, la situación de quien trabaja a tiempo completo y la de quien sólo lo hace a tiempo parcial (otra cosa es si lo hace de manera voluntaria o forzado por la situación existente), que por definición cuenta con más posibilidades de dedicación a la familia; salvo, claro está, que tenga más de un trabajo, en cuyo caso tampoco estaríamos exactamente ante un problema de proporcionalidad, sino de articulación o compatibilización de trabajos⁴⁸.

(47) Recuérdese que el art. 30.1.f) LRFP habla de “anciano que requiera especial dedicación”.

(48) Mirándolo bien, la institución más apropiada para ese otro supuesto probablemente fuese la excedencia en uno de los trabajos, lo cual refuerza la idea de que bajo distintos nombres (reducción de jornada, permisos, suspensiones y excedencias), estamos en realidad ante derechos que muestran una misma razón de ser cuando se proyectan sobre un mismo objeto. Ello avalaría, seguramente, una ordenación distinta de nuestros viejos preceptos laborales.

Ley de conciliación de la vida familiar y laboral

La modificación del art. 46.3 ET —que ya fue objeto de reforma con la ley 4/1995⁴⁹— también ha incorporado diversos elementos de interés. Dos son, en este caso, las vías de ampliación de los derechos previamente existentes. Por un lado, la inclusión de los supuestos de acogimiento, tanto “permanente” como “preadoptivo”, en el ámbito de aplicación de la excedencia especial que se venía concediendo en caso de cuidado de hijo por naturaleza o adopción. Por otro, la extensión de esa misma figura a los casos en que sea necesaria para el “cuidado de un familiar”, en los mismos términos que el derecho a la reducción de jornada: siempre que sea para cuidar a un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que “por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida⁵⁰”.

Estos nuevos supuestos de excedencia reciben formalmente un trato equivalente al que se venía dando a la tradicional excedencia por cuidado de hijo, aunque a la excedencia por cuidado de familiar se le asigna en principio un tope máximo de un año⁵¹. Estos derechos, por otra parte, se reconocen indistintamente a hombres y mujeres, y ambos, siendo trabajadores, podrían acceder a su disfrute, aunque se refieran a un mismo sujeto causante; si bien, en caso de que ambos trabajen en la misma empresa, a ésta se le concede la facultad de “limitar” su ejercicio simultáneo “por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”, lo cual quiere decir, seguramente, que puede negar su ejercicio en un determinado momento, o posponerlo a otro posterior.

Es un derecho, por otra parte, susceptible de ser ejercitado en función de dos o más sujetos causantes, no de manera simultánea, obviamente (puesto que al tratarse de una excedencia, no cabe hablar de derechos añadidos o superpuestos), pero sí de forma sucesiva (hijo y después familiar, o viceversa), en cuyo caso el periodo anterior finalizaría (al margen de su duración efectiva) con el inicio de un nuevo periodo⁵². En todo caso, cabe preguntarse si la excedencia por cuidado de familiar puede reiterarse en el tiempo, mediante sucesivos periodos, dado que, en principio, no está condicionada por la acotación temporal típica de la excedencia por cuidado de hijo (al nacer, o, en su caso, al adoptarlo, no después de ese periodo). Quizá la respuesta deba ser negativa, ya que se trata de

(49) Vid. R. ESCUDERO y J. MERCADER, “Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo”, RL, núm. 11 (1995), págs. 98 y ss.

(50) También aquí cabría plantearse si este derecho es aplicable a los trabajadores a tiempo parcial y, en su caso, en qué forma o medida. Aunque en otros ordenamientos haya ejemplos de ello (A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, cit., pág. 125), no parece que en principio vaya dirigido a ese tipo de trabajo, por la mayor disponibilidad de tiempo del correspondiente trabajador; pero es claro que puede tener mucho sentido en el supuesto de compatibilización de dos o más trabajos a tiempo parcial (referido, por ejemplo, a uno de ellos).

(51) Ampliable, bien es cierto, a través de la negociación colectiva, pero cabe plantearse si esa eventual extensión gozará de los derechos que el propio art. 46.3 ET concede al periodo de excedencia por cuidado de hijo que sobrepase el año, lo cual es, cuando menos, discutible. No parece, por lo demás, que el trabajador en excedencia por cuidado de familiares se beneficie de lo dispuesto por el art. 180.b) LGSS, que —con alguna salvedad— considera como periodo cotizado el primer año de excedencia por cuidado de hijo, ya que se dedica de forma expresa y exclusiva a esta otra situación. Sobre el alcance de esa regla, GARCÍA MURCIA y CASTRO ARGÜELLES, *Prestaciones familiares por hijo a cargo*, Comentario a la *Ley General de Seguridad Social* (dir. MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA), Comares, 1999, págs. 1638 y ss.

(52) Si bien, quizá pueda interpretarse que la finalización juega a plenos efectos entre excedencias causadas por una misma “clase” de sujetos, pero no entre excedencias de distinta finalidad (ya que su potencial duración no es equivalente); de tal manera que una excedencia por cuidado de hijo que concluyese antes de tiempo por el inicio de una excedencia por cuidado de familiar podría —si así se interpretase— reanudarse al cabo de la segunda.

un derecho que, a diferencia de la simple excedencia voluntaria, va acompañado de una garantía especial (reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad).

8. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESCANSO POR MATERNIDAD

También son de relieve las reformas introducidas por la LCFT en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad (art. 48.4 ET). En este terreno no puede hablarse en sentido estricto de adaptación al Derecho comunitario, sino más bien de ampliación y perfeccionamiento de los derechos anteriormente existentes, así como de reestructuración, en parte, de las posibilidades de uso que legalmente se conceden al padre y la madre. Con todo, también puede decirse que estos retoques y añadidos están de alguna manera influidos por aquellas directrices, en cuanto que vienen a reforzar el derecho al descanso de la mujer trabajadora en situación de maternidad, y a tratar de corresponsabilizar al varón en las tareas domésticas. Algún pasaje de la reforma, por lo demás, responde de modo muy directo a dictados internacionales, como sucede con la exigencia de que las seis semanas de dicho periodo “inmediatamente posteriores al parto” sean disfrutadas obligatoriamente por la madre (para acomodarse a la regla del art. 3.3 Convenio OIT núm. 103, que se refiere directa y expresamente a la “mujer”).

Tratando de sintetizar, la LCFT ha afectado, con mayor o menor intensidad, al ámbito de aplicación de ese derecho, a la duración del descanso por maternidad, y a las reglas de distribución de dicho periodo. La LCFT ha supuesto, por de pronto, la inclusión expresa del acogimiento “permanente” (y no sólo del “preadoptivo”, como parecía desprenderse de la regulación anterior) entre las causas que motivan el descanso por maternidad, con la consiguiente modificación de los arts. 45.1.d) y 48.4 ET. Al mismo tiempo, y de modo paralelo, dicha modalidad de acogimiento ha sido incorporada a la situación protegida mediante “prestación de maternidad” dentro del sistema de Seguridad Social, lo que ha supuesto un pequeño retoque en el art. 133 bis LGSS.

La suspensión del contrato de trabajo en los casos de adopción o acogimiento ha sido objeto, asimismo, de algunas otras indicaciones de interés: se ha equiparado por completo la duración de la suspensión por adopción o acogimiento a la duración del descanso por “maternidad biológica” (dieciséis semanas ininterrumpidas); se ha elevado de cinco a seis años la edad del menor que actúa como umbral para el disfrute de ese derecho, suprimiendo las anteriores franjas de edad⁵³; se ha extendido la posibilidad de suspensión del contrato a los supuestos de adopción o acogimiento de “menores” —en el sentido, parece, de menores de dieciocho años, por implicar ésta “mayoría de edad”— que tengan más de seis años, siempre que sean discapacitados o minusválidos, o que “por sus circunstancias o experiencias personales”, o por “provenir del extranjero”, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar; y se ha contemplado la posibilidad de que en caso de “adopción internacional” el periodo de suspensión se inicie hasta cuatro semanas antes de la

(53) En las anteriores redacciones del precepto se distinguía, a efectos de la duración del permiso, entre menores de nueve meses y menores de cinco años. La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, mantuvo esa distinción, aunque eliminó algunas diferencias al equiparar la duración del descanso en el primero de esos supuestos a la que tenía el descanso por maternidad biológica. La LCFT ha completado ese proceso al establecer una misma duración para todos los casos.

resolución por la que se constituya la adopción, si fuese necesario el desplazamiento de los padres al país de origen del adoptando.

Por lo que se refiere a la duración del descanso por maternidad, se ha mantenido en principio lo dispuesto por la legislación anterior, pero con algún añadido de relevancia. Por un lado, se ha procedido a una mejor y más clara formulación de la ampliación del descanso por parto múltiple, acomodándola al número de hijos, de tal manera que el suplemento previsto por la ley (dos semanas) se aplicará “por cada hijo a partir del segundo”, regla que se aplica también a la “maternidad” por adopción o acogimiento múltiple, y que no es bastante, dicho sea de paso, para aclarar la situación normativa del “subsidio especial por parto múltiple”⁵⁴. Por otro lado, la duración del descanso en los supuestos especiales de adopción o acogimiento se ha equiparado por completo, de modo que desaparecen las diferencias anteriormente existentes en su duración, y se toma como única medida la regla general de dieciséis semanas (ampliable, en los mismos términos que en la maternidad biológica, en caso de adopción o acogimiento múltiple)⁵⁵.

En cuanto a la distribución de esos tiempos, la LCFT ha supuesto, en términos generales, mayores posibilidades de autoorganización de los interesados y de combinación en el seno de la pareja, bien es verdad que con aquel límite proveniente del Convenio núm.103 de la OIT, y con la apostilla, no totalmente novedosa, de que el tiempo de descanso habrá de disfrutarse “de forma ininterrumpida”. Ciertamente, el art. 48.4 ET sigue considerando a la madre (trabajadora) como primera titular del derecho⁵⁶, y por ello las posibilidades de uso por parte del padre siguen siendo de alguna forma subsidiarias. Tales posibilidades son, en resumidas cuentas, las dos siguientes: de un lado, que el padre haga uso “de la totalidad o, en su caso, de la

SON DE RELIEVE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MATERNIDAD, AFECTANDO AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO, A LA DURACIÓN DEL DESCANSO POR MATERNIDAD Y A LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE DICHO PERIODO

(54) La doctrina unificada al respecto en STS 11 de mayo de 1998 (Ar. 4325).

(55) Así pues, y como se acaba de decir, se ha cerrado el proceso de acercamiento entre el régimen jurídico de uno y otro tipo de maternidad/paternidad. Pero quizá no esté de más preguntarse por el sentido de esta equiparación absoluta, dado que la atención que requieren los hijos a una u otra edad es de distinto grado, tanto por la clase de ayuda que necesitan como por las posibilidades que a partir de una determinada edad hay normalmente para conjugar el cuidado familiar con el que prestan otras instancias, como guarderías o colegios. Da la impresión, una vez más, de que la búsqueda de una igualdad formal absoluta ha conseguido dejar en la penumbra diferencias de hecho que pueden ser relevantes. Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, “Legislación laboral y responsabilidades familiares” (II), AS, núm. 8 (1999), pág.16.

(56) Es muy ilustrativa a esos efectos la referencia del art. 48.4 ET a que el periodo de descanso se distribuirá “a opción de la interesada”. Es curioso, por otra parte, que los preceptos de la LCFT que reforman la legislación laboral sigan hablando de “maternidad”, mientras que los que se dedican a la legislación de funcionarios, pese a ofrecer una regulación muy semejante, aparecen bajo el rótulo de “permiso de maternidad y paternidad” (art. 20 LCFT). Que la primera titular sea la madre significa también que sigue sin acogerse un derecho directo del padre, lo cual quiere decir, a la postre, que no puede disfrutar de esta suspensión del contrato cuando la madre no trabaje. La situación no puede considerarse discriminatoria, puesto que, como es fácil de comprender (y sin entrar ahora en lo que sea preferible desde el punto de vista personal o social), no se dan las mismas necesidades para el cuidado del hogar y de la familia cuando un cónyuge no trabaja que cuando trabajan ambos; es cierto que cuando el padre no trabaja la madre tiene derecho al descanso, pero en tal caso concurren factores diferenciales que no merecen mayor aclaración.

parte que reste del periodo de suspensión”, en caso de fallecimiento de la madre (siguiéndose así algunas propuestas doctrinales); de otro, que la madre opte, al iniciar el periodo de suspensión, por transferir al padre el disfrute de “una parte determinada” e ininterrumpida del descanso posterior al parto, siempre que ambos trabajen y —como ya se decía en la normativa anterior, y como parece razonable— salvo que su reincorporación al trabajo “suponga un riesgo para su salud”, en el momento de hacerse efectiva.

En todo caso, esa posible distribución del descanso entre los dos miembros de la pareja puede seguir distintas modalidades. Por de pronto, el tiempo de descanso “transferido” al padre puede disfrutarse “de forma simultánea o sucesiva” con el que corresponda a la madre, siempre con el límite de su duración máxima. Además, esos periodos de descanso pueden disfrutarse en régimen de “jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados”; lo cual abre la posibilidad de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada (pasando el trabajador a un régimen de tiempo parcial, al parecer), y de que madre y padre se alternen durante el mismo periodo, y a media jornada, en los cuidados correspondientes⁵⁷.

9. EL RIESGO POR EMBARAZO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

Aunque desde un punto de vista social y jurídico la pretensión de conciliar “la vida familiar y laboral” parece remitir sobre todo a las instituciones que se acaban de revisar (permisos, reducción horaria, suspensiones, excedencias), la LCFT ha sido aprovechada también para cubrir una “laguna” importante de nuestra legislación sobre prevención de riesgos laborales. Nos referimos, en concreto, a las medidas de prevención y protección de la mujer trabajadora en las situaciones de embarazo y lactancia, aspecto este sobre el que ya existían algunas reglas en nuestro ordenamiento pero en el que la situación normativa no parecía ser del todo satisfactoria, aparte de no ajustarse de modo riguroso a las directrices comunitarias.

Dentro de nuestra legislación, tales situaciones venían siendo contempladas, en síntesis, a través de dos tipos de normas, que ahora se han visto modificadas por la LCFT: de una parte, y como ya hemos tenido ocasión de comentar, las reglas sobre maternidad, que son las más tradicionales, y que prevén, como se sabe, tanto la suspensión del contrato de trabajo (arts. 45 y 48 ET), como la provisión de subsidios sustitutivos del salario con cargo a la Seguridad Social (art. 133 bis LGSS); de otra, las normas de prevención de riesgos laborales, más modernas, que incluyen previsiones específicamente dirigidas a la evaluación, prevención y protección de los riesgos propios de la mujer trabajadora en la situación de embarazo o parto reciente (art. 26 LPR).

Estas últimas previsiones arrancan, en su versión más reciente, de la Directiva 92/85/CEE, que, como ya vimos, se ocupa específicamente de la protección de la mujer

(57) Como es fácil de comprender, la posibilidad de disfrutar a tiempo parcial el descanso por maternidad origina algunos problemas interpretativos (¿será asimilable la situación resultante al contrato a tiempo parcial?), y tiene evidentes repercusiones en el sistema de Seguridad Social (¿subsidio a tiempo parcial?)

trabajadora desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo. Son, pues, transposición del Derecho comunitario, y en consecuencia incorporan a nuestro sistema el esquema preventivo que trata de difundir la Comunidad Europea, desde la adecuada evaluación de los riesgos hasta el cambio de puesto de trabajo cuando fuese necesario, pasando por la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo. Pero presentaban, al mismo tiempo, ciertos desajustes respecto de dichas directrices, sobre todo porque no proporcionaban una salida airosa para la hipotética situación de una mujer embarazada que no pudiera seguir prestando servicios en la empresa, por no disponer en su organigrama de un puesto de trabajo compatible con ese estado: ni prevenían cuál debía ser su situación laboral, ni contemplaban tampoco una cobertura económica sustitutiva del salario, para el caso de que fuese necesario el cese transitorio en el trabajo⁵⁸.

La corrección de esa situación normativa es el principal objetivo de los preceptos correspondientes de la LCFT (art. 10). Con ella se introducen importantes modificaciones en el art. 26 LPR, entre las que destaca sin duda la posibilidad de que si el cambio de puesto de trabajo —la última de las medidas aplicables, según la redacción anterior de ese precepto— “no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo”. Se incorpora, pues, la “dispensa” de trabajo prevista en el art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE, y a tal efecto se crea un nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo —que es seguramente la institución más apropiada para ello dentro de nuestra tradición—, que recibe el nombre de “riesgo durante el embarazo”⁵⁹ y que se añade al de maternidad dentro del precepto legal que parecía más cercano [art. 45.1.d) ET]. Este nuevo supuesto de suspensión se iniciará en el momento en que se proceda a la declaración correspondiente, y finalizará “el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado” (art. 48.5 ET). Puede llegar, en consecuencia, hasta el mismo momento del parto.

La posibilidad de “dispensa” en el trabajo se completa con algunas otras reglas en el ámbito de la Seguridad Social, que tienen por objeto más inmediato proporcionar a la trabajadora un sustitutivo de los salarios que en tal caso deja de percibir. La LCFT crea con esa finalidad una nueva contingencia o “situación protegida” en la acción protectora del sistema, a la que sigue dando el nombre de “riesgo durante el embarazo” [art. 38.1.c) LGSS], y a la que dedica los arts. 134 y 135 LGSS (que vienen a cubrir así el hueco dejado por la supresión en 1994 de

(58) Tan sólo la OM de 9 de mayo de 1962 —de desarrollo del Decreto 792/1961, sobre enfermedades profesionales— podía aportar alguna salida (en forma de baja subsidiada), pero limitada a posibles síntomas de enfermedad profesional a partir de los correspondientes reconocimientos médicos (art. 48). Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Trotta, 1996, pág. 175; M.J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, “Grupos especiales de riesgo en la Ley de prevención de riesgos laborales”, *La prevención de riesgos laborales* (dir. OJEDA, ALARCÓN y RODRÍGUEZ), Aranzadi, 1996, págs. 415 y ss., y R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral* (dir. CRUZ VILLALÓN), Aranzadi, 1997, págs. 268 y ss.

(59) También se ha incluido la exigencia de que la imposibilidad de adaptación de las condiciones y el tiempo de trabajo, o el riesgo de que, pese a dicha adaptación, el puesto de trabajo siga influyendo negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto —como presupuestos previos al cambio de puesto o de funciones—, sean certificados por los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, “con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora” (art. 26.2 LPR). En principio, estas reglas serían aplicables también al caso de riesgo “por lactancia”, dado que el art. 26.4 LPR incluye una remisión genérica a estos pasajes; pero también es cierto que ese mismo precepto se refiere de forma expresa al certificado del médico que asista facultativamente a la trabajadora, pudiendo dar la impresión de que para el cambio de función o puesto de trabajo basta en tal caso con ese único trámite.

la invalidez provisional)⁶⁰. Es una situación peculiar, que parece situarse a medio camino entre la de maternidad y la de incapacidad temporal por enfermedad común, cuya prestación económica queda asimilada formalmente al subsidio de esa última contingencia (art. 135.1 LGSS), pero que adopta reglas singulares en cuanto a su gestión (el INSS, a través del procedimiento que reglamentariamente se establezca, con exclusión de la colaboración empresarial), al sujeto obligado al pago de la misma (dicha Entidad gestora, descartándose así el pago parcial a cargo de la empresa) y a su cuantía (el 75% de la base reguladora)⁶¹. Durante esta nueva situación permanece, igualmente, la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS)⁶².

La opción legal no carece de lógica, desde luego (con independencia ahora de que se hayan discutido algunos de sus ribetes, como el porcentaje aplicable a la base reguladora). Pero se trata, en todo caso, de una regulación difícil, no sólo por su gestación o formulación, sino también porque parece muy propicia para las dudas de interpretación y aplicación, tanto en su faceta laboral como en el apartado de la Seguridad Social. El presupuesto de la “dispensa” del trabajo ya es en sí mismo un semillero de problemas, entre otras razones porque está plagado de hipótesis, conceptos indeterminados y alusiones genéricas (técnica u objetivamente posible, razonablemente exigible, motivos justificados). La necesidad de una “declaración”, en la que pueden confluir instancias técnicas y administrativas, además del juicio de los más directamente interesados (trabajadora y empresa), abre las lógicas incertidumbres. La duración efectiva que deba corresponder a esa situación es, en fin, otro de los aspectos que no están resueltos del todo por la ley.

10. MEDIDAS DE REFUERZO Y GARANTÍAS PROCESALES

Como ocurre en general, los derechos reconocidos o ampliados por la LCFT requieren para su efectividad adecuados mecanismos de refuerzo. Se trata, por lo demás, de una exigencia de la normativa comunitaria que ahora ha sido objeto de trasposición, como puede comprobarse en el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, que exige el mantenimiento de “los derechos inherentes al contrato de trabajo” y la prohibición del despido durante el periodo comprendido entre comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad⁶³, o en los puntos 4, 5 y 6 del Anexo de la Directiva 96/34/CE, en los que se incluyen una amplia serie de cautelas en favor del trabajador que utiliza el permiso parental, desde la protección frente al despido,

(60) La Resolución de 23 de noviembre de 1999 (BOE de 4 de diciembre) de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social dicta instrucciones para incluir esta nueva prestación en la estructura presupuestaria del sistema.

(61) En los Regímenes de funcionarios públicos se equipara por completo a la “situación de incapacidad temporal” (art. 22 LCFT).

(62) Como ya vimos, el art. 18 LCFT dispone la incorporación de esta nueva contingencia de “riesgo durante el embarazo” a los Regímenes Especiales de trabajadores por cuenta ajena, incluidos los funcionarios civiles y militares del Estado (art. 22 LCFT); y la extiende, incluso, al RETA y a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Agrario y del Mar, donde, ciertamente, sus dificultades de aplicación pueden ser mayores.

(63) Regla que, como es sabido, cuenta con una rica jurisprudencia procedente del TJCE, que generalmente la ha interpretado en conjunción con el principio de no discriminación que deriva de la Directiva 76/207/CEE. Véase, por ejemplo, las SSTJCE de 5 de mayo y de 14 de julio de 1994, de 29 de mayo de 1997, de 30 de junio y de 27 de octubre de 1998. Sobre toda esta construcción jurisprudencial, M. ALONSO OLEA, “Despido de la mujer embarazada. Versión comunitaria”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 25 (1995); R. PÉREZ YÁÑEZ, “Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio de 1998”, *AL*, núm. 4 (1999), págs. 69 y ss., y J.C. ARCE, *El trabajo de las mujeres en el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 81 y ss.

hasta el derecho de reintegro o la preservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Siguiendo un criterio habitual en el Derecho comunitario, una y otra norma piden, por lo demás, que los Estados proporcionen vías judiciales adecuadas para la reclamación de los correspondientes derechos.

La respuesta de nuestra legislación a esas exigencias puede calificarse de aceptable, al menos en términos generales. Es verdad que la LCFT no se ha hecho eco de todas y cada una de las garantías que se enuncian en esas Directivas comunitarias; es claro, asimismo, que la formulación de las medidas que ahora se incorporan (como la protección frente al despido de la trabajadora embarazada) no es del todo equivalente a la correspondiente regla comunitaria. Pero más allá de posibles disparidades de forma, lo cierto es que los mecanismos de garantía que ofrece esta nueva regulación cumplen en principio esos requisitos de fondo, y que muchas de aquellas cautelas ya estaban recogidas, de manera más o menos explícita, en nuestra legislación interna; tal es el caso, quizá el más paradigmático, de la reserva de puesto de trabajo para los casos de excedencia por cuidado de hijo, que es desde luego un buen método para asegurar el reintegro del trabajador y el mantenimiento de sus derechos.

La LCFT ha puesto en circulación diversas medidas de garantía, bien es verdad que se trata en todo caso de medidas de carácter procesal, o que despliegan sus efectos con ocasión del proceso⁶⁴. Como era de esperar, la LCFT ha hecho hincapié, sobre todo, en la protección frente al despido, que ha quedado plasmada en diversas previsiones⁶⁵. Son reglas que en términos generales conectan con la nulidad por discriminación, y que también han servido, desde el punto de vista formal, para reintegrar a nuestro ordenamiento las viejas reglas de

PARA PREVENIR LOS RIESGOS LABORALES DE LA MUJER TRABAJADORA DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, LA LEY ABRE LA POSIBILIDAD DE QUE SI EN CASO DE RIESGO NO PUDIERA CAMBIARSE DE PUESTO A LA TRABAJADORA SE LE PERMITA SUSPENDER EL CONTRATO DE TRABAJO

(64) No ha incidido la LCFT, en cambio, en el cuadro de infracciones laborales previsto en los arts. 94 a 96 ET (y, complementariamente, en los arts. 46 a 48 LPR): ni ha creado nuevos tipos, ni ha supuesto modificación formal de los existentes. De cualquier modo, es claro que algunos de esos tipos pueden ver ampliado su radio de acción: es el caso del art. 95.4 ET (transgresión de las normas sobre permisos), del art. 96.12 ET (decisiones empresariales que impliquen discriminación), o de los arts. 47.7 y 48.4 LPR (adscripción de trabajadores a puestos incompatibles desde el punto de vista de la seguridad o salud en el trabajo). Tampoco se ha ocupado la LCFT de ampliar o precisar los derechos de información de los trabajadores, pese a que alguna de sus previsiones puede afectar al alcance de esos derechos (por ejemplo, en caso de modificación de funciones o de puesto de trabajo); desde una perspectiva más general, no sería irrazonable, dicho sea de paso, extender el deber de información (hoy en día acotado por el RD 1659/1998, como se sabe) a los permisos, licencias y demás facilidades de que goza el trabajador, a la vista de su creciente complejidad.

(65) Estas garantías son aplicables tanto al despido disciplinario como al despido por causas objetivas, y de ahí que se hayan introducido las correspondientes modificaciones tanto en los arts. 55 ET y 108 LPL, como en los arts. 53 ET y 122 LPL. Probablemente deban extenderse también, llegado el caso, a los despidos que amparándose formalmente en un expediente de regulación de empleo, se deban en realidad a una de esas circunstancias, así como a las decisiones que pudieran implicar un “despido tácito” o que tengan un efecto similar, como el despido en periodo de prueba, la no contratación o la no renovación del contrato fundada en alguno de aquellos motivos, como ha ido poniendo de relieve la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 8 de noviembre de 1990 y de 14 de julio de 1994) y constitucional (SSTC 166/1988 y 173/1994); también, quizá, el despido por no poder realizar trabajos duros o en periodo nocturno (STJCE de 5 de mayo de 1994).

nulidad del despido de trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo, bien es verdad que con un alcance material mucho más reducido. A la postre suponen la supresión de la calificación de improcedencia para estos casos, que habrán de debatirse entre la procedencia y la nulidad (con todo lo que ello supone, no sólo de refuerzo para el trabajador, sino también de reducción de posibilidades de salida indemnizada de la empresa, si es que pudieran ser de interés para el trabajador)⁶⁶.

La más importante de esas previsiones tal vez sea la que conlleva la calificación de nulidad para el despido que afecte a trabajadoras embarazadas “desde la fecha de inicio del embarazo” hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato por maternidad o riesgo (que es directa trasposición del Derecho comunitario)⁶⁷, o a trabajadores que se encuentren en la situación de suspensión del contrato por maternidad, riesgo por embarazo, adopción o acogimiento (que supone, como habrá podido advertirse, la recuperación de una vieja modalidad de despido nulo). Dicha calificación se ha extendido, además, al despido de trabajadores que hubieran solicitado o estuvieran en el disfrute de alguna de las modalidades de “permiso parental” (permiso por lactancia, reducción de jornada o excedencia). El panel de garantías relacionadas con el despido se cierra con la exclusión de las ausencias por “riesgo durante el embarazo” y por “enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia” del cómputo de faltas que puede justificar el despido por absentismo [art.52.d) ET]⁶⁸.

Una medida adicional es la que se recoge en los arts. 1 y 9 LCFT, que tienen como objetivo específico garantizar el disfrute de los derechos a permiso por lactancia y a reducción de jornada y, en particular, solventar por vía judicial eventuales controversias entre trabajador y empresario. De acuerdo con el primero de esos preceptos —que supone el añadido de un párrafo 6 al art. 37 ET—, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de tales derechos corresponde al trabajador⁶⁹. Pero el propio precepto contempla la hipótesis de discrepancia entre las partes sobre tales extremos (no puede haberla sobre el disfrute, que es incontestable)⁷⁰, y a tal efecto remite a “la jurisdicción compe-

(66) Como aclaran aquellos mismos preceptos legales, la calificación de nulidad corresponderá salvo que “se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

(67) Y que debe interpretarse conforme a la correspondiente jurisprudencia comunitaria y nacional, que ha puesto especial cuidado en evitar que posibles ausencias en el trabajo por motivos de embarazo conduzcan al despido (SSTJCE de 8 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1998; STC 136/1996).

(68) Todas y cada una de estas previsiones encierran también sus problemas interpretativos, como es fácil de intuir. La calificación de nulidad nos remite casi de forma inevitable al proceso, y en ese contexto cabe plantearse, por ejemplo, hasta dónde debe llegar la alegación o prueba de los hechos por parte del trabajador demandante: ¿basta con indicios, como se viene defendiendo para los casos de discriminación? Quizá puedan aplicarse reglas y principios similares, y, sobre todo, las reglas sobre carga de la prueba (art. 96 LPL y Directiva 97/80/CE, para discriminación por razón de sexo; también STC 38/1991). Vid. J. GALINDO SÁNCHEZ, “La ley de conciliación de la vida laboral y familiar”, *Xornadas sobre cuestións actuais sobre Dereito de Traballo e seguridade social*, A Coruña, 1999 (ejemplar multicopiado).

(69) Curiosamente, hace referencia el citado precepto a los trámites de reincorporación a la “jornada ordinaria” tras la conclusión del permiso o la reducción horaria (comunicación al empresario con quince días de antelación a la fecha prevista para ello), pero no de los posibles trámites para el ejercicio del derecho, quizá porque se consideran de titularidad indiscutible y de ejercicio inmediato.

(70) La Ley no ofrece razones a la empresa para oponerse, pero diversas sentencias de TSJ habían sostenido la posibilidad de negativa por causas justificadas, relativas al perjuicio causado a la empresa. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO, *La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral* (II), cit., pág. 5.

tente” a través de un nuevo procedimiento especial, del que pasa a ocuparse el art. 138 bis LPL (incorporado por el art. 9 LCFT). Según este otro precepto, en caso de disconformidad del empresario con la propuesta del trabajador, éste⁷¹ podrá presentar la correspondiente demanda, para lo cual contará con un plazo de veinte días; el procedimiento “será urgente y se le dará tramitación preferente”. La sentencia, que será firme, no podrá ser recurrida en suplicación, según apostilla la nueva redacción del art. 189.1 LPL⁷².

11. REFLEXIÓN FINAL

En una perspectiva de conjunto, no cabe duda de que la LCFT aporta una significativa mejora tanto en el régimen legal de permisos y demás facilidades por motivos familiares, como en la protección de las trabajadoras embarazadas. Supone, asimismo, un mayor y mejor grado de adaptación de nuestro sistema a las directrices del Derecho comunitario. Merecería, pues, una valoración claramente positiva. Estamos, sin embargo, ante un texto legal que ha sido objeto de muchas y profundas críticas, con las que se ha querido poner de relieve, en resumidas cuentas, su incapacidad para promover la igualdad real y efectiva de la mujer en nuestras relaciones sociales, su escasa ambición a la hora de imbricar a los hombres en las responsabilidades familiares, su asentamiento en una concepción muy limitada de las tareas del legislador, su timidez en la atribución de los correspondientes derechos, o, en fin, su efecto *boomerang* sobre las mujeres. Todas esas críticas tienen, como es natural, algo de razón; pero son bastante injustas, y están en buena medida desenfocadas, porque en el fondo piden a la ley algo que está lejos de su alcance.

Es evidente que la LCFT no va a cambiar de un plumazo las pautas de comportamiento de la población, y que no va a suponer la paridad absoluta de la mujer con el hombre, ni en el mercado de trabajo ni en las tareas caseras; tal vez no sea capaz ni siquiera de romper las resistencias que muchas veces se detectan frente al ejercicio de estos derechos (por parte de los empresarios y también, a veces, por parte de los varones). Pero esa tarea no pertenece al legislador, o al menos no le pertenece en exclusiva; más bien se trata de una tarea que corresponde al cuerpo social, en la que el sistema educativo y las pautas de organización de la familia tienen mucho que decir, y en la que con seguridad todos podremos aportar alguna mejora⁷³. Desde esta perspectiva, la LCFT no es peor que sus precedentes, si acaso más ambiciosa (basta con cotejarla con la Ley 3/1989 o con la Ley 4/1995); ni seguramente desmerecerá respecto de las leyes que sobre esta clase de asuntos aparezcan en el futuro.

(71) Pese a ser el titular del derecho, quizá porque nuestro sistema procesal se adapta mejor a que la demanda provenga del trabajador, y quizá también porque el empresario sigue detentando, frente a ese tipo de derechos, sus habituales poderes de dirección y organización del trabajo.

(72) Como es fácil de imaginar, las controversias entre trabajador y empresario pueden suscitarse a propósito de muchos otros pasajes de esta regulación, lo que quizá habría aconsejado una amplitud mayor de este nuevo proceso especial. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO, *La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral* (III), cit., págs. 6 y 7.

(73) En cualquier caso, no es ésa una preocupación ajena a la Ley 39/1999, que encomienda al Gobierno (en su Disposición Adicional Cuarta) una labor adicional: impulsar “campanas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares y de manera especial se acojan, en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental”; sin perjuicio de que ese tipo de campañas persiga también –¿cuándo no?– otros objetivos.

Es claro, asimismo, que se trata de una ley con contenido y efectos limitados. No hace más que profundizar en instituciones ya conocidas, descartando de antemano un cambio de rumbo de nuestro sistema. Pero también cabría plantearse si es posible una opción distinta por parte de la ley. Los precedentes de esta norma muestran bien a las claras las limitaciones del legislador, que difícilmente pueden salirse de la senda seguida en esta ocasión. Es posible, desde luego, incrementar los derechos reconocidos, intensificar su contenido, o incorporar nuevas mejoras (ampliar el círculo de beneficiarios, elevar el tiempo de excedencia o suspensión, incrementar los subsidios, etc.), pero ese tipo de medidas, además de situarse en la misma estrategia que la LCFT, debe sobrepasar, naturalmente, el correspondiente juicio de racionalidad y proporcionalidad (sea por su coste inmediato, sea por su repercusión en el conjunto del sistema). Por supuesto que cabe el uso de otros instrumentos, desde la potenciación de los servicios sociales a la creación de guarderías o centros de acogida (como se desprende del Convenio núm. 156 de la OIT, y como ha propuesto recientemente el Senado); pero se trata en cualquier caso de medidas que se encuadran mejor en la acción administrativa (que compete tanto al Estado como a las Administraciones autonómicas y locales).

Es verdad, por otra parte, que la LCFT no coloca en una paridad absoluta a hombre y mujer, ya que, como vimos, mantiene la primacía de la trabajadora en la titularidad de ciertos derechos; no llega, por decirlo de otra forma, a una completa “individualización” de esos derechos, en el sentido de reconocerlos plenamente a unos y a otros, en igualdad de posiciones y a todos los efectos, con la posibilidad de uso simultáneo y no excluyente. Pero no debe olvidarse que, se quiera o no, la situación de la mujer frente a la maternidad, el parto y la lactancia (materna) no es exactamente igual que la del hombre: si el permiso de maternidad/paternidad tiene algo de descanso y recuperación, será en relación con la mujer, no con el hombre (salvo que hablemos de estrés, o de dolencias psíquicas); si se quiere potenciar la lactancia materna, como se propone en algunos foros de vanguardia, habrá que dar a la mujer la palanca correspondiente. La individualización, por otro lado, tiene sus límites: mientras que el cuidado de hijos o familiares puede requerir más de una ayuda, la lactancia puede atenderse perfectamente por una sola persona, y la maternidad puede combinarse con la excedencia si es que necesita mayores aportaciones (aparte de que en una y otra situación existe un factor de coste, desde el punto de vista salarial o de Seguridad Social).

Es innegable, finalmente, que la LCFT, como todas las de su género, puede tener repercusiones negativas desde el punto de vista del acceso de la mujer al trabajo (el llamado efecto *boomerang*). Pero, por desgracia, el dilema al que se enfrenta la ley (no así la práctica social, desde luego) es bastante sencillo: o se da cobertura a las situaciones consideradas dignas de protección, con todas las cautelas y garantías que estén a la mano, o se cambia el rumbo de la legislación, abandonando las medidas “de género” para sustituirlas por otras más generales, o más inocuas. Pero no sería bueno, probablemente, romper del todo con esa veta tan clásica del Derecho del Trabajo; sería, además, una desconsideración hacia los padres de la legislación obrera.

La contratación temporal en la unificación de doctrina

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

Profesora de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario:

1. Algunas consideraciones sobre la doctrina unificada en materia de contratación temporal. 2. Los problemas generales de la contratación temporal en la unificación de doctrina.

A) Temporalidad e igualdad de trato. B) Cómputo del tiempo de trabajo temporal a efectos de promoción económica. C) La sucesión de contratos temporales. ¿Control de la serie o control del último contrato? D) Problemas de la contratación temporal en las

Administraciones Públicas. **3. El contrato para obra o servicio determinado.** A) El concepto de obra o servicio determinado. La contrata como causa de temporalidad del vínculo. B) La flexibilización del soporte de la temporalidad: planes, programas, presupuestos y subvenciones como vías para limitar la duración del contrato. **4. El contrato eventual.** A) La causa de

la eventualidad. Algunos problemas: déficit de plantillas y vacaciones. B) Error en la identificación del contrato. C) ¿Trabajo fijo discontinuo o trabajo eventual? D) Eventualidad y

Empresas de Trabajo Temporal. **5. Contrato de interinidad.** A) La naturaleza del contrato: ¿contrato con condición resolutoria o contrato a término? B) La interinidad por vacante. Del establecimiento de una nueva forma de interinidad a la configuración flexible de esta

nueva causa. C) En especial, el problema de la identificación de la vacante. **6. Las modalidades de contratación suprimidas: fomento del empleo y lanzamiento de nueva actividad.**

A) La contratación temporal de fomento del empleo: la noción de desempleo, la amortización de puestos de trabajo y el derecho a la indemnización por finalización del contrato.

B) Algunos problemas en relación con el contrato de lanzamiento de nueva actividad: la realización de tareas distintas de la nueva actividad objeto de lanzamiento y la duración máxima del contrato.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA UNIFICADA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

El tratamiento de la contratación temporal en la unificación de doctrina presenta algunas características generales a las que resulta conveniente hacer una breve referencia antes de entrar en una exposición del contenido específico de esa unificación.

La primera característica general es la importancia cuantitativa de las sentencias sobre contratación temporal en relación con el total de las dictadas en materia laboral en los recursos de casación para la unificación de doctrina¹. Este dato pone, sin duda, de relieve algunas transformaciones importantes de la litigiosidad social: el incremento de los conflictos de “salida” sobre los conflictos relativos a condiciones de trabajo² y la expansión del fenómeno de precariedad del empleo que genera precisamente esa litigiosidad de salida en las impugnaciones de los ceses o, como en el caso de las Administraciones Públicas, a través de acciones preventivas de fijeza.

Otra característica de la doctrina unificada en esta materia, que ha sido en ocasiones destacada críticamente, se refiere a la falta de estabilidad de los criterios jurisprudenciales³, con cambios significativos en materias de importancia, como la noción de desempleado en la contratación de fomento del empleo⁴, la valoración de las series contractuales en función del último contrato o del conjunto de la serie⁵ o la consideración de la contrata como posible objeto de una obra o servicio determinado⁶. Estos cambios han podido crear cierta inestabilidad o inseguridad en la aplicación judicial. Pero también han evitado un riesgo importante de petrificación que algún sector de la doctrina había señalado como uno de los inconvenientes del recurso de casación.

Por último, se advierte en el sentido general de las líneas jurisprudenciales en esta materia una orientación general hacia la flexibilidad que, en ocasiones, se ha criticado como “descausalización”. En realidad, esa flexibilidad depende en muchos casos –como por ejemplo, en la eventualidad por defecto de plantilla o el error en la utilización de la modalidad de contratación aplicada⁷– de la ponderación de la especial posición de las Administraciones Públicas en la contratación temporal con soluciones que son difícilmente trasladables al empresario privado.

(1) Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 17.

(2) Vid. A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina. Una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 26.

(3) Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit. pág. 19.

(4) Vid. *infra*, 6. A).

(5) Vid. *infra*, 2. C).

(6) Vid. *infra*, 3. A).

(7) Vid. *infra*, 4. A) y 4.B).

2. LOS PROBLEMAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Temporalidad e igualdad de trato

El problema del alcance de la calificación de trato igual entre los trabajadores temporales y los trabajadores por tiempo indefinido viene ocupando desde hace tiempo a la doctrina constitucional y ha entrado también con frecuencia en el ámbito de la casación ordinaria⁸.

En unificación de doctrina hay también algunos pronunciamientos de interés. La STS de 24 de junio de 1996 (RJ 5304) se enfrentó a un acuerdo del ente público empleador que limitaba una ayuda por guardería al personal de plantilla. La sentencia consideró que la ayuda controvertida debe reconocerse también a los interinos en la medida en que éstos forman parte de la plantilla de la institución que “está formada por las plazas de personal previa y reglamentariamente establecidas al efecto”. Con esta interpretación no era necesario entrar a considerar la constitucionalidad de la eventual exclusión de los interinos desde la perspectiva del art. 14 CE.

El problema de la igualdad de trato se ha planteado también en relación con las cláusulas de un convenio colectivo que preveían que el complemento de antigüedad no se reconocería a los trabajadores temporales. Las SSTS de 31 de octubre de 1997 (RJ 7687)⁹ y de 27 de diciembre de 1997 (RJ 9638) admiten la validez de esta disposición por no ser contraria ni al art. 2.d) del RD 2104/1984 ni al art. 14 CE, razonando que “no es contrario al principio de igualdad que el convenio colectivo –que es la norma que introduce y regula este complemento– solamente prevea su abono a los trabajadores fijos y no a los temporales, dadas las diferencias entre ambos colectivos; no pudiéndose olvidar que este complemento –que ya no tiene el carácter de *ius cogens*– trata de premiar la vinculación del trabajador con la empresa, y en principio, por su propia naturaleza, sólo es aplicable a los trabajadores por tiempo

CARACTERIZA A LA DOCTRINA UNIFICADA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL LA IMPORTANCIA CUANTITATIVA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS, ASÍ COMO LA FALTA DE ESTABILIDAD EN LOS CRITERIOS SEGUIDOS, QUE AUNQUE HAYA PODIDO CREAR INSEGURIDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL, TAMBIÉN HA EVITADO LA PETRIFICACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL

(8) Vid. un análisis de los principales pronunciamientos recaídos en casación ordinaria sobre las diferencias de trato en razón a la temporalidad del vínculo, en A. DESDENTADO BONETE y B. VALDÉS DE LA VEGA, *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*, Trotta, 1998, págs. 59 a 63. También, analizando el fenómeno de las dobles escalas salariales y la exclusión del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales, vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 83 a 97.

(9) Vid. el comentario a esta sentencia de I. NAVARRO CASILLAS: “El complemento de antigüedad en los contratos temporales (notas a la STS de 31 de octubre de 1997)”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999, págs. 54 a 75.

indefinido salvo que por pacto o convenio colectivo se disponga expresamente lo contrario”¹⁰.

Sin embargo, no parece que exista una posición jurisprudencial homogénea en esta materia. La STS de 10 de noviembre de 1998 (RJ 9544), en un supuesto similar relativo también al complemento de antigüedad de trabajadores temporales al servicio de establecimientos militares, resuelve en sentido diferente. Esta sentencia afirma que “el canon de interpretación conforme a la Constitución orienta asimismo 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” y añade que “no se encuentran razones especiales que pudieran justificar una diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos a los efectos de la percepción del citado complemento de antigüedad”. En las SSTS de 27 de octubre de 1998 (RJ 9821) y de 11 de noviembre de 1998 (RJ 9624) se insiste en que no hay una relación jerárquica entre el RD 2205/1980 y el convenio colectivo del personal del Ministerio de Defensa y, por ello, tanto desde la perspectiva del art. 3.3 ET como desde la sucesión de normas en el tiempo, la regla del convenio tiene preferencia. La sentencia de 4 de diciembre de 1998 (RJ 10196) reitera de nuevo que no hay razones que puedan justificar la diferencia de trato entre fijos y temporales en esta materia¹¹.

B) Cómputo del tiempo de trabajo temporal a efectos de promoción económica

Problema distinto es el que se plantea respecto a la posibilidad de computar el tiempo de prestación de servicios con contrato temporal a efectos de antigüedad u otros derechos del trabajador cuando éste pasa a mantener una vinculación indefinida con el empleador. Este problema ya fue abordado y resuelto en casación ordinaria por las sentencias de 12 de noviembre de 1993 (RJ 8684) y de 10 de abril de 1995 (RJ 3034) en el sentido de que si no ha existido extinción entre un contrato y otro, sino que el original se prorrogó como indefinido, la antigüedad debe computarse desde el inicio de la relación y de que cuando existe extinción del primer contrato temporal con mantenimiento de la prestación de servicios sin solución de continuidad o con un intervalo de tiempo no significativo debe llegarse a la misma conclusión.

Este criterio se ha mantenido en unificación de doctrina. Así, la STS de 17 de enero de 1996 (RJ 4122) reitera que “en el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general, admitido por la doctrina tanto científica como jurisprudencial, que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin solución de interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador

(10) Vid., en el mismo sentido, SSTS de 19 de febrero de 1997 (RJ 1451) y de 20 de marzo de 1997 (RJ 2595).

(11) En idénticos términos se manifiestan las posteriores sentencias de 11 de diciembre de 1998 (RJ 9624), de 15 de diciembre de 1998 (RJ 438/1999), de 21 de diciembre de 1998 (RJ 446/1999), de 23 de diciembre de 1998 (RJ 385/1999), de 25 de enero de 1999 (RJ 1023), de 5 de febrero de 1999 (RJ 1595), de 25 de marzo de 1999 (RJ 3756) y 29 de marzo de 1999 (RJ 3769).

continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 22 de junio de 1998 (RJ 5785), que considera que un intervalo de menos de veinte días hábiles entre la extinción de un contrato temporal y la reanudación de la relación que luego fue indefinida no debe perjudicar el cómputo de la antigüedad desde el primer contrato¹². La sentencia de 13 de octubre de 1998 (RJ 7429) ha aplicado este mismo criterio al cálculo de la indemnización por despido¹³.

C) La sucesión de contratos temporales. ¿Control de la serie o control del último contrato?

La celebración de contratos temporales sucesivos con el mismo trabajador es una práctica frecuente en la gestión empresarial. El encadenamiento contractual resulta lícito siempre que cada uno de los contratos temporales celebrados responda a la causa que justifica su utilización y respete las formalidades y la duración temporal legalmente previstas para cada modalidad contractual. En estos casos, la licitud de los contratos que forman la serie causal se traduce en la consagración de la temporalidad y, en ningún caso, en la transformación del vínculo en indefinido.

La sucesión de contratos temporales plantea, sin embargo, numerosos problemas cuando alguno de los contratos que componen la serie contractual presenta irregularidades susceptibles de transformar su carácter temporal en indefinido. En estos casos, el problema consiste en determinar si la celebración de un nuevo contrato temporal, tras la finalización del irregularmente celebrado, es suficiente para sanar los defectos contractuales previos, de forma que la relación contractual recupera su carácter temporal o si, por el contrario, la irregularidad de uno de los contratos determina de forma irreversible el carácter indefinido de la relación laboral “contaminando” toda la serie contractual posterior. Íntimamente vinculado con este problema está el de determinar si el análisis judicial que procede efectuar cuando se impugna la terminación del último de los contratos temporales de una serie debe limitarse únicamente a ese contrato o, por el contrario, debe alcanzar a todos y cada uno de los contratos temporales que componen la serie. La vinculación entre ambas cuestiones es evidente, puesto que si se opta por valorar exclusivamente el último contrato se está admitiendo, siquiera implícitamente, que las irregularidades que pudieran afectar a las contrataciones previas son irrelevantes o han quedado subsanadas por los contratos posteriores. Por el contrario, si se opta por la valoración de todos y cada uno de los contratos, se está aceptando que la existencia de una infracción relevante en alguno de ellos puede afectar al carácter, temporal o indefinido, de la relación laboral posterior.

(12) El Auto de 16 de junio de 1998 (RJ 6695) inadmite un recurso de casación para unificación de doctrina planteado sobre esta cuestión, señalando que es ya doctrina unificada la de que “en los casos de contrataciones temporales sucedidas sin solución de continuidad, a efectos del cómputo de antigüedad deben computarse los contratos temporales iniciales”.

(13) También lo han hecho las posteriores de 16 de marzo de 1999 (RJ 2995), de 30 de marzo de 1999 (RJ 4414) y de 16 de abril de 1999 (RJ 4424).

Al respecto, la Sala IV no ha mantenido una línea uniforme, lo que ha hecho necesaria una sentencia de coordinación¹⁴.

En efecto, la doctrina tradicional partía de la necesidad de analizar todos y cada uno de los contratos temporales que componen la serie causal, de forma que si alguno de ellos carecía de causa o resultaba inválido la relación se convertía en indefinida sin que, en principio y salvo solución de continuidad en la cadena contractual, pudiera convalidarse con posteriores contratos temporales regulares¹⁵.

Esta doctrina fue modificada por diversas sentencias que consideraban que el examen debía limitarse al último de los contratos¹⁶. Así, en la sentencia de 24 de enero de 1996 (RJ 194), —en un supuesto en el que se reclamaba la calificación como despido del cese producido en el momento de la extinción del último de los contratos de una serie sucesiva de contrataciones temporales, y en el que se debatía si para resolver la cuestión de fondo debía o no valorarse toda la contratación concertada o sólo el último de los contratos—, se afirma que “en estos casos hay que limitarse al examen del último de los contratos concertados, cuya extinción es la que se impugna judicialmente por el interesado, ya que los anteriores fueron consentidos por el trabajador, sin que las relaciones anteriores produzcan efecto alguno sobre la prestación de servicios últimamente realizada”.

Pero esta doctrina será, a su vez, rectificada de forma explícita y enérgica por la STS de 20 de febrero de 1997 (RJ 1457). En ella se establece expresamente que la limitación del análisis al último de los contratos es un criterio que sólo puede aceptarse de forma excepcional. Para esta sentencia, cuando dentro de una serie de contratos “cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia con carácter necesario, la relación laboral deviene en indefinida, cualquiera que sea el contrato temporal de los celebrados, el defectuoso”, pues, “las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes”.

Esta sentencia, que recupera la doctrina tradicional, ha sido continuada por otras, de fecha posterior, que acogen y mantienen idéntica interpretación¹⁷. Con ello, no sólo

(14) Vid. un análisis del tratamiento jurisprudencial de este problema en L.E. DE LA VILLA GIL, “La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad”, en AA.VV., *Cuestiones de Derecho Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, págs. 125 a 143; E. ROMÁN VACA y S. NAVARRO AMARO: “El fraude de ley en la contratación temporal sucesiva o en cadena: extinción del último contrato e incidencia de los anteriores en su calificación”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 1997, págs. 43 a 56; J.R. MERCADER UGUINA, “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit, págs. 127 a 136 y P. CACHÓN VILLAR, “Doctrina unificada en materia de contratación temporal”, en AA.VV., *Unificación de doctrina*, Francis Lefebvre, 1999, págs. 61 a 62.

(15) Ésta es la interpretación sostenida, entre otras muchas, en las SSTs de 18 mayo de 1992 (RJ 3564), de 20 junio de 1992 (RJ 4062), de 29 marzo de 1993 (RJ 2218), de 21 septiembre 1993 (RJ 6892) y de 3 noviembre 1993 (RJ 8539).

(16) Entre otras muchas, vid. SSTs de 16 de mayo de 1994 (RJ 4209), de 23 de mayo de 1994 (RJ 5361), de 3 de febrero de 1995 (RJ 775) y de 19 de abril de 1996 (RJ 3330).

(17) SSTs de 21 de febrero de 1997 (RJ 1572), de 25 de marzo de 1997 (RJ 2619), de 24 de abril de 1997 (RJ 3498), de 17 de noviembre de 1997 (RJ 8425), de 21 de enero de 1998 (RJ 1005) y de 17 de marzo de 1998 (RJ 2682).

La contratación temporal en la unificación de doctrina

queda claro que el análisis judicial debe extenderse a todos y cada uno de los contratos temporales celebrados, sino también que todos ellos componen una serie única, de forma que los defectos o irregularidades cometidos en cualquiera de los contratos contamina y trasciende a las contrataciones posteriores.

Sin embargo, la solución por la que finalmente se inclina la Sala ha planteado un nuevo problema: determinar si la cadena contractual puede romperse cuando entre los sucesivos contratos temporales existe alguna interrupción más o menos breve. Al respecto, la Sala ya había indicado que la existencia de breves interrupciones entre unos y otros contratos temporales no determina la ruptura de la serie contractual y que la unidad de la relación laboral no se rompe por cortas interrupciones que buscan aparentar el nacimiento de una nueva¹⁸. En particular, la STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 4473) fija la doctrina sobre el alcance del control de legalidad que deben realizar los órganos de la jurisdicción social en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual. La doctrina unificada puede resumirse así: “1) si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos; 2) si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3) en aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido, y 4) no obstante lo anterior, como se precisa en sentencia de unificación de doctrina de esta misma fecha¹⁹, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos, en supuestos singulares y excepcionales en que se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, la unidad esencial del vínculo laboral”²⁰.

EN LA SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES SURGE EL PROBLEMA DE DETERMINAR SI LA CELEBRACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO, TRAS LA FINALIZACIÓN DE OTRO IRREGULARMENTE CELEBRADO, ES SUFICIENTE PARA SANAR LOS DEFECTOS CONTRACTUALES PREVIOS, O BIEN DICHA IRREGULARIDAD DETERMINA DE MANERA IRREVERSIBLE EL CARÁCTER INDEFINIDO DE LA RELACIÓN LABORAL

(18) SSTS de 20 de febrero de 1997 (RJ 1457), de 21 de febrero de 1997 (RJ 1572), de 5 de mayo de 1997 (RJ 3654), de 2 de julio de 1997 (RJ 5560) y de 21 de enero de 1998 (RJ 1005).

(19) STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 4471).

(20) Un supuesto excepcional lo ofrece la STS de 29 de marzo de 1993 (RJ 2218). Se trataba de un caso en el que la continuidad de los contratos, la homogeneidad de la actividad laboral desarrollada y la absoluta omisión de una causa que pudiera justificar la temporalidad, fueron factores que determinaron el análisis de toda la serie contractual aunque entre la celebración de los contratos habían transcurrido más de veinte días.

D) Problemas de la contratación temporal en las Administraciones Públicas

La contratación temporal de las Administraciones Públicas ha sido tradicionalmente una cuestión difícil, especialmente a partir de la generalización de la contratación laboral en el ámbito administrativo, como consecuencia de la supresión por la Ley 30/1984, de los contratos administrativos para la colaboración temporal. La dificultad fundamental se centra en las consecuencias de las irregularidades en orden a la transformación de la relación concertada en indefinida o, más exactamente, en fija. Hay aquí un claro conflicto de normas que surge de la especial posición de la Administración Pública, que, a diferencia de lo que ocurre con el empresario, no tiene libertad de contratación, sino que ha de someterse a unas reglas imperativas que garantizan que la selección del personal se ajusta a los principios de igualdad, mérito y publicidad. El conflicto se produce porque mientras que la norma laboral impone la transformación del contrato en indefinido con adquisición de firmeza cuando se produce una irregularidad relevante (art. 15.3 ET), las normas administrativas contienen dos reglas que impiden este efecto: la reserva de los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas a funcionarios, salvo casos excepcionales (art. 15 de la Ley 30/1984 en la redacción de la Ley 23/1988, introducida como consecuencia de la STC 99/1987) y la provisión de esos puestos —sean funcionariales o laborales— a través de procedimientos reglados de selección que garanticen la aplicación de los principios de igualdad, mérito y publicidad²¹.

¿Cómo ha de resolverse el conflicto? La Sala IV ha dado históricamente diversas respuestas²². En primer lugar, y en el marco de la casación ordinaria, se formuló la doctrina de las “irregularidades especialmente calificadas”²³ que distinguía entre éstas y otras irregularidades menos relevantes para sostener que sólo las primeras podían determinar la transformación del contrato en indefinido. Este criterio era inseguro por la dificultad práctica de distinguir las irregularidades relevantes y no relevantes en función de criterios bastante subjetivos y, en realidad, no resolvía el conflicto entre la norma administrativa y la laboral, sino que se limitaba a restringir los efectos de la infracción de esta última. Por ello surgió a principios de los años noventa —también en el marco de la casa-

(21) Éste es un fenómeno típico de toda la contratación administrativa, en la que el interés público se garantiza a partir de una serie de limitaciones y procedimientos reglados en la selección de contratistas. Vid., al respecto, E. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 101 a 133 y págs. 119 a 130. En particular, sobre la contratación de personal temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, Vid. R. GARCÍA LÓPEZ, “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 44, 1990, págs. 651 a 682; M.A. LIMÓN LUQUE, “La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho de Trabajo”, *Revista de Trabajo*, núm. 99, 1990, págs. 81 a 111; E. MARTÍN PUEBLA, “Trabajadores al servicio de la Administración, la problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1990, págs. 7 a 30; y M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, 1996.

(22) Vid. un análisis de la evolución jurisprudencial sobre esta cuestión en A. MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, “¿Por qué se insiste en enfrentar el derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas?”, *Actualidad Aranzadi*, 3-7-1997, págs. 1 a 3; R.A. LEÓN CABERO y E. BAL FRANCÉS, “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Aranzadi*, 28-5-1997, págs. 1 a 3; E. BORRAJO DACRUZ: “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”, *Actualidad Laboral*, 1998, II, págs. 373 a 396; J.R. MERCADER UGUINA, “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *cit.*, págs. 136 a 151 y P. CACHÓN VILLAR, “Doctrina unificada en materia de contratación temporal”, *cit.*, págs. 36 a 39.

La contratación temporal en la unificación de doctrina

ción ordinaria—, una nueva doctrina sobre “las interinidades de hecho”. Lo que en definitiva sostenía esta doctrina, que se contiene en las SSTS de 7 de febrero de 1990 (RJ 838), de 24 de abril de 1990 (RJ 3490), y de 18 de julio de 1990 (RJ 6424), era un punto de equilibrio o de conciliación entre las normas en conflicto. La infracción de una regla laboral sobre la limitación temporal no determinaba la conversión del contrato en indefinido con adquisición de fijeza porque este efecto era contrario a las normas administrativas, pero si la causa de temporalidad (p.e.: una eventualidad, una obra o servicio determinado, una interinidad por sustitución o un contrato temporal de fomento del empleo) no era lícita, lo que se producía de hecho era el desempeño de un puesto de trabajo que debía ser provisto reglamentariamente y, mientras tanto, el trabajador contratado irregularmente debía mantener su relación laboral con la Administración demandada hasta que se produjera la cobertura reglamentaria. La solución consistía, por tanto, en la reconducción del supuesto a una interinidad por vacante, con lo que se respetaba a la vez la norma administrativa, porque no se transformaba en laboral un puesto que no podía serlo y no se impedía su provisión reglamentaria, pero se sancionaba el incumplimiento laboral excluyendo la causa ilícitamente pactada y manteniendo la vigencia de la relación hasta que se produjese la cobertura en forma de la vacante.

Esta doctrina se interrumpe de forma brusca con la STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1875), que afirma con rotundidad la prevalencia de la norma laboral. Para la sentencia, las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a las prescripciones de las normas laborales²⁴, en tanto que las normas administrativas, como el art. 19 de la Ley 30/1984, se refieren exclusivamente al estadio preliminar de la relación, pero no impiden que, una vez concertada, ésta se rija en su nacimiento y desarrollo por las normas laborales y, entre ellas, por la que ordena la adquisición de fijeza si se han incumplido los límites de la contratación temporal²⁵. Esta doctrina se mantuvo en numerosos pronunciamientos posteriores²⁶, aunque se advierte ya un cambio de orientación en la STS de 28 de noviembre de 1995 (RJ 8767), que vuelve a referirse a las interinidades de hecho hasta la cobertura de la vacante. Pero el cambio efectivo se producirá con la STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 7492), en la que se estableció que “la contratación laboral en Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”. Esta distinción, que fue seguida por otras sentencias²⁷, provocó algún des-

(23) Vid. SSTs de 2 de marzo de 1987 (RJ 1305) y de 16 de septiembre de 1988 (RJ 6905). Entre la doctrina, vid. al respecto: M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, cit., pág. 219.

(24) Se niega así la especial posición de la Administración como consecuencia de las limitaciones aplicables a su contratación.

(25) Queda, por tanto, sin sanción la infracción de las normas administrativas que establecen, por un lado, la reserva del puesto de trabajo para su cobertura por funcionarios y, por otro, la articulación de procedimientos de selección que garanticen la aplicación de principios de igualdad, mérito y publicidad.

(26) SSTs de 27 de enero de 1992 (RJ 75), de 29 de marzo de 1993 (RJ 2218), de 2 de febrero de 1994 (RJ 782) y de 8 de junio de 1995 (RJ 4774). Hay, sin embargo, alguna línea de discrepancia que se advierte en el voto particular a la STS de 3 de junio de 1994 (RJ 5402).

(27) SSTs de 10 de diciembre de 1996 (RJ 9139), de 30 de diciembre de 1996 (RJ 9864) y de 14 de marzo de 1997 (RJ 2471).

concierto en la doctrina en torno a las consecuencias prácticas de la distinción entre fijeza y carácter indefinido de la relación²⁸. Un intento de establecer estas diferencias, consolidando la nueva orientación jurisprudencial, se aborda en la STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1000)²⁹. La sentencia comienza reconociendo la especial posición de las Administraciones Públicas en materia de contratación temporal “en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”³⁰. Se reconoce así la existencia de una concurrencia conflictiva entre la regulación administrativa y la laboral, que debe resolverse reconociendo la preferencia aplicativa de la norma administrativa “como norma especial en atención a la especialidad de la propia contratación administrativa”. A partir de esta conclusión se identifican las consecuencias de la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla señalando que “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término”. Pero sin que esto suponga que “el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”. Por ello, no puede atribuirse, según la sentencia, “la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la

(28) Vid. al respecto, J.M. GOERLICH PESET y J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, 1998, I, págs. 569 a 587; A. OJEDA AVILÉS, *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas*, Comares, 1998, págs. 133 a 147; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “Trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación temporal irregular de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, págs. 95 a 117; y J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 136 a 151.

(29) La doctrina de esta sentencia se reitera en la de 21 de enero de 1998 (RJ 1138). Vid. un comentario a ambas en J. GARRIDO PALACIOS, “Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas (SSTS, Sala General, de 20 y 21 de enero de 1998)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, págs. 183 a 192. Otros muchos pronunciamientos posteriores reiterarán idéntica doctrina: SSTS de 3 de febrero de 1998 (RJ 1429), de 27 de marzo de 1998 (RJ 3159), de 20 de abril de 1998 (RJ 3725), de 7 de mayo de 1998 (RJ 4585), de 22 de septiembre de 1998 (RJ 7423), de 13 de octubre de 1998 (RJ 7809), de 18 de noviembre de 1998 (RJ 10000), de 19 de enero de 1999 (RJ 810 y 2474), de 26 de enero de 1999 (RJ 1105), de 3 de febrero de 1999 (RJ 1152), de 25 de marzo de 1999 (RJ 3516), de 30 de marzo de 1999 (RJ 3775) y de 23 de abril de 1999 (RJ 4435).

(30) La sentencia citada recuerda en este punto la doctrina de la STS de 24 de abril de 1990 (RJ 3490) que distinguía las distintas funciones que persiguen las normas administrativas y las laborales: “el ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada”, mientras que “el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales”. La sentencia añade que “mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse porque también se haya infringido una norma laboral”.

provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”³¹.

La solución no ha sido, sin embargo, pacífica pues la STS de 20 de enero de 1998 va acompañada de un voto particular suscrito por cinco Magistrados en el que se niega la distinción entre la fijez y el carácter indefinido de la relación³² y se vuelve al criterio de la STS de 18 de marzo de 1991, manteniendo la plena aplicación a las Administraciones Públicas de las normas laborales sobre contratación temporal³³ y señalando que la tesis mayoritaria sobre la cobertura reglamentaria de la vacante como causa lícita conduce al reconocimiento de una interinidad por vacante, que por ser un contrato a término previsto en el art. 4 del RD 2546/1994, no puede calificarse como una relación indefinida³⁴.

A LA HORA DE ANALIZAR LA IRREGULARIDAD EN LA CONTRATACIÓN POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS HAN DE RESPETARSE LAS NORMAS SOBRE LIMITACIÓN DE PUESTOS EN RÉGIMEN LABORAL Y LAS REGLAS QUE GARANTIZAN LA SELECCIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

3. EL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO

A) El concepto de obra o servicio determinado. La contrata como causa de temporalidad del vínculo

Un problema de gran trascendencia práctica e indudable interés dogmático se ha suscitado en relación con la posibilidad de que la vigencia de la contrata que la empresa contratista man-

(31) Subsiste, sin embargo, el problema de determinar cuál será esta causa. En este sentido, P. CACHÓN VILLAR, “Doctrina unificada en materia de contratación temporal”, cit., pág. 39, apunta que caben dos soluciones: una sería la de considerar la cobertura de la vacante como una causa organizativa a los efectos del art. 52.c) ET, lo que determinaría la aplicación de la correspondiente indemnización, y otra que excluiría la indemnización por tratarse de una causa lícita que no la tiene prevista. Ésta quizá podría configurarse como una condición resolutoria de origen legal.

(32) Para el voto, “en el Derecho del Trabajo, tradicionalmente y desde mucho tiempo atrás, los términos de trabajador fijo o fijo de plantilla y trabajador contratado por tiempo indefinido han venido siendo utilizados como equivalentes, designando ambos a aquellos empleados cuyo nexo contractual con la entidad empleadora no era de carácter temporal”. La fijez sólo podría interpretarse como algo distinto del carácter indefinido de la relación desde la perspectiva de la adscripción del trabajador a un puesto de trabajo de plantilla determinado, pero esto es irrelevante a efectos del reconocimiento del carácter temporal o no de la relación.

(33) Se recogen los argumentos de la STS de 18 de marzo de 1991, que se refuerzan con la mención de las Leyes de Presupuestos, en las que se recuerda periódicamente a los funcionarios competentes su responsabilidad en el cumplimiento de las normas laborales sobre contratación temporal para evitar que su incumplimiento pudiera provocar el reconocimiento de “derechos de permanencia para el personal contratado”.

(34) El argumento es concluyente, pero afecta a un elemento secundario en la construcción de la sentencia, pues podría superarse volviendo simplemente a la tesis de las interinidades de hecho. Lo importante es el reconocimiento de la situación de conflicto entre la norma administrativa y la laboral y la solución de ese conflicto con la prevalencia de una de las dos normas. La solución mayoritaria admite el conflicto y lo resuelve aplicando la norma administrativa; el voto particular no reconoce explícitamente la situación de conflicto, pero aplica la norma laboral. Por otra parte, la calificación de la relación producida por la irregularidad en la contratación temporal está relacionada con la calificación de la causa lícita de extinción. Si se tratara de un despido por causa organizativa, el carácter indefinido de la relación no se pondría en cuestión y tampoco si la cobertura de la vacante se considerara como una condición resolutoria y no como un término.

tiene con otra principal pueda actuar, cuando el cese en la contrata no depende de una decisión del contratista, como elemento que acota el objeto del contrato de trabajo como un servicio determinado³⁵.

La doctrina de la Sala IV parecía inclinarse por una respuesta negativa. Así, la STS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816), al decidir sobre un despido fundado en la rescisión de una contrata de limpieza, estableció que “la expresa mención del centro en el contrato, como lugar de la prestación de servicios, no dota por sí sola a éstos de autonomía y sustantividad propias, ni es, por supuesto, expresiva de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo, pues la limpieza de un centro de trabajo responde a necesidades permanentes de la empresa que detenta el centro”. En el mismo sentido se pronunciaron las SSTs de 17 de marzo de 1993 (RJ 1866), de 4 de mayo de 1995 (RJ 3746), así como la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 9292), sobre la contrata para el mantenimiento del servicio de alumbrado en una entidad local. Esta sentencia concluyó afirmando que no podía atribuirse duración limitada al servicio prestado en el mantenimiento de ese servicio, “cuyo carácter permanente es indiscutible” y ello porque “la nota de duración limitada en el tiempo de la presencia temporal de un titular empresarial, consecuencia de la concesión que dicho titular explota y que se continúa, dado el carácter permanente del servicio, mediante sucesivas concesiones a nuevos titulares, no puede ser en este caso trasladada a los contratos de trabajo que un titular concierte para atribuirles una duración igual a la de la concesión”.

Pero en la STS de 13 de febrero de 1995 (RJ 1150) parece sugerirse otra solución. En el supuesto controvertido, la extinción del arrendamiento de servicios pactado entre el empleador y la empresa para la que se realizaban servicios de vigilancia y seguridad determinó la decisión de cesar a los trabajadores. La sentencia estimó la pretensión de los trabajadores y declaró los despidos improcedentes. Sin embargo, esta calificación se justifica exclusivamente en la circunstancia de que la empresa empleadora no aplicó las disposiciones contenidas en el convenio colectivo relativas a la selección de los trabajadores cuyo contrato de trabajo debía extinguirse. Con ello, no se niega en la sentencia que la finalización del contrato de arrendamiento de servicios, o su resolución parcial, pueda justificar la válida extinción de los contratos de trabajo de carácter temporal de algunos trabajadores.

La STS de 15 de enero de 1997 (RJ 497) acepta ya plenamente que la vigencia de la contrata puede justificar la suscripción de contratos temporales para obra o servicio determinado³⁶. En el supuesto litigioso, la extinción de los contratos temporales se produjo al finalizar la contrata existente entre la empleadora y una central nuclear para la que aquélla prestaba

(35) Sobre esta cuestión, entre la doctrina, Vid. M.A. VICENTE PALACIO, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 108 a 157; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “El objeto del contrato de trabajo para obra o servicio: última jurisprudencia y nuevas perspectivas a la ley de reforma de 1994”, *Relaciones Laborales*, 1997, I, págs. 586 a 590; M. AGIS DASILVA: “La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 129 a 144; J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 55 a 69; J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 22 a 38 y P. CACHÓN VILLAR, *Doctrina unificada en materia de contratación temporal*, cit., págs. 54 a 59.

(36) Vid. el comentario a esta sentencia de R. MORÓN PRIETO, “Descentralización productiva y principio de causalidad de la contratación temporal: la finalización del contrato de obra por la terminación de la contrata”, *El Derecho*, núm. 737, 1998, págs. 1 a 3.

servicios de seguridad y vigilancia. Para la sentencia, el problema “se concreta en determinar si el servicio objeto del contrato previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores ha de ser en sí mismo —es decir, por su naturaleza en relación con la actividad de la empresa— un servicio limitado temporalmente o si, por el contrario, aun siendo un servicio que en principio tiene una duración permanente, puede ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado cuando para el empresario la realización de ese servicio queda en la práctica limitada en el tiempo, no por el carácter de aquél, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste”. Se reconoce que en estos casos “no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización”. Pero también se admite que “existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”. En este sentido, para la sentencia lo decisivo “es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo”, es decir, el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato. Para la resolución comentada, concurren dos razones que deben llevar a una conclusión positiva sobre la licitud de la cláusula de temporalidad pactada. En primer lugar, porque una contrata para la prestación de servicios de seguridad para otra empresa tiene sustantividad y autonomía propia dentro de la esfera de actuación del empresario contratista y, aún en la hipótesis de que no fuera aplicable el art. 15.1.a) ET por prevalecer una concepción “esencialista” de esa modalidad contractual, la limitación de la duración del contrato podría justificarse como condición resolutoria al amparo del art. 49.1.b) ET³⁷. La segunda razón consiste en que el convenio aplicable reconoce la procedencia del contrato de obra o servicio pactado para la vigencia de la contrata —aunque imponiendo como garantía la obligatoria subrogación del nuevo contratista en los contratos de todos los trabajadores—.

Una sentencia posterior, de 8 de junio de 1999 (RJ 5209), dictada en el caso de una contrata para un servicio de transporte de ropa, ha permitido a la Sala IV precisar el alcance de la doctrina de la sentencia de 15 de enero de 1997. En este sentido, se aclara que la limitación temporal del vínculo contractual sólo se autoriza “cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término”³⁸.

(37) Esta solución se apuntaba ya en la anterior sentencia de 28 de febrero de 1996 (RJ 2738), en la que se resuelve un supuesto en el que las dos trabajadoras demandantes habían firmado sendos contratos temporales para obra o servicio determinado en los que se especificaba que su objeto era “trabajar en el tren de lavado de la Residencia San Prudencio mientras se realiza un estudio de organización y de forma de gestión del mismo”. Concluido dicho estudio, se acordó encargar la limpieza integral del centro a una empresa especializada y se comunicó a las demandantes la finalización de sus contratos. La sentencia rechaza la pretensión de las trabajadoras que impugnaban su cese por no ser válida la limitación temporal pactada. Esta decisión se funda en el art. 49.1.b) ET por entender que, si bien los contratos de trabajo no reúnan los caracteres suficientes para ser calificados como de obra o servicio, su carácter temporal provenía de la condición resolutoria válidamente pactada. Vid. un comentario a ambas sentencias en S. DEL REY GUANTER y R. SERRANO OLVARES, “Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997”, *Actualidad Laboral*, 1998, II, págs. 343 a 371.

(38) En el mismo sentido, vid. ATS de 24 de septiembre de 1998 (RJ 8551), en el que se inadmite el recurso de casación para unificación de la doctrina por ser la doctrina de la sentencia recurrida coincidente con la del TS.

B) La flexibilización del soporte de la temporalidad: planes, programas, presupuestos y subvenciones como vías para limitar la duración del contrato

La misma línea de flexibilización se advierte en otras sentencias que han incorporado elementos externos a la propia obra o servicio contratado como vías indirectas para limitar la duración del contrato y aplicar la modalidad del art. 15.1.a) ET³⁹.

Esto es lo que ha sucedido en el caso de los programas para la extinción de incendios. Las sentencias de 10 de junio de 1994 (RJ 5422), de 3 de noviembre de 1994 (RJ 8590) y de 10 de abril de 1995 (RJ 3038) trataban, todas ellas, de contratos para obra o servicio determinado celebrados para realizar diversas tareas durante la campaña anual de extinción de incendios. La Sala IV reitera, en cada uno de estos pronunciamientos, la validez de la modalidad contractual empleada, resaltando que se trata de la realización de obra o servicio determinado con autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, siendo claro, además, que su ejecución no es ilimitada en el tiempo pero sí de duración, en principio, incierta. A ello añade el Tribunal la relevante circunstancia de que la cobertura de cada una de las campañas de extinción depende de factores climáticos, de los objetivos específicos de cada planificación anual y, sobre todo, de las disponibilidades presupuestarias que pueden diferir de un año para otro. Todos estos elementos determinan la adecuación de los contratos para obra o servicio celebrados, sin que pueda alegarse la existencia de una relación fija, periódica y discontinua.

El mismo criterio ha aplicado la STS de 18 de mayo de 1995 (RJ 7579) en un supuesto en el que los contratos celebrados bajo la modalidad de obra o servicio determinado estaban destinados a realizar determinadas tareas en el marco de la ejecución de un programa para la erradicación de la peste porcina. En este caso, ni siquiera se discute la temporalidad del vínculo, declarándose únicamente que la comunicación del cese por término del contrato constituía un despido improcedente puesto que las sucesivas prórrogas del mencionado programa ampliaban el término del contrato temporal celebrado.

En el mismo sentido puede citarse la larga serie de sentencias relacionadas con la contratación para desarrollar diversos trabajos en el marco del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (FIP)⁴⁰. La sentencia de 21 de julio de 1995 (RJ 6324), que recoge la doctrina fijada por la Sala IV en pronunciamientos anteriores, confirma la validez de los contratos temporales celebrados bajo la modalidad de obra o servicio determinado, señalando que el Plan “tiene la condición de servicio determinado, en cuanto la realización de los programas que en el mismo se integran persiguen fines variables en su consecución –lo que, a su vez, puede demandar aptitudes diferentes en las personas que

(39) Fenómeno que ha producido, en opinión de la doctrina, una progresiva “descausalización y dilatación” del objeto del contrato para obra o servicio determinado. Vid., en este sentido, J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 22.

(40) Vid. SSTS de 7 de octubre de 1992 (RJ 7621), de 16 de febrero de 1993 (RJ 1174), de 24 de septiembre de 1993 (RJ 8045), de 11 de octubre de 1993 (RJ 7587), de 25 de enero de 1994 (RJ 375), de 17 de mayo de 1995 (RJ 4212), de 19 de mayo de 1995 (RJ 3988) y de 18 de diciembre de 1995 (RJ 3068/1996).

los desarrollan— que dependen, a su vez, de los fondos presupuestarios destinados, ya propios, ya del Fondo Social Europeo. Nada, pues, más acorde a la instrumentalización de los contratos por servicio determinado”⁴¹.

Las SSTs de 18 y 28 de diciembre de 1998 (RJ 307/1999 y 387/1999, respectivamente) han seguido un criterio similar. Se trataba, en ambas sentencias, de sucesivos contratos para obra o servicio concertados por un Ayuntamiento en los que se preveía su finalización cuando se cumpliera el plan concertado entre dicho Ayuntamiento y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La Sala admite la validez del contrato temporal suscrito afirmando que “hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado”⁴².

Se va produciendo así una ampliación de la obra o servicio determinado, que junto a los supuestos clásicos delimitados objetivamente en función de características propias de la obra (p.e.: la construcción de una vivienda) o del servicio (p.e.: el cumplimiento de una labor de vigilancia durante la celebración de una exposición), comienza a admitir también supuestos en los que la limitación opera desde fuera, en un marco estrictamente económico o presupuestario.

4. EL CONTRATO EVENTUAL

A) La causa de la eventualidad. Algunos problemas: déficit de plantillas y vacaciones

El contrato eventual se define como una modalidad en la que la temporalidad se justifica en función de una necesidad extraordinaria de trabajo sobre la que es normal dentro de la acti-

LA VIGENCIA DE UNA CONTRATA PUEDE JUSTIFICAR LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES PARA OBRA O SERVICIO CUANDO PARA EL EMPRESARIO LA REALIZACIÓN DEL SERVICIO QUEDA LIMITADA EN EL TIEMPO, NO POR EL CARÁCTER DEL MISMO, SINO POR LAS CONDICIONES EN QUE SE HA PACTADO SU REALIZACIÓN, CON UN TERCERO Y POR CUENTA DE ÉSTE

(41) La validez de la contratación para obra o servicio determinado para atender tareas relacionadas con los Planes FIP ha sido admitida por el TS incluso cuando el contrato para obra o servicio se celebra al finalizar otro contrato temporal —formativo o de fomento del empleo— y aunque el trabajador continuara desarrollando idénticas tareas a las prestadas durante la vigencia del anterior contrato, y ello porque estos contratos “no tienen un objeto permanente e indefinido, sino temporal, aunque incierto en su duración total, puesto que tienen por finalidad la gestión del FIP, para el que no existe una dotación económica estable, sino consignaciones presupuestarias anuales”. Así lo señalaba el TS en su sentencia, ya citada, de 16 de febrero de 1993 (RJ 1174).

(42) Vid. también, en un supuesto similar, la STS de 11 de noviembre de 1998 (RJ 9623).

vidad de la empresa⁴³. El factor que provoca esa necesidad es externo a la organización de la empresa, como muestra uno de los componentes de la definición legal —“el exceso de pedidos”—, aunque el segundo —“la acumulación de tareas”—, puede resultar más ambiguo. Desde esta perspectiva, un “déficit de plantilla”, entendido como un número de trabajadores empleados inferior al necesario para hacer frente a la actividad normal de la empresa, debería considerarse como una circunstancia interna a la organización empresarial que no justifica el recurso a la contratación eventual.

Sin embargo, la Sala IV, en varias sentencias dictadas fundamentalmente en relación con la contratación temporal del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos, ha admitido que, en el caso de las Administraciones Públicas, el déficit de plantillas puede constituir una causa de eventualidad⁴⁴. En este sentido, la STS de 23 de mayo de 1994 (RJ 5361) señala que el déficit puede deberse a que exista un número de puestos de trabajo no cubiertos reglamentariamente o a la circunstancia de que los titulares no acudan al servicio por distintas causas. Es ésta una doctrina polémica como se pone de relieve a través del voto particular que acompaña a la sentencia citada, en el que se señala que en el supuesto controvertido la causa que determina el recurso a la contratación temporal es la necesidad de cubrir vacantes y éste es un tema vinculado, no con el contrato eventual por circunstancias de la producción, sino con el contrato de interinidad. La previsión normativa de ambas modalidades contractuales fundamenta, según el voto, “la estimación de que los supuestos sobre los que se sustenta el contrato eventual son aquellos que se producen objetivamente, considerados desde la perspectiva de la empresa en cuanto tal, atendido el montante global de las tareas a realizar o de los pedidos recibidos, pero no desde la perspectiva del reparto o distribución del trabajo por razón de la falta de personal suficiente”⁴⁵.

Una polémica similar se ha planteado en relación con la posible consideración de las vacaciones como causa de acumulación de tareas a efectos de la eventualidad. La STS de 3 de junio de 1994 (RJ 6842) consideró que “no es jurídicamente incorrecto proceder a la sustitución de un empleado en vacaciones mediante un contrato de trabajo eventual. Durante el período de vacaciones del trabajador se produce una nueva interrupción de la prestación de servicios que no da lugar a vacante propiamente dicha, ni tampoco a suspensión de la relación de trabajo con derecho a reserva de plaza”. En el mismo sentido, la STS de 15 de febrero de 1995 (RJ 1158), insiste en que “la necesidad de trabajo que

(43) Sobre esta modalidad contractual, Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 39 a 44 y P. CACHÓN VILLAR: *Doctrina unificada en materia de contratación temporal*, cit., págs. 59 a 60.

(44) SSTs de 30 de abril de 1994 (RJ 6312), de 16 de mayo de 1994 (RJ 4208), de 20 de mayo de 1994 (RJ 5360) y de 27 de mayo de 1994 (RJ 4409), de 4 de julio de 1994 (RJ 6332), de 5 de julio de 1994 (RJ 6339), de 12 de julio de 1994 (RJ 7156), de 30 de septiembre de 1994 (RJ 7269), de 5 de octubre de 1994 (RJ 7749), de 27 de octubre de 1994 (RJ 8532), de 31 de octubre de 1994 (RJ 8259), de 21 de enero de 1995 (RJ 2169), de 3 de febrero de 1995 (RJ 775), de 15 de febrero de 1995 (RJ 1158) y de 17 de noviembre de 1997 (RJ 8425).

(45) Desde la doctrina también se ha criticado el recurso al contrato eventual para cubrir déficit de plantilla. En este sentido, Vid. I. BALLESTER PASTOR, “El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción”, en AA.VV., *La contratación temporal*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 132 a 137.

genera la ausencia durante el disfrute de vacaciones debe ser atendida mediante la figura de la eventualidad y no con la de interinidad”⁴⁶.

B) Error en la identificación del contrato

También en relación con el contrato eventual, el TS ha venido manteniendo una actitud flexible cuando se aprecia un error en la calificación del contrato. De esta forma, si la denominación contractual utilizada es distinta a la de eventualidad, siendo ésta la correcta, el error es calificado únicamente como una irregularidad formal que debe corregirse aplicando a la relación laboral las reglas rectoras del contrato eventual, señaladamente las relativas a su duración, pero que no alcanza a convertir la relación laboral en indefinida⁴⁷. Así lo señaló el TS en su sentencia de 15 de febrero de 1995 (RJ 1158) en un supuesto en el que se habían celebrado contratos de interinidad cuando debía haberse acudido al contrato temporal de eventualidad. Afirma el Tribunal que, en estos casos, “tal irregularidad, por sí sola, no llevaría consigo que adquirieran fijeza los así contratados, pues produciendo tal ausencia una acumulación de tareas –lo cual no se discute– y mediando pacto expreso de temporalidad, la consecuencia procedente es asignar a tales contratos la naturaleza que les fuera propia, aplicando su régimen jurídico”⁴⁸.

C) ¿Trabajo fijo discontinuo o trabajo eventual?

Un problema de especial relevancia se ha planteado en torno a la distinción entre trabajo eventual y trabajo fijo discontinuo⁴⁹. El TS ha tenido la oportunidad de precisar, en diversos pronunciamientos, las diferencias entre una y otra modalidad contractual.

En su sentencia de 26 de mayo de 1997 (RJ 4426), la Sala IV distingue entre el contrato de trabajo fijo discontinuo y el contrato temporal de eventualidad precisando que el primero existe “cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homoge-

(46) Esta interpretación ha sido objeto de críticas doctrinales que apuntan al contrato de interinidad como modalidad de contratación adecuada para sustituir a los trabajadores durante el periodo en el que disfrutan de sus vacaciones. Al respecto, se ha recordado que el legislador no pide como presupuesto habilitante de la interinidad la suspensión del contrato sino la mera sustitución de quien tiene reservado su puesto. En este sentido, Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 43 a 44. También I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 252 a 255.

(47) Sobre los efectos que, sobre la relación laboral, producen los errores o defectos formales en la contratación, vid. A. BEJARANO HERNÁNDEZ, “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de la temporalidad”, *Relaciones Laborales*, 1997, I, págs. 163 a 204.

(48) Sin embargo, “cuando falta la forma escrita o ésta carece del elemento esencial de la expresión de la causa exigida expresamente en los artículos citados y se carece de prueba que acredite la existencia de la causa de temporalidad, el contrato deviene indefinido” (STS de 14 de marzo de 1997, RJ 2467).

(49) Sobre las diferencias entre ambas modalidades contractuales, Vid. F. PÉREZ AMORÓS, “Confusión y deslinde de los conceptos de contrato eventual y contrato fijo-periódico y discontinuo”, *Actualidad Laboral*, 1985, II, págs. 2089 a 2097; e I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*, cit., págs. 151 a 214 y J. YANINI BAEZA, *La contratación para trabajos fijos discontinuos*, Mc Graw Hill, 1998, págs. 36 a 43.

neidad”. Por el contrario, en el contrato eventual, “la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular”. Partiendo de esta diferenciación, el Tribunal resuelve el supuesto controvertido, relativo a la calificación de la relación laboral existente entre la empresa, dedicada al aderezo de aceituna, y las trabajadoras demandantes, que habían sido contratadas a través de sucesivos contratos temporales para realizar tareas de “escogida” durante diversas campañas. Tras señalar que lo relevante para resolver la controversia es “la reiteración de la necesidad de trabajo en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados”, el TS declara la relación que vinculaba a las demandantes con la empresa como fija discontinua y ello porque “la contratación no se ha realizado para atender circunstancias excepcionales del mercado, acumulación de tareas o un exceso de pedidos, sino para participar en la actividad ordinaria de la empresa”.

El mismo criterio se mantiene en las posteriores sentencias de 25 de febrero de 1998 (RJ 2210) y de 23 de junio de 1998 (RJ 5483), relativa, esta última, a la actividad desarrollada a tiempo parcial por varias trabajadoras en un comedor escolar. En este caso, el Tribunal señala que “es claro que los trabajos de las demandantes respondían a una necesidad permanente del Colegio Público, obligado por la LOGSE a proporcionar la comida a los alumnos”, de forma que habría que entender que la actividad de comedor es fija dentro del volumen de actividad de la empresa y, por tanto, no admite la contratación temporal⁵⁰.

D) Eventualidad y Empresas de Trabajo Temporal

Los problemas que ha planteado el uso del contrato eventual en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal han sido abordados por la STS de 4 de febrero de 1999 (RJ 1594)⁵¹. Se trataba de un trabajador contratado por una Empresa de Trabajo Temporal (ETT) para prestar servicios en una empresa usuaria (EU) para atender una situación de acumulación de tareas. El contrato tenía una duración de seis meses pero transcurridos dos meses y algunos días la EU comunica a la ETT la resolución del contrato de puesta a disposición por haber desaparecido la situación de actividad extraordinaria que lo justificaba. La ETT, fundándose en esta denuncia, comunica al trabajador que su contrato de trabajo queda extinguido. Pero el trabajador impugna el cese por improcedente, sosteniendo que el vínculo sólo podía extinguirse por cumplimiento del término. La Sala IV señala que el tema de decisión planteado es complejo y exige resolver tres cuestiones entrelazadas. En primer lugar, es preciso determinar la naturaleza del contrato eventual, esto es, si el mismo es un contrato a término cierto o si, por el contrario, es un contrato mixto que combina un término máximo cierto con un término incierto o una condición resolutoria. En segundo lugar, es preciso identificar las especialidades que pudieran derivarse de la conexión entre el contrato de trabajo temporal con el contrato de puesta a disposición. Finalmente, debe analizarse la incidencia de la cláusula del convenio de sector que autoriza la extinción anticipada en estos casos.

(50) Sin embargo, la STS de 23 de septiembre de 1997 (RJ 7296) niega la calificación como fija discontinua a una trabajadora que prestaba servicios de temporada en un albergue juvenil alegando que la contratación de la trabajadora estaba condicionada por las autorizaciones presupuestarias correspondientes.

(51) Vid. A. DESDENTADO BONETE, “Las empresas de trabajo temporal en casación: negociación colectiva y contratos eventuales”, *La Ley*, núm. 4812, 7 de junio de 1999.

El primer aspecto planteado es quizá el más difícil. La sentencia reconoce que en el contrato eventual se produce un fenómeno de desconexión entre la causa que justifica la temporalidad (la existencia de una necesidad de trabajo extraordinario, que sería en principio susceptible de actuar con un término incierto o como una condición resolutoria si la subsistencia de la causa se acota por un término cierto) y el término previsto por la ley. Esta desconexión puede llevar a resultados paradójicos: 1) vigencia del contrato temporal sin causa cuando desaparece la necesidad de trabajo extraordinario, pero no se ha cumplido el término, si se da preferencia a éste, o 2) extinción *ante tempus* del contrato cuando desaparece la causa que lo justifica, si se da prioridad a ésta. Ante esta alternativa, la sentencia opta por la primera opción: el art. 15.1.b) ET debe interpretarse en el sentido de que el contrato eventual requiere necesariamente un término y que “éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal”, lo que supone que la desaparición de la causa no provoca una extinción amparada en los apartados a) y b) del art. 49.1 ET, con independencia de que pueda recurrirse al art. 52.c) ET.

El segundo punto presenta menos dificultades interpretativas, porque para la Sala la referencia al art. 10.1 de la Ley 14/1994, que vincula el contrato temporal entre la ETT y el trabajador a la duración el contrato de puesta a disposición entre aquella y la EU, debe ponerse en relación con el art. 6.2 de la misma Ley, en virtud del cual las causas de temporalidad del contrato de puesta a disposición están sometidas al régimen del art. 15 del ET y, por tanto, no pueden ser alteradas por este contrato⁵².

**ESPECIAL RELEVANCIA
PLANTEA DISTINGUIR EL
TRABAJO EVENTUAL DEL
FIJO DISCONTINUO; ESTE
ÚLTIMO SE PRODUCE ANTE
UNA NECESIDAD DE
TRABAJO DE CARÁCTER
CÍCLICO, Y EL EVENTUAL
CUANDO LA NECESIDAD ES
IMPREVISIBLE Y QUEDA
FUERA DE CUALQUIER CICLO
DE REITERACIÓN
REGULAR**

(52) La relación entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador ha sido una cuestión especialmente debatida entre la doctrina. En favor de una conexión meramente temporal, y no causal, entre ambos contratos, se pronuncian S. DEL REY GUANTER y F. LEAL PERALVO, “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *Relaciones Laborales*, 1996, II, págs. 117 a 150, y M. GARCÍA FERNÁNDEZ, “La contratación de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal (I y II)”, *Actualidad Laboral*, 1996, I, págs. 1 a 32. Según estas opiniones, la causa de contratación de la empresa usuaria no tiene por qué coincidir con la causa del contrato de trabajo, de forma que para éste se puede construir una causalidad propia o autónoma, como es la celebración del contrato de puesta a disposición. Por el contrario, la doctrina mayoritaria señala la existencia de una interdependencia causal entre el contrato de puesta a disposición y contrato de trabajo de forma que la temporalidad de la empresa usuaria se traslada a la ETT. En este sentido, Vid. J. CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (Coord. M.R. ALARCÓN), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, 1994, págs. 81 a 83; J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación*, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 100 a 104; R. LÓPEZ PARADA, “El mercado del trabajo temporal: configuración legal e intervención administrativa”, en AA.VV., *Empresas de Trabajo Temporal*, Francis Lefebvre, 1998, págs. 100 a 101 y M. GODINO REYES e I. SAGARDOY DE SIMÓN, *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal*, CISS, 1998, pág. 137.

El último paso de la argumentación de la sentencia se refiere a la cláusula del convenio colectivo que permite la extinción “ante tempus” del contrato laboral suscrito entre la ETT y el personal en misión. Según la mencionada cláusula, constituye causa de extinción anticipada de la relación laboral la resolución total o parcial antes de su vencimiento del contrato de puesta a disposición por causas no imputables a la ETT. La sentencia excluye la aplicación de la citada cláusula argumentando que la garantía de estabilidad que la norma estatal concede al trabajador no es disponible “in peius” por la autonomía colectiva⁵³.

5. CONTRATO DE INTERINIDAD

A) La naturaleza del contrato: ¿contrato con condición resolutoria o contrato a término?

La configuración del contrato de interinidad como un contrato a término o un contrato sometido a condición resolutoria ha sido una cuestión tradicionalmente debatida en la doctrina española⁵⁴. No es ésta una cuestión de interés puramente dogmático porque las consecuencias prácticas son importantes. Un ejemplo permite aclarar esas consecuencias. Se trata de un contrato de interinidad para cubrir un puesto de trabajo reservado a un trabajador en incapacidad temporal. Si el contrato es a término, éste es necesariamente incierto pero coincidirá con la duración del derecho a la reserva del puesto de trabajo. Si ese derecho se extingue por muerte o incapacidad permanente del trabajador sustituido, el término ha vencido y la relación se extingue si hay denuncia del empresario. Por el contrario, si se trata de un contrato sometido a condición resolutoria, consistente en la cobertura del puesto de trabajo interinado por reincorporación del trabajador sustituido, la muerte o la incapacidad permanente de éste lo que determina es que la condición no pueda cumplirse y, por tanto, la relación se convierte en una relación indefinida.

(53) Vid. los comentarios a esta sentencia de M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, “La extinción del contrato de puesta a disposición eventual por desaparición de las circunstancias de mercado y sus consecuencias sobre los contratos de trabajo estipulados por la Empresa de Trabajo Temporal. A propósito de la STS de 4 de febrero de 1999”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, 1999, págs. 625 a 644; I. BALLESTER PASTOR y M.A. VICENTE PALACIO, “Sobre la naturaleza jurídica de la causa del contrato eventual por circunstancias de la producción: ¿término o condición resolutoria? Especial consideración de los contratos eventuales suscritos en el marco de empresas de trabajo temporal. (El art. 41 del II Convenio colectivo para las empresas de trabajo temporal) (Consideraciones al hilo de la STS de 4 de febrero de 1999)”, *Tribuna Social*, núm. 101, 1999, págs. 25 a 35; J. LAHERA FORTEZA, “Ilícitud de la extinción anticipada de los contratos eventuales celebrados con una empresa de trabajo temporal, (Comentario a la STS 4ª de 4 de febrero de 1999)”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999, págs. 76 a 79 y A.V. SEMPERE NAVARRO y M. CARDENAL CARRO, “La necesaria sujeción del contrato eventual a un término final y la STS de 4 de febrero de 1999”, *Aranzadi Social*, núm. 9, septiembre 1999, págs. 11 a 21.

(54) Vid., al respecto, G. BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad*, Civitas, 1986, págs. 28 a 38. Sobre el tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 44 a 52 y P. CACHÓN VILLAR, *Doctrina unificada en materia de contratación temporal*, cit., págs. 40 a 47.

La contratación temporal en la unificación de doctrina

La Sala se orientó inicialmente por la consideración del contrato de interinidad como un contrato sometido a condición resolutoria. Así, en casación ordinaria, la STS de 17 de noviembre de 1987 (RJ 8000) estableció que con la regulación contenida en el RD 2104/1984, cuyo art. 4.2.d) prevé que el contrato se considerará indefinido cuando no se hubiera producido la reincorporación del sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, “se está afirmando, con carácter general, la primacía de la condición resolutoria en la configuración normativa del contrato de interinidad y se crea, también con el mismo carácter, una expectativa para el interino de conservar el puesto de trabajo cuando no se produzca la reincorporación, pues si la condición no se cumple en el plazo señalado o su cumplimiento se hace imposible, la relación se consolida, cesando únicamente la interinidad, sin que este efecto legal pueda en principio ser eliminado por una cláusula contractual a término”⁵⁵.

Este criterio fue confirmado en unificación de doctrina por la STS de 28 de diciembre de 1992 (RJ 10368) que, tras reiterar las afirmaciones contenidas en la sentencia de 17 de noviembre de 1987, añade que “ninguna disposición expresa contiene el Estatuto de los Trabajadores sobre la extinción en el caso, como en el presente, en el que el trabajador sustituido no se reincorpora a su puesto de trabajo al haberse extinguido su relación laboral con causa en el reconocimiento de una situación de invalidez permanente absoluta”⁵⁶.

Pero esta interpretación, mantenida primero en casación ordinaria y luego en unificación de doctrina, se fundaba en el art. 4.2.d) del RD 2104/1984. La derogación de este Decreto y su sustitución por el RD 2546/1994 determinará la modificación de la interpretación judicial. En este sentido, la STS de 20 de enero de 1997 (RJ 619) señala expresamente que el nuevo Real Decreto ha derogado al anterior, eliminando la disposición que establecía la conversión en indefinidos de los contratos de interinidad cuando no tenía lugar la reincorporación del sustituido en el plazo fijado al respecto. A ello se añade, como señala el Tribunal, que “el art. 4.2.c) del nuevo Decreto incluye, entre las causas de extinción del contrato de interinidad, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, de lo que se desprende que la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido”. La STS de 22 de octubre de 1997 (RJ 7547), mantiene idéntica doctrina, señalando que la actual regulación del contrato de interinidad no permite considerar este contrato como sometido a condición resolutoria y añadiendo que “el contrato de interinidad por sustitución es ahora un contrato con término final”. Esta interpretación es la que debe mantenerse en la actualidad puesto que la norma reglamentaria actualmente vigente, el RD 2720/1998, mantiene en su art. 8.1.c) idéntica regulación a la contenida en el art. 4.2.b) del RD 2546/1994⁵⁷.

(55) En el mismo sentido, STS de 30 de septiembre de 1988 (RJ 7154).

(56) En el mismo sentido se pronuncia la STS de 28 de enero de 1993 (RJ 376). Vid. el comentario a esta sentencia de C. AGUT GARCÍA, “El contrato de interinidad ¿sujeto a término o a condición resolutoria? (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1993)”, *Tribuna Social*, núm. 36, 1993, págs. 23 a 28.

(57) No obstante, debe advertirse que esta solución sólo es aplicable a los contratos celebrados bajo la vigencia de los RRDD 2546/1994 y 2720/1998, mientras que para los celebrados antes de la entrada en vigor de estas disposiciones sigue aplicándose el criterio anterior. Así lo señalan las SSTS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 7651) y de 6 de julio de 1998 (RJ 7010).

Los diversos efectos que se derivan de esta diferente configuración legal del contrato de interinidad se ponen de manifiesto con particular claridad en las sentencias de 29 de septiembre de 1997 (RJ 7651) y la ya citada de 20 de enero de 1997 (RJ 619), relativas ambas a contratos de interinidad por sustitución celebrados en el ámbito de las Administraciones Públicas. En la primera de ellas, la aplicación del RD 2104/1984 conduce a la Sala Cuarta a estimar que la no reincorporación del trabajador sustituido, por haber pasado a situación de incapacidad permanente, no legitima el cese del interino cuyo contrato debía mantenerse hasta que la plaza se ocupara reglamentariamente. Por el contrario, la sentencia de 20 de enero de 1997, aplicando el RD 2546/1994, declara que el fallecimiento del trabajador sustituido o cualquier otra circunstancia que determine la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, determina la extinción del contrato de interinidad y, por ello, la licitud del cese del trabajador interino⁵⁸.

B) La interinidad por vacante. Del establecimiento de una nueva forma de interinidad a la configuración flexible de esta nueva causa

La extensión del contrato de interinidad a los supuestos de desempeño provisional de un puesto de trabajo mientras se procede a su cobertura definitiva⁵⁹ ha sido una creación jurisprudencial que se inicia en la casación ordinaria anterior a 1991⁶⁰ y que se ha man-

(58) Por lo que se refiere al personal estatutario de la Seguridad Social, no sujeto al Estatuto de los Trabajadores, la Sala Cuarta del TS ha venido sosteniendo, en aplicación de la normativa específica de este personal, que el interino sólo puede ser cesado cuando el titular de la plaza se reincorpore a la misma o, en caso de que la plaza quede vacante, cuando ésta sea cubierta por el procedimiento reglamentariamente previsto. Por ello, no cabe cesar al interino y contratar a otro trabajador con el mismo carácter cuando el titular de la plaza renuncie a la misma o cuando la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo finalice y sea sucedida por otra (p.e. cuando la incapacidad temporal concluye con declaración de invalidez permanente, con paso a la situación de excedencia o con el fallecimiento del trabajador sustituido). Lo contrario, supone, como señala la STS de 21 de septiembre de 1993 (RJ 6891) “fraccionar una necesidad de suplencia en periodos distintos según las causas sucesivas que la motiven en cada momento, lo que es contrario a la esencia de tal situación”. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 2 de abril de 1993 (RJ 2902), de 29 de enero de 1994 (RJ 391), de 25 de octubre de 1994 (RJ 8110), de 7 de marzo de 1997 (RJ 2259), de 15 de diciembre de 1997 (RJ 9318) y de 7 de julio de 1998 (RJ 6162). En estos casos, el cese del interino, seguido del nombramiento de un nuevo interino, antes de que se cubra reglamentariamente la plaza o se reincorpore su titular, debe ser declarado nulo. Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1997 (RJ 4104), de 15 de diciembre de 1997 (RJ 9318) y de 11 de mayo de 1999 (RJ 4723). Como excepción a esta doctrina, y también en el ámbito del personal estatutario al servicio de la Seguridad Social, el TS ha admitido que el contrato de interinidad se extinga válidamente antes de que la plaza se haya cubierto por el procedimiento reglamentario, haya sido amortizada o se haya reincorporado el titular sustituido. Se trata de supuestos en los que el interino es contratado para ocupar una plaza de médico especialista, aún sin poseer la correspondiente especialidad. En estos casos, cabe cesar al interino para nombrar en su lugar a otro interino que posea la especialidad requerida. En este sentido se pronuncian las SSTS de 22 de diciembre de 1995 (RJ 9490), de 2 de abril de 1997 (RJ 3579), también el Auto de 6 de febrero de 1997 (RJ 2827) y las SSTS de 2 de diciembre de 1998 (RJ 10189) y de 27 de mayo de 1999 (Rec 884/1998). Vid., al respecto, F. CAVAS MARTÍNEZ y A.V. SEMPERE NAVARRO, *El personal estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Aranzadi, 1999, págs. 52 a 62 y 67 a 70.

(59) Entre la doctrina, sobre la interinidad por vacante, Vid. J.M. MARÍN CORREA, “La vacante como justificación de la interinidad”, en AA.VV., *Cuestiones de Derecho Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, págs. 147-166; y M.J. ROMERO RÓDENAS, “Notas sobre el contrato de interinidad en la Administración Pública”, *Temas Laborales*, núm. 45, 1997, págs. 139 a 163; y P.T. RODRÍGUEZ RAMOS, *El contrato de interinidad por vacante*, Tirant lo Blanch, 1996.

(60) Vid. SSTS de 2 de marzo de 1987 (RJ 1304), 22 de octubre de 1987 (RJ 7181), de 25 de febrero de 1988 (RJ 949), de 26 de septiembre de 1988 (RJ 7111) y de 5 de octubre de 1988 (RJ 7536).

tenido en unificación de doctrina antes y después del reconocimiento reglamentario de esta figura en el art. 4 del RD 2546/1994⁶¹.

Pero lo más significativo de la línea jurisprudencial que surge en la unificación de doctrina es la introducción de criterios de flexibilidad en la aplicación de la interinidad por vacante.

Así, en primer lugar, en una larga serie de sentencias se establece que el error en la designación del tipo de contrato —obra o servicio determinado en lugar de interinidad por vacante— “sólo implica una irregularidad formal, que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante sin que pueda transformar un contrato temporal para la cobertura provisional de vacante en un contrato por tiempo indefinido” (STS de 28 de octubre de 1997, RJ 8632)⁶².

Igualmente, se admite que en un contrato celebrado bajo la modalidad de obra o servicio determinado se haga constar en cláusula posterior, normalmente al ser aquél prorrogado, que el mismo seguirá vigente hasta la cobertura de la plaza por los procedimientos reglamentarios. En estos casos, la celebración de un contrato para obra o servicio determinado, cuando el tipo contractual correcto es el de interinidad por vacante, constituye una mera irregularidad formal que no desvirtúa su naturaleza real ni puede transformar el contrato temporal en un contrato por tiempo indefinido y que, por ello, puede ser corregida en el momento de pactarse la prórroga⁶³.

Sin embargo, cuando no ha existido solamente un error en la calificación del contrato sino un uso desviado de la forma de contratación, el TS ha señalado que la relación laboral debe considerarse indefinida aunque, siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente comentada, ello no signifique que el trabajador adquiere la condición de fijo de plantilla. Ésta es la solución alcanzada en la STS de 19 de enero de 1999 (RJ 2474) en un supuesto en el que se había utilizado el contrato de eventualidad durante un tiempo muy superior al límite

(61) Vid. SSTS de 27 de marzo de 1992 (RJ 1880), de 18 de junio de 1994 (RJ 5454), de 28 de noviembre de 1997 (RJ 8632), de 30 de abril de 1997 (RJ 3560), de 17 de mayo de 1995 (RJ 5354) y de 17 de mayo de 1995 (RJ 4445).

(62) Vid. STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 7195) y, en el mismo sentido, la STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9482), que contiene una enumeración exhaustiva de pronunciamientos dictados en unificación de doctrina de idéntico signo, y las posteriores de 4 de mayo de 1998 (RJ 4089), de 12 de junio de 1998 (RJ 5203) y de 24 de septiembre de 1998 (RJ 7303).

(63) Vid. SSTS de 6 de noviembre de 1996 (RJ 8408), de 16 de noviembre de 1996 (RJ 9448), de 3 de enero de 1997 (RJ 904), de 10 de febrero de 1997 (RJ 1254), de 20 de marzo de 1997 (RJ 2589), de 30 de abril de 1997 (RJ 3560), de 22 de mayo de 1997 (RJ 4419) y de 12 de marzo de 1998 (RJ 2564).

SI EL CONTRATO DE INTERINIDAD SE CONFIGURA COMO CONTRATO A TÉRMINO, SU DURACIÓN COINCIDIRÁ CON LA DEL DERECHO A RESERVA DEL PUESTO DE TRABAJO, PERO SI SE ENTIENDE COMO CONTRATO SOMETIDO A CONDICIÓN RESOLUTORIA, Y ÉSTA NO PUEDE CUMPLIRSE, LA RELACIÓN LABORAL SE CONVERTIRÁ EN INDEFINIDA

autorizado y en el que no se había identificado ninguna plaza vacante que pudiera desempeñarse en interinidad hasta su cobertura. La STS de 11 de marzo de 1997 (RJ 2312) había resuelto en el mismo sentido también en un supuesto de utilización del contrato eventual sin que se hubiese precisado la causa o circunstancia que lo justificaba. El Tribunal entendió que no cabía apreciar una concreta y esporádica exigencia circunstancial del mercado ni se había acreditado que existiera un déficit de plantilla o la necesidad de cubrir interinamente una plaza vacante, y, por ello, declaró el carácter indefinido de la relación laboral con los particulares efectos que esa declaración produce (indefinición, no fijeza) en el ámbito de las Administraciones Públicas⁶⁴.

La flexibilidad se advierte también en la valoración del retraso en la convocatoria y cobertura de la vacante interinada. En este sentido, hay que mencionar la STS de 24 de junio de 1996 (RJ 5300). Se trataba, en este caso, de determinar si las cláusulas de temporalidad pactadas en dos contratos sucesivos celebrados hasta que se cubriera reglamentariamente la plaza desempeñada podían entenderse válidas o, por el contrario, debían considerarse abusivas en atención al largo periodo de tiempo transcurrido entre la contratación del actor y la efectiva cobertura de la plaza. La Sala Cuarta señala que “la existencia de una demora, razonable o irrazonable, en la provisión de las plazas” no produce la transformación de contrato temporal en indefinido. Tras precisar que la valoración de si ha existido o no demora en la cobertura reglamentaria de las plazas implica un juicio relativo, en el que debe atenderse a la inclusión del puesto de trabajo en la correspondiente relación así como a la dotación presupuestaria, el Tribunal afirma que “aún aceptando la hipótesis de una demora, ésta aunque pudiera implicar la infracción de normas administrativas no determinaría ni un fraude de ley en la contratación temporal laboral, ni la transformación de esa contratación en indefinida. Y ello porque la función típica de la contratación temporal se mantiene: desempeñar provisionalmente un puesto de trabajo que no ha sido objeto de cobertura reglamentaria”. En el mismo sentido, la STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9482) insiste en que “ni altera ni desnaturaliza el carácter temporal del vínculo el hecho de que la Administración se haya demorado o retrasado en sacar la plaza ocupada por el interesado a convocatoria pública para su provisión reglamentaria”⁶⁵.

Por otra parte, la flexibilización en el contrato de interinidad por vacante ha alcanzado también a las causas de extinción. Dicho contrato puede terminar válidamente por la cobertura definitiva de la plaza a través del procedimiento reglamentariamente previsto pero también por la amortización del puesto de trabajo que venía desempeñando el interino. Así lo ha señalado el TS en diversas sentencias. La STS de 2 de abril de 1997 (RJ 3045), en un supuesto en el que las partes habían pactado la duración de los contratos de interinidad hasta la provisión de los correspondientes puestos de trabajo, afirma que

(64) Vid. también la STS 18 de noviembre de 1998 (RJ 10000).

(65) El mismo criterio en SSTs de 28 de noviembre de 1995 (RJ 8767), de 29 de diciembre de 1995 (RJ 9847), de 20 de marzo de 1996 (RJ 2301), de 3 de enero de 1997 (RJ 904), de 10 de enero de 1997 (RJ 495), de 3 de marzo de 1997 (RJ 2195), de 14 de marzo de 1997 (RJ 2474), de 9 de junio de 1997 (RJ 4690), de 7 de julio de 1997 (RJ 6136) y de 19 de septiembre de 1997 (RJ 6488).

La contratación temporal en la unificación de doctrina

la eficacia de tal pacto está sometida a la condición de la pervivencia de los puestos. Añade la Sala Cuarta que “la suscripción de los contratos de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de los puestos de trabajo”. De esta forma, la amortización de la plaza o la supresión del puesto de trabajo priva de viabilidad a los contratos de interinidad y legitima su extinción⁶⁶.

A ello se añade una serie de pronunciamientos en los que el TS ha señalado que el transcurso del plazo previsto reglamentariamente para proceder a la cobertura definitiva de las plazas legitima también el cese del interino. Así se manifiesta la STS de 22 de octubre de 1997 (RJ 7547), afirmando que la redacción del art. 4.2.b) y c) del RD 2546/1994, —que prevén respectivamente que la duración del contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas coincidirá con el tiempo que dure el proceso de cobertura conforme a lo previsto en su normativa específica y que el contrato se extinguirá por el transcurso del plazo que resulte de aplicación— permite entender que el mero transcurso del plazo aludido en dicha disposición, no produciría “en principio, el efecto pretendido de transformar la relación contractual de interinidad por vacante en contrato por tiempo indefinido, sino el efecto contrario de facultar al empleador para dar por terminada la relación contractual con el trabajador interino”. De esta afirmación se extraen fácilmente dos conclusiones. Por un lado, que la Administración correspondiente podría decidir lícitamente la terminación del contrato de interinidad por vacante una vez concluido el plazo reglamentariamente previsto para la cobertura de la plaza y, por otro, que, en el caso de que el trabajador interino continúe prestando sus servicios una vez superado dicho plazo, su relación laboral no se convierte en indefinida puesto que, como precisa la Sala, “en el supuesto singular del contrato de interinidad por vacante la naturaleza temporal de la prestación ha de presumirse aun después de transcurrido el plazo de convocatoria del concurso correspondiente, teniendo en cuenta que la causa de temporalidad no ha desaparecido sino que simplemente se ha dilatado en el tiempo”.

Esta misma doctrina se recoge en la STS de 23 de marzo de 1999 (RJ 3237). Se trataba, en este caso, de contratos de interinidad por vacante celebrados con el límite temporal de un año previsto en el RD 2205/1980, regulador de la relación de trabajo del personal civil no funcionario de los establecimientos militares. La pretensión de las demandantes, dirigida al reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral, se fundaba en que la duración de su contrato había superado ampliamente el mencionado plazo de un año. La Sala Cuarta desestima tal pretensión, reiterando que la superación del plazo previsto reglamentariamente no convierte la relación laboral en indefinida⁶⁷.

Por su parte, en la STS de 5 de julio de 1999 (RJ 7161) se señala que es lícito y válido que el contrato de interinidad por vacante se extinga por el hecho de haber transcurrido un año desde que se suscribió. Se trataba de un contrato celebrado al amparo del RD 1194/1985 con la finalidad de posibilitar la jubilación anticipada de un trabajador. La Sala Cuarta señala que “si no se tratase de un contrato celebrado dentro del radio de acción del RD 1194/1985, no sería fácil reconocer efectividad a dicho plazo, pero la pro-

(66) Vid., en el mismo sentido, STS de 9 de junio de 1997 (RJ 4692).

(67) En un supuesto similar, vid. STS de 23 de abril de 1999 (RJ 4435).

pia estructura, esencia y fines de la contratación que se efectúa al amparo de este Decreto conduce a sostener la operatividad y eficacia de ese plazo”. Debe entenderse además que, en los contratos celebrados para sustituir a un trabajador que se jubila anticipadamente, la causa que legitima la celebración del contrato temporal desaparece con el transcurso del mencionado plazo de un año de modo que, respecto a estos contratos, cabe aplicar la causa de extinción prevista en el art. 4.2.c) del RD 2546/1994 cuando menciona “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo”⁶⁸.

C) En especial, el problema de la identificación de la vacante

Numerosas sentencias se han pronunciado sobre el grado de identificación de la vacante. El criterio general, tras alguna solución más dudosa⁶⁹, considera que “a los efectos de la identificación de la plaza interinamente cubierta por vacante, basta precisar la categoría, el lugar o centro de trabajo en que la plaza que así se ocupa está situada” y que, por lo tanto, “no resulta necesario identificar la plaza objeto de cobertura por medio de número u otros mecanismos similares, sino que lo principal que debe quedar cumplido es que la identificación de la plaza se realice de tal forma que no quepa la posterior actividad de la empresa que produzca indefensión al interesado”. De esta forma, “el hecho de dejar sin cubrir en la casilla del contrato el número de la plaza objeto de cobertura ni oculta la identificación de la misma ni tiene virtualidad bastante para ocasionar indefensión”⁷⁰.

Sin embargo, el caso resuelto por la STS de 7 de octubre de 1997 (RJ 7347) muestra algunas de las dificultades que plantea la aplicación de este criterio. Se debatía en este recurso un cese acordado como consecuencia de la cobertura de determinadas vacantes de un centro hospitalario cuando el número de interinos de la misma categoría era superior al número de vacantes cubiertas. Para seleccionar a los contratados que debían cesar, el Insalud aplicó el criterio establecido por las Instrucciones de 14 de febrero de 1995 sobre selección y cese del personal temporal. Según estas Instrucciones, el criterio de la antigüedad o la permanencia en la situación de interinidad puede ceder ante el criterio de las necesidades del servicio debidamente justificadas. La Sala confirmó este crite-

(68) Respecto al personal estatutario, el TS ha señalado, de acuerdo con la doctrina ya comentada en la nota núm. 58, que para la válida extinción del contrato de interinidad no basta con el acto formal de toma de posesión del nuevo titular de la plaza, sino que se requiere la efectiva incorporación y prestación de servicios. De esta forma, el hecho de que el titular de la plaza pase, en el mismo momento de su toma de posesión, a la situación de excedencia no determina la aparición de una nueva causa de interinidad que legitime el cese del interino para sustituirlo por otro trabajador contratado con el mismo carácter. Así se señala en las SSTs de 15 de diciembre de 1997 (RJ 9318) y de 29 de marzo de 1999 (RJ 3760).

(69) Vid. soluciones de las SSTs de 18 de junio de 1994 (RJ 5454), de 18 de julio de 1994 (RJ 7055), y de 2 de noviembre de 1994 (RJ 10336). En el supuesto contemplado en la sentencia de 18 de junio de 1994, el Tribunal entendió que el hecho de dejar en blanco la cláusula primera del contrato correspondiente a la identificación de la plaza vacante determinaba que la relación laboral debía considerarse como indefinida.

(70) Así se pronuncia la STS de 14 de enero de 1998 (RJ 1). En el mismo sentido, pueden citarse las SSTs de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9482), de 17 de mayo de 1995 (RJ 5354), de 29 de enero de 1996 (RJ 2736), de 30 de abril de 1997 (RJ 3560), de 24 de junio de 1996 (RJ 5298), de 12 de junio de 1995 (RJ 4894), de 27 de noviembre de 1997 (RJ 8632), de 12 de junio de 1995 (RJ 4894), de 28 de febrero de 1998 (RJ 2218) y de 1 de junio de 1998 (RJ 4938).

rio por entender que la ponderación del mérito o capacidad que se había utilizado en la decisión de los ceses del personal interino “tiene su cauce en las citadas Instrucciones en la invocación de las necesidades del servicio debidamente justificadas, supuesto en el que lógicamente habrán de ponderarse los méritos y capacidades de los candidatos, que son los factores principales si no exclusivos de las necesidades de asistencia sanitaria”. Pero lo que pone de relieve el caso es que las vacantes no estaban suficientemente identificadas, porque si hubiera sido así la determinación de interino que debe cesar sería automática: cubierta una vacante determinada, cesa la persona que la desempeñaba.

6. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN SUPRIMIDAS: FOMENTO DEL EMPLEO Y LANZAMIENTO DE NUEVA ACTIVIDAD

A) La contratación temporal de fomento del empleo: la noción de desempleado, la amortización de puestos de trabajo y el derecho a la indemnización por finalización del contrato

La doctrina unificada se ha extendido a modalidades de contratación que ya no están vigentes como tales⁷¹. Pese a ello, esta doctrina conserva su interés porque los correspondientes contratos han seguido produciendo efectos como consecuencia del mantenimiento de la vigencia de aquellos suscritos con anterioridad y, en cualquier caso, porque algunas interpretaciones pueden tener utilidad en relación con determinados conceptos que se han incorporado a la nueva legislación.

Éste es el caso de la noción de desempleado a efectos de la contratación temporal de fomento del empleo. El problema se planteaba en relación con determinados supuestos en los que, tras la terminación de una contratación temporal causal, se realizaba sin solución de continuidad una contratación temporal de fomento del empleo. En realidad, el trabajador no había estado desempleado, pues el día del cese había trabajado y el día siguiente se iniciaba la vigencia del nuevo contrato. La doctrina de la Sala no había dado una respuesta unifor-

CUANDO EN LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE INTERINIDAD HASTA LA COBERTURA DEFINITIVA DEL PUESTO NO HA EXISTIDO SOLAMENTE UN ERROR EN LA CALIFICACIÓN SINO TAMBIÉN UN USO DESVIADO DE LA FORMA DE CONTRATACIÓN, AQUEL DEBE CONSIDERARSE INDEFINIDO, SIN QUE SUPONGA QUE EL TRABAJADOR ADQUIERA LA CONDICIÓN DE FIJO DE PLANTILLA

(71) La contratación temporal para el fomento del empleo fue suprimida por el RD-L 18/1993, pero aparte de la prórroga prevista en la Disposición Adicional Segunda de este Real Decreto-Ley, el art. 44 de la Ley 42/1994 aprobó el programa de fomento para 1995, prorrogado en 1996, por la Disposición Adicional Quinta del RD-L 12/1995, que incluía la contratación temporal de determinados grupos de trabajadores desempleados por un periodo no superior a tres años. El contrato de lanzamiento de nueva actividad fue suprimido por el RD-L 8/1997.

me⁷², por lo que la STS de 10 de febrero de 1996 (RJ 836) tuvo que abordar la unificación de la unificación señalando que debe prevalecer una interpretación finalista: “si se considera la función del segundo contrato desde una perspectiva dinámica se advierte que, pese a la falta de una situación puente de paro entre los dos contratos, el segundo contrato ha cumplido efectivamente su función de fomento del empleo, pues sin él el trabajador hubiera cesado el día anterior, quedando en paro”⁷³. La sentencia rechaza la tesis contraria porque ésta “no previene ninguna distorsión en la aplicación de la fórmula contractual ni garantiza la distribución del empleo; se limita a obligar a las partes a un comportamiento formalista con objetivos meramente preventivos: basta demorar un día la contratación para conseguir el mismo fin, añadiendo, sin embargo, costes de tramitación y de inseguridad”. Se establece también en la sentencia comentada que la inscripción en la oficina de empleo ha de ser objeto igualmente de un entendimiento finalista: la inscripción es el medio normal para acreditar la existencia de una situación de desempleo⁷⁴, pero no debe exigirse con rigor formalista cuando “no es cuestionable la persistencia de la voluntad de trabajo de quien al día siguiente de terminar la vigencia de un contrato acepta otro”⁷⁵.

Otro punto importante en relación con la contratación temporal de fomento del empleo ha sido el de la determinación del concepto de amortización de puesto de trabajo a efectos de la prohibición que establecía el art. 5 del RD 1989/1984 para los doce meses anteriores a la nueva contratación. Las SSTs de 26 de mayo de 1996 (RJ 4675) y de 26 de mayo de 1997 (RJ 4425) entienden que con esta medida se trata de evitar la sustitución de trabajadores con empleo indefinido por trabajadores con contrato temporal, por lo que no puede entenderse que se produzca la amortización prohibida cuando el puesto de trabajo que se cubre con el contrato temporal es distinto del que fue extinguido con anterioridad. Para la última sentencia citada “la creación neta de empleo en el ámbito de

(72) Las SSTs de 23 de octubre de 1992 (RJ 7676), de 10 de mayo de 1994 (RJ 4012) y de 6 de octubre de 1995 (RJ 7197) fueron contrarias a la consideración de esta situación como desempleo. Pero las de 21 de diciembre de 1992 (RJ 10346), de 29 de diciembre de 1993 (RJ 10077) y de 25 de enero de 1994 (RJ 6536) mantuvieron la posición contraria. En general, sobre la doctrina de la Sala Cuarta en relación con el contrato temporal de fomento del empleo, Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 53 a 64, y P. CACHÓN VILLAR, *Doctrina unificada en materia de contratación temporal*, cit., págs. 69 a 70.

(73) El mismo criterio se mantiene en las SSTs de 23 de febrero de 1996 (RJ 1504), de 21 de mayo de 1996 (RJ 4603), de 29 de noviembre de 1996 (RJ 8751), de 15 de enero de 1997 (RJ 34), de 11 de febrero de 1997 (RJ 1255), de 14 de marzo de 1997 (RJ 2467) y de 17 de noviembre de 1997 (RJ 8425). Una excepción en la STS de 19 de febrero de 1998 (RJ 1845): no está en desempleo el trabajador cuando lo que hay es una sustitución de empleo, un segundo contrato que sustituye a otro anterior que no había llegado a su término. Tampoco está en desempleo el trabajador que ya tenía una relación indefinida porque el anterior contrato era en fraude de ley (STS de 20 de enero de 1998, RJ 4). Un caso polémico es el fraude imputable al trabajador por ocultar que tiene otro empleo (SSTs de 18 de diciembre de 1996, RJ 8629, y de 29 de junio de 1998, RJ 5537); en estos casos puede ser arriesgado establecer el fraude a partir exclusivamente del modelo de contrato que contiene esta declaración, pues el trabajador que intenta mejorar su condición de empleo puede verse obligado a aceptar la modalidad de contratación propuesta por la empresa.

(74) Es así, según la sentencia, porque “en el ordenamiento social no es desempleado cualquier persona inactiva, sino sólo aquel inactivo que tiene voluntad de trabajo o busca empleo, lo que se acredita formalmente con la inscripción como demandante de empleo en la oficina correspondiente”.

(75) En el mismo sentido, SSTs de 14 de marzo de 1997 (RJ 2467), de 22 de mayo de 1997 (RJ 4420) y de 6 de marzo de 1998 (RJ 2995).

la empresa puede coincidir con la contratación de desempleados, pero no es una exigencia necesaria para la validez de esa modalidad contractual que se justifica si fomenta una nueva contratación y esto se produce, aunque hayan existido con anterioridad extinciones de contratos de trabajo en la empresa, siempre que la nueva contratación no venga a cubrir directa o indirectamente puestos de trabajo afectados por esas extinciones”. En relación con la exigencia de que no se haya producido amortización de puestos de trabajo es interesante también la STS de 23 de abril de 1997 (RJ 3494), que precisa que el día inicial para el cómputo del plazo de doce meses que prevé el art. 5.1 del RD 1989/1984 no debe fijarse en la fecha en que se produce el despido por la empresa, sino en la fecha en que por sentencia se declara su improcedencia. Una solución que plantea la duda de la situación de los contratos posteriores al despido, pero anteriores a la declaración de su improcedencia.

Tiene también interés el caso resuelto por la STS de 18 de junio de 1998 (RJ 5410) sobre un contrato de fomento del empleo que se formaliza para sustituir a otro trabajador contratado por la misma modalidad pero que no había agotado el plazo máximo de duración del contrato; plazo que sí se agota sumando los períodos de contratación. La sentencia considera que en este caso se vulnera la prohibición del art. 5.3 del RD 1989/1984, pues “interpretando conjuntamente las prohibiciones de los números 2 y 3 es claro que sólo es posible celebrar contratos de fomento del empleo con distintos trabajadores para cubrir un mismo puesto de trabajo, sin respetar el plazo de 12 meses, cuando la suma de ambos contratos no excede de tres años”.

Finalmente, por lo que se refiere a la indemnización prevista en el art. 3.4 del RD 1989/1984 —que establece el derecho del trabajador a percibir, a la terminación del contrato, una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio—, el TS ha señalado, en numerosas sentencias, entre ellas las de 27 de febrero de 1997 (RJ 1604) y de 12 de mayo de 1999 (RJ 4817), que tal indemnización debe ser satisfecha cuando finaliza el contrato de fomento del empleo salvo que, en ese momento, el trabajador “quede vinculado a la empresa con una relación laboral indefinida”. En el resto de los supuestos debe abonarse la indemnización al trabajador, incluso aunque éste permanezca vinculado a la empresa a través de un contrato temporal y ello porque en este caso “el contrato de fomento del empleo fracasó en su finalidad, y es este fracaso el que justifica la compensación económica”.

B) Algunos problemas en relación con el contrato de lanzamiento de nueva actividad: la realización de tareas distintas de la nueva actividad objeto de lanzamiento y la duración máxima del contrato

En relación con el contrato de lanzamiento de nueva actividad hay que citar, en primer lugar, las SSTS de 17 de julio de 1995 (RJ 6269), de 20 de julio de 1995 (RJ 6319), de 25 de septiembre de 1995 (RJ 6893), y de 5 de marzo de 1998 (RJ 2078), que abordan el problema de la falta de correspondencia entre los trabajos desarrollados por el personal contratado y los que corresponden a la actividad objeto de lanzamiento, establecien-

do que la ley prevé como necesaria esta correspondencia y si se rompe por el desempeño de tareas ajenas a la actividad lanzada el contrato se transforma en indefinido⁷⁶.

También se ha planteado el problema del cómputo del plazo de duración máxima del contrato, que el art. 15.1.d) del ET, en la versión de 1984, precisaba que se computaba “desde el lanzamiento de la actividad”, mientras que el mismo precepto en la versión de 1994 indicaba sólo que la duración de los contratos no podría ser superior a tres años sin determinar término inicial y el art. 5 del RD 2546/1994 autorizaba los tres años como plazo máximo “cualquiera que fuera la fecha de su celebración durante el período de lanzamiento”. Por ello, la Sala Cuarta, en una serie de sentencias⁷⁷, ha señalado que con anterioridad a la Ley 11/1994 y al RD 2546/1994 la duración máxima del contrato se computa desde la fecha del lanzamiento de la nueva actividad y no desde la fecha de efectos del contrato o de la celebración de éste.

(76) La STS de 17 de julio de 1995 (RJ 6269) admite la posibilidad de que pueda justificarse el cambio por razones organizativas, pero siempre que se acredite su necesidad.

(77) SSTs de 30 de noviembre de 1996 (RJ 9459), de 5 de diciembre de 1996 (RJ 9133), de 17 de marzo de 1997 (RJ 2757) y de 5 de marzo de 1998 (RJ 2078). Una variante por exceso del plazo fijado en el convenio colectivo en la STS de 16 de junio de 1997 (RJ 5397) y una excepción por la firma de dos contratos en la STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 1304). Con carácter general sobre la doctrina de la Sala Cuarta en relación con el contrato de lanzamiento de nueva actividad, Vid. P. CACHÓN VILLAR, *Doctrina unificada en materia de contratación temporal*, cit., pág. 71.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas. 2. Ley y reglamento. 3. Ley/convenio colectivo. 4. Convenios colectivos extra-estatutarios. 5. Concurrencia de convenios colectivos. 6. Elección de la norma aplicable. 7. Ley aplicable al contrato de trabajo. 8. Sucesión de normas laborales. 9. Condición más beneficiosa. 10. Papel de la jurisprudencia.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J1 a J 618).

1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se deriva de la Constitución, de los respectivos Estatutos de Autonomía, y, en su caso, de las leyes marco o de delegación a que hace referencia el art. 150 CE, como ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 87/1993, 88/1983, 48/1985, 149/1985 y 11/1986, entre otras). Esta doctrina ha sido acogida por el TS (Sala Tercera) en varias sentencias recientes, que se refieren a la materia de seguridad social (sobre la que se pronunciaron, en especial, las SSTC 124/1989 y 195/1996).

La STS de 18 de enero de 1999, I.L. J 51, acogiendo de forma decidida dicha doctrina, sostiene que del art. 149.1.17^a CE no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retiene sólo potestades normativas. Como ya dijera el TC, el TS defiende que la mención separada al “régimen económico” dentro de ese precepto constitucional, referido a las competencias exclusivas del Estado, trata de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de

Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas. Por ello, encierra competencias de legislación y de gestión.

En esta misma línea se sitúa la **STS 8 de marzo de 1999**, I.L. J 240, que aborda la distribución competencial entre el Estado y la Junta de Andalucía en relación con la declaración de incapacidad permanente, a raíz de la impugnación por esta última del RD 1300/1995, aduciendo invasión de competencias pertenecientes a dicha Comunidad Autónoma y, en concreto, de las competencias asumidas en materia de sanidad. El TS desestima dicha imputación, tras adscribir a la norma impugnada en el campo de la seguridad social, y no al de la protección de la salud.

Entiende el TS que el procedimiento de declaración de invalidez permanente tiene consecuencias inmediatas para el reconocimiento de prestaciones económicas de la Seguridad Social, al tratarse de un trámite preceptivo para ello. Por esa razón, “no puede sostenerse que entre en el ámbito de previsión del art. 149.1.16^a CE, sino en el de la Seguridad Social al que se refieren los arts. 149.1.17^a CE y 20.2 EAA, que residen en el Estado la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social y en la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma”.

2. LEY Y REGLAMENTO

El art. 3.1 ET establece que “en ningún caso (pueden) establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales (...)”, lo que les atribuye en principio el carácter de normas indisponibles o de derecho necesario para la autonomía de la voluntad a la hora de regular “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral”. Pero no siempre resulta claro determinar qué normas tienen exactamente esa condición, lo cual exige, seguramente, una precisión casuística.

La **STS de 19 de enero de 1999**, I.L. J 23, dictada en unificación de doctrina, recuerda, por ejemplo, que las reglas del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, sobre limitación de las causas de la contratación temporal, son indisponibles para la autonomía privada, quedando a resguardo, por consiguiente, de eventuales invasiones por parte del contrato o pacto individual.

3. LEY/CONVENIO COLECTIVO

Tampoco es fácil dilucidar con claridad la relación ley/convenio colectivo. La **STS de 16 de febrero de 1999**, I.L. J 413, defiende la regla general que atribuye primacía a la ley sobre el convenio. El problema se había planteado a partir de una Ley autonómica cata-

I. Fuentes del Derecho

lana que, de conformidad con una Ley presupuestaria estatal, había establecido la congelación salarial para los trabajadores del sector público para el año 1997, pese a que el Convenio Colectivo del personal laboral de la Generalitat de Catalunya establecía un incremento salarial para 1997 igual a la previsión presupuestaria de crecimiento del IPC, con efectos de 1 de enero y con carácter consolidable.

El TS entiende que en este caso “las disposiciones legales están por encima del convenio colectivo cuya aplicación se pretende”. Para fundamentar esta solución la sentencia del TS acoge la doctrina del TC (STC 177/1998) según la cual “el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución”.

Con esta doctrina al fondo, el TS declara que “las leyes presupuestarias estatales o las de las Comunidades Autónomas pueden imponer límites máximos al incremento de las retribuciones del personal laboral al servicio de las respectivas Administraciones públicas”. Y de esa forma, proclama “la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter indrogable, inalterable e indisponible”, lo que hace que “en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la Ley, en la norma paccionada ya creada” (doctrina que también se contiene en SSTS de 9 de marzo de 1992 y 4 de mayo de 1994).

Estos temas vuelven a plantearse en las SSTS de 1 de febrero de 1999, I.L. J 67 y de 1 de marzo de 1999, I.L. J 448, en las que el supuesto de hecho es básicamente el mismo, aunque referido al País Vasco y con la interferencia de una “transmisión de empresa”. Se trataba del proceso de integración en la Administración vasca de las Ikastolas. Tales centros se regían por un convenio colectivo propio, que preveía un incremento salarial que parecía entrar en contradicción con los límites fijados para ese año por la Ley de Presupuestos de dicha Comunidad.

El TS, tras reconocer la indudable fuerza vinculante e imperativa de la citada Ley, y su primacía sobre los convenios colectivos (conforme a la doctrina del TC: Sentencias 58/1985, de 30 de abril, 177/1988, de 10 de octubre, 96/1990, de 24 de mayo o 210/1990, de 20 de diciembre), entendió que la disposición presupuestaria en cuestión tan sólo imponía la congelación salarial a quienes a la fecha de su entrada en vigor tenían la condición de empleados de la Administración, por lo que no podía alcanzar al supuesto de hecho que en ese momento se había planteado.

Ahora bien, también declara el TS que las limitaciones retributivas impuestas por las Leyes presupuestarias no implican la obligación de renegociar otros aspectos del convenio —los que las partes consideren convenientes— para el restablecimiento de la equivalencia de obligaciones derivadas del pacto colectivo. No habría obligación, por lo tanto, de renegociar el resto del convenio, que seguiría teniendo carácter vinculante, como mantiene la STS de 7 de febrero de 1999, I.L. J 183.

Aunque la relación ley/convenio colectivo se ha de regir conforme al principio de jerarquía —como recuerda la **STS de 16 febrero de 1999**, I.L. J 413, ya citada—, también es cierto que en muchos casos presenta una dimensión más compleja, en la medida en que la ley sólo entra en juego en defecto de convenio; la ley hace en esos casos de norma supletoria de la norma pactada.

Esto es lo que sucede en el asunto resuelto por la **STSJ de Galicia 8 de febrero de 1999**, I.L. J 303, que defiende la aplicación prioritaria del plazo establecido en el Convenio colectivo sobre el señalado en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, por así disponerlo expresamente este precepto; de manera que al existir una norma paccionada habrá de estarse a la duración fijada en la misma, dado que el precepto legal sólo resulta aplicable en defecto de pacto en convenio. Esta sentencia también reitera la doctrina del TS según la cual cuando la cláusula que pacta un período de prueba contradiga las disposiciones convencionales o legales, deberá tenerse por no puesta, aunque permanezca válido en lo restante el contrato de trabajo.

4. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

Parece aceptarse en términos generales que las cualidades del convenio colectivo como fuente del derecho no son aplicables a los convenios extraestatutarios. Sobre el particular resulta de interés la **STS de 25 de enero de 1999**, I.L. J 37, que recuerda la doctrina del TS sobre la eficacia de los convenios extraestatutarios (recogida, por ejemplo, en sentencia de 14 de diciembre de 1995, recurso 3036/95): “los convenios extraestatutarios tienen naturaleza contractual y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los arts. 1091 y 1254 a 1258 del Código Civil, quedando su eficacia limitada a las partes que lo suscribieron. Estos pactos carecen de valor normativo, teniéndolo sólo convencional y no integrándose en el sistema de fuentes previsto en el art. 3.1 ET”.

5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

La **STS de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 417, aborda un problema de concurrencia de convenios colectivos de ámbito distinto: uno de sector (de seguridad privada), con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1996, y prorrogado en su totalidad, y el otro de empresa, de fecha posterior y con vigencia desde 1 de junio de 1996 hasta 31 de diciembre de 1998. El convenio nacional mostraba —en su art. 83— un propósito claro de regular las condiciones de trabajo para todas las empresas del sector, razón por la cual disponía que todos los convenios de empresa que se pudieran pactar respetaran los mínimos establecidos en dicha norma sectorial.

Pero la parte recurrente en ese proceso negaba que en situación de prórroga, una vez denunciado el convenio de sector, existiera concurrencia de convenios, aparte de que

I. Fuentes del Derecho

habían perdido vigencia sus cláusulas obligacionales, entre ellas la que establecía aquel carácter mínimo para la negociación de ámbito inferior. Se aducía, además, que una regla de ese tipo era contraria a la ley, dado que prohibía que en ámbitos inferiores se negociasen las materias a que se refiere el párrafo final del art. 84 del ET.

Para el TS, el art. 83 del convenio encontraba fundamento en el art. 83.2 ET, que expresamente habilita a determinados convenios a establecer reglas específicas de articulación y complementariedad entre convenios, que serían de aplicación en ese caso, sustituyendo a las que se derivan del art. 84 ET. Con esta solución —que ya había sido mantenida por la STS de 29 de enero de 1997— entiende el TS, asimismo, que no se limitan las facultades de las partes negociadoras del convenio de empresa, pues mantienen su autonomía para negociar a ese nivel, bien es verdad que respetando lo establecido en el convenio anterior de sector.

6. ELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE

El principio de norma más favorable fue aplicado por la **STS de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 417, antes mencionada, para resolver una situación de concurrencia de convenios. Declara dicha resolución judicial que si se respetan los mínimos fijados en el convenio de sector, la posible concurrencia entre éste y sucesivos convenios de empresa debería resolverse aplicando el convenio más favorable para los trabajadores. A tal efecto se recuerda la doctrina de la STS de 29 de enero de 1997, según la cual la norma más favorable no es la que resulta de la comparación de uno y otro convenio en su conjunto, sino la que resulta de la comparación analítica dentro de cada materia.

El principio de norma más favorable fue utilizado también por la **STS de 10 de marzo de 1999**, I.L. J 446, al resolver el problema de si los Convenios de Seguridad Social concluidos entre Estados miembros quedaron sustituidos o no por los Reglamentos comunitarios. Si en un principio la jurisprudencia matuvo la sustitución total de los Convenios y la aplicación inmediata del Reglamento (SSTS de 24 de febrero de 1992, 30 de enero de 1995, 3 y 18 de mayo de 1995 y 3 de marzo de 1995), más tarde se decantó por la coexistencia de Reglamentos Comunitarios y Convenios, aunque éstos sólo deberán aplicarse en cuanto sean más favorables para el beneficiario (SSTS de 15 de octubre de 1993, 4 de enero de 1994 y 7 de marzo de 1995). En esta línea se inscribe la STS de 10 de marzo de 1999.

Nótese que esa posición se ha rectificado a partir de la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 7 de julio de 1991, caso Ronfeldt), que ha optado por el criterio interpretativo más favorable a la libre circulación de trabajadores, y que viene defendiendo por ello que “la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede acarrear una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un País miembro, debiendo incluirse dentro de aquéllas las dimanantes de los Convenios Multinacionales sobre la Seguridad Social integrados en el derecho interno en cuanto éstos supongan más beneficios para el trabajador afectado que los dimanantes del derecho comunitario”.

La STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999, I.L. J 333, declara, en otro orden de consideraciones, que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no incluye el hipotético derecho al acierto judicial “(...) en la elección de la norma aplicable”, siguiendo así reiterada doctrina constitucional.

7. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

Dos de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia han abordado los problemas relativos a la aplicación de la norma laboral cuando concurre un elemento de extranjería. La STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999, I.L. J 286, resuelve el problema de la norma aplicable al contrato laboral celebrado en Austria entre un español y la Administración pública española. Para la sentencia no es cuestionable que resulta de aplicación la legislación laboral del lugar de celebración del contrato, pues era el lugar en que el actor prestaba sus servicios y no existía pacto de sumisión a la legislación española. La decisión se adopta al amparo del art. 2 del Convenio de Roma, que permite a las partes la elección de la legislación aplicable, pero da primacía a la ley del lugar de servicios a falta de pacto expreso.

La STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1999, I.L. J 542, se plantea el problema de la ley aplicable a un contrato laboral celebrado en Madrid con un español residente en EEUU —que previamente estaba vinculado con una relación administrativa— para trabajar en la Embajada de España en Washington. La sentencia de instancia entendió inaplicable la legislación laboral española, dado el lugar de celebración y ejecución del contrato (EEUU), aplicando así el art.10.6 del Código Civil. Sin embargo, el TSJ entiende que el precepto de prioritaria aplicación, al tratarse de un trabajador español, es el art. 1.4 ET, según el cual la “legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables al lugar de trabajo”.

Según el TSJ, en este precepto, que es ley posterior y especial respecto del Código Civil, el término “contratación” hay que entenderlo en el sentido de hecho constitutivo de la relación jurídica. En el caso de autos el lugar de contratación no podía ser otro que el de laborización de la relación de trabajo, efectuada en Madrid. Por lo tanto, resultaba de aplicación al supuesto litigioso la legislación española.

8. SUCESIÓN DE NORMAS LABORALES

De estos problemas se ocupa la STC 17/1999, de 22 de febrero, I.L. J 99 (recurso 3962/96), que se pronuncia sobre la discutida retroactividad del art. 1.3.g) ET. La parte recurrente defendía la irretroactividad de esa regla, en cuanto que restringe los efectos de la relación laboral existente con anterioridad a su entrada en vigor, con claro perjuicio de los trabajadores afectados por la nueva normativa.

I. Fuentes del Derecho

El TC recuerda que la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE es aquella que incide sobre efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente, pero no sobre los efectos *pro futuro* de una norma (SSTC 27/1981, 108/1986 y 227/1988, entre otras); aparte de aclarar que el principio de irretroactividad contenido en aquel precepto constitucional, que encierra un mandato a los poderes públicos, no puede servir por sí solo para fundamentar una pretensión en amparo.

Por todo ello, y ante la falta de una específica norma de derecho transitorio para el problema planteado, entiende el TC que la respuesta judicial a tal cuestión pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, salvo vulneración de otros derechos fundamentales (STC 50/1984); de manera que sólo a los órganos jurisdiccionales corresponde resolver la cuestión, en el ejercicio de la función jurisdiccional que, en exclusiva, les atribuye el art. 117.3 CE (SSTC 22/1981, 58/1985, 99/1987, 100/1989 y 108/1996, entre otras).

La **STS de 16 de marzo de 1999**, I.L. J 462, también se pronuncia sobre el alcance de la letra g) del art. 1.3 ET. En ella se recoge la doctrina anterior del propio TS (SSTS de 6 de febrero de 1997, 5 de junio y 23 de diciembre de 1993), en las que ya se había defendido que la nueva regla de calificación no era una mera norma interpretativa o aclaratoria, sino “una innovación en la legislación precedente, consistente en la especificación de un criterio de diferenciación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte que no figuraba en la misma”.

También había declarado el TS, a ese respecto, que “el efecto inmediato de la nueva regulación garantiza la uniformidad de la aplicación del nuevo régimen jurídico sin los inconvenientes que en orden a la seguridad jurídica se derivarían de una retroactividad plena y tal efecto se ajusta además al principio general que rige en el derecho intertemporal para las relaciones de trabajo en virtud del cual la nueva norma se aplica a los efectos futuros de las relaciones creadas bajo el amparo de la legislación precedente, pero no, salvo disposición en contrario, a los efectos surgidos con anterioridad”.

Una cuestión distinta pero relacionada también con la aplicación de las normas en el tiempo es la que se analiza en la **STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 1999**, I.L. J 90. El problema que se plantea es si la situación del excedente voluntario que suspende el contrato de trabajo queda petrificada en cuanto a derechos y obligaciones derivados de la normativa convencional vigente al momento de concederse la excedencia, o si, por el contrario, el contrato queda sólo suspendido y en tal medida es susceptible de seguir siendo regulado por los convenios colectivos que se vayan sucediendo. La cuestión está pendiente de unificación por el TS, pero la citada sentencia TSJ mantiene esta segunda opción, defendida también por el TSJ de Madrid, lo que le lleva a concluir que el ejercicio de la preferencia en el reingreso por parte del excedente voluntario debe regularse por las normas vigentes en el momento de la solicitud, no por las vigentes en el momento de pasar a la excedencia, sin que con ello se conculque derecho adquirido alguno.

9. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La STSJ de Madrid de 16 de febrero de 1999, I.L. J 345, recuerda que el concepto de condición más beneficiosa es sumamente complejo e impreciso, así como su delimitación jurídica. Su eficacia jurídica se funda en el carácter de “fuente” de obligaciones del contrato de trabajo, y puede tener su origen tanto en un pacto o acuerdo de cualquier naturaleza, como en una práctica empresarial observada a lo largo del tiempo. Pero en este caso requiere “un acto empresarial que, más allá de una situación meramente tolerada o consentida, revele voluntad de crear definitivamente una ventaja en favor de un trabajador o grupo de ellos para incorporarla al nexo laboral”.

Por ello, su existencia ha de provenir del disfrute prolongado por un trabajador o un grupo de trabajadores de un régimen laboral concreto que en un concreto aspecto sea más favorable que el que la empresa pudiera exigir al amparo de una norma jurídica o un convenio colectivo o contrato individual. A ello añade el TSJ que “en todo caso, la condición más beneficiosa adquiere dicha naturaleza no sólo mediante su consolidación a través de la reiteración en el tiempo sino también por la presencia específica de las peculiaridades que la distinguen del régimen general ordinario al que en otro caso estarían sujetos los trabajadores beneficiados por la misma”.

La STS de 25 de enero de 1999, I.L. J 37, niega que los derechos regulados en un convenio extraestatutario puedan aplicarse alegando condición más beneficiosa, pues el nacimiento de ésta requiere algo más que la mera persistencia en el tiempo del disfrute de una determinada situación. Según dicha sentencia, “no podría producirse el nacimiento de esta condición más beneficiosa cuando los complementos salariales devengados por los trabajadores eran consecuencia de un pacto, que expresamente preveía su duración temporal”.

Sin embargo, la STSJ de Madrid de 16 de febrero de 1999, I.L. J 345, admite como condiciones más beneficiosas las previstas en un convenio que carece de eficacia por no haber cumplido los requisitos de registro, depósito y publicación, pese a declarar que tales condiciones “han de surgir de actuaciones individuales y concretas y nunca de pactos o convenios colectivos”. Lo que sucede es que en este caso las condiciones salariales del convenio –que, repetimos, no llegó a tener eficacia– fueron efectivamente aplicadas, como se deducía de las nóminas mensuales, pese a producirse varios cambios de titular.

Para la STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999, I.L. J 397, el pacífico disfrute durante 30 años del beneficio en cuestión (derecho al abono vitalicio de las primas de un seguro de asistencia sanitaria) revelaba la existencia de una condición más beneficiosa y no de una simple práctica tolerante. Por ello, tal condición debía respetarse y no podía ser neutralizada al amparo de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, pues no concurrían los requisitos precisos para su aplicación (un cambio sobrevenido de circunstancias inesperadas que desequilibrara radicalmente lo convenido).

I. Fuentes del Derecho

La clave en estos casos está en distinguir si la mejora es fruto de una voluntad unilateral de concederla con carácter indefinido, o tan sólo de una concesión ocasional. Supuesto este último en que cada entrega sería fruto de una voluntad nueva, generadora de un deber autónomo nacido y extinguido en ese mismo instante. Para resolver la duda ni es suficiente con que el beneficio se disfrute reiteradamente en el tiempo, ni tampoco es precisa esa nota de duración o permanencia para que exista la obligación. Lo determinante parece ser el acto de voluntad empresarial de obligarse para el futuro, como ha reiterado el TS (SSTS de 11 de marzo de 1999, 31 de mayo de 1995, 25 de enero de 1995, 21 de febrero de 1994, 20 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1992, 17 de noviembre de 1991 y 20 de mayo de 1991, entre otras).

10. PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

La STS de 9 de febrero de 1999, I.L. J 169, se pronuncia sobre la incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento interno. De acuerdo con el art. 1.6 CC, recuerda el TS que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. El precepto revela claramente la naturaleza y el modo de operar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que constituye una declaración complementaria sobre el significado de las distintas normas jurídicas que vincula a los restantes órganos del sistema judicial, en cuanto procede del órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Una vez alcanzado el rango de jurisprudencia, la doctrina del Tribunal Supremo se integra en el ordenamiento jurídico como un complemento de las normas o de los enunciados normativos a los que corresponde, formando cuerpo con ellos y beneficiándose de su misma fuerza normativa. Esta concepción del modo de ser y actuar de la jurisprudencia, como declaración complementaria de la norma interpretada, es compartida también por el TJCE. Así las cosas, teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario. A esa misma conclusión llega la STS de 7 de abril de 1999, I.L. J 555, haciendo suya la doctrina unificada por STS de 17 de diciembre de 1997, seguida por las de 7 de mayo y 18 de junio de 1998.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
M. ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos.

a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.**

A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial.

a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias.

d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción

de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. i) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales.

D) Trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores

mercantiles con asunción de riesgo. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Profesiones liberales. D) Socios empleados. E) Arrendatarios y aparce-

ros. F) Toreros. G) Religiosos. H) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.**

A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimila-

ción. 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 adminis-

tradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos,

benévulos o de buena vecindad. b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen

Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica abarca las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 618).

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

Es de destacar en este apartado la **STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 312 (recurso 5939/1998).

1. Los hechos ilustran de la reclamación de despido formulada por un profesional médico contra la clínica dental en la que había prestado sus servicios, resultando probado que acudía a la clínica regularmente para atención de los pacientes de la misma, estando su jornada en función del número y de las intervenciones odontológicas practicadas, percibiendo compensación económica en porcentaje del 40 por ciento sobre las minutas cobradas por la clínica a los propios pacientes, sin que conste el motivo de la ruptura de la relación laboral. El Juzgado de lo Social, admitiendo su competencia por razón de la materia, desestimó el fondo del asunto por entender que no se había acreditado el despido, mientras que el TSJ de Madrid, al resolver los recursos de suplicación formalizados por ambos litigantes, declara la incompetencia jurisdiccional y los remite a la vía civil.

2. La sentencia considera que la relación subyacente deriva de un arrendamiento de servicios y no de un contrato de trabajo, argumentando que “el actor, médico estomatólogo, presta los servicios propios de su especialidad, percibiendo una retribución del 40 por ciento de la factura del cliente, realizando su labor en la clínica del demandado que emitía la factura. Es manifiesto el ánimo societario que late en la relación de quienes se reparten el importe del precio de un servicio aportando uno la actividad profesional y otro la mercantil. El actor aportaba su cometido profesional y el demandado el soporte físico complementario de aquél, integrando ambos elementos la prestación final onerosa que el cliente retribuía y que se repartían en el porcentaje establecido. El actor no tenía ninguna retribución garantizada, ni horario, ni estaba sometido a un control disciplinario ajeno. No existía dependencia, pues trabajaba para sí, aunque por cuenta de otro con el que coordinaba un servicio dirigido como prestación asistencial a la clientela, ni exis-

II. Trabajador

tía ajenidad al cobrar por acto de servicio –igual que el demandado– tal relación no es subsumible en el art. 1 ET”.

3. La solución es compatible, ante los hechos probados, aunque la definición de los presupuestos sustantivos de ajenidad y dependencia resulta cuestionable y refleja, además, las graves dificultades existentes para la delimitación de uno respecto de otro. Es habitual –incluso en la doctrina científica– que ambos presupuestos se valoren conjuntamente y es poco frecuente, por tanto, que se emprenda el esfuerzo de proponer actividades por cuenta ajena, y no dependientes, y de actividades dependientes que no se realicen empe-ro por cuenta ajena. Dicho lo anterior, a título de reflexión general, hay que valorar como un acierto de la sentencia la vinculación de la dependencia al poder disciplinario empresarial. Porque pese a que la jurisprudencia social constante entiende por dependencia el sometimiento del trabajador al círculo rector y disciplinario del empleador, en la práctica se valora el primer aspecto tanto como se descuida el segundo, lo que merma la utilidad delimitadora del presupuesto de referencia, ya que si algo es característico y esencial a la noción jurídica de subordinación es la posibilidad de ser objeto de sanción, previa la cali-ficación empresarial de los actos del trabajador como incumplimientos contractuales.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

d) Deportistas profesionales

De esta materia se ha ocupado la STSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999, I.L. J 301 (recurso 5239/1998).

1. Un árbitro de fútbol demanda por despido a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF). El mismo venía desempeñando en diversas categorías y competiciones las funciones arbitrales desde 1992, percibiendo por ello, al menos desde 1995, además de las correspondientes dietas y gastos por desplazamiento, unas cantidades adicionales (aproximadamente unas cien mil pesetas por partido). Cuando dicho árbitro participaba en el Campeonato Nacional de Liga, las cantidades eran abonadas directamente por la RFEF. Por el contrario, en los partidos de Copa, eran los clubes participantes quienes le abonaban las cantidades mencionadas, en la cuantía determinada por la RFEF. En julio de 1998 el demandante recibió una carta del Comité Técnico de Árbitros de Fútbol comunicándole su descenso a la categoría de Segunda división B. En dicha categoría, los árbitros percibieron, en la temporada 1997-1998, además de los correspondientes gastos por dietas y desplazamientos, 18.000 pesetas por partido.

2. Por segunda vez (véase la STSJ de Madrid de 25 de febrero de 1998, recurso 2153/1997) un Tribunal Superior de Justicia aborda la eventual inclusión en el ámbito laboral de la relación que une a un árbitro y a su Federación, resolviendo nuevamente el supuesto en sentido negativo. Los argumentos pueden resumirse en dos: a) en primer lugar, que la integración de los árbitros en la RFEF tiene su origen en las funciones públicas de carácter administrativo que dicha Federación tiene atribuidas, según establece el art. 30 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre y, por lo tanto, la RFEF asume tanto la potestad disciplinaria deportiva como la potestad de clasificación, designación y demás normas administrativas relacionadas con los árbitros en virtud del carácter de “agente colaborador de la Administración Pública” que la Ley le otorga; parte de la potestad disciplinaria se delega en los árbitros; b) en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la relación que une a los árbitros y a las Federaciones no puede calificarse como laboral porque “no concurre en ella la nota de prestar aquéllos sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de éstas” (FJ 5º). (Véase también la STS de 30 de mayo de 1988, Sala Tercera.) El Tribunal resuelve acertadamente que la relación de árbitros y Federaciones tiene carácter administrativo.

3. La argumentación es prolija y coherente, si bien, lamentablemente, la legislación deportiva estudiada no ayuda a resolver con la rotundidad deseada dicho carácter administrativo. Esta circunstancia justifica que, en lugar de establecer únicamente la exclusión de este personal conforme al art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores, la Sala se esfuerce en un vano intento por demostrar la ausencia de dependencia, cuando, en general, todas las relaciones incluidas en el mencionado precepto se han considerado como exclusiones constitutivas y no declarativas (DE LA VILLA). De repetirse el supuesto, quizá sería oportuno que el legislador se plantease una intervención clarificadora, estableciendo aún con mayor nitidez la exclusión de los árbitros de la legislación laboral. Es de destacar cómo de los hechos probados se desprende la, en ocasiones, discutida naturaleza retribuida de la relación, incluso en el supuesto de competiciones “no profesionales”, como es el caso de la segunda división B (aunque en este último caso, la remuneración podría, quizá, calificarse de marginal). Debe resaltarse, por último, el hecho de que en competiciones de Copa, sean los propios clubes quienes abonen al árbitro la retribución.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

Especialmente significativa en esta materia es la STSJ de Aragón de 12 de abril de 1999, I.L. J 255 (recurso 193/1999).

1. El actor ha prestado servicios en la empresa demandada mediante contrato verbal como comercial-vendedor, pactando una comisión si la operación llegaba a buen fin, además de una cantidad mensual por mantenimiento de clientes o captación de otros

II. Trabajador

nuevos. Disponía de libertad para negociar precios, no estaba sujeto a jornada u horario algunos ni a un mínimo de ventas o visitas pero utilizaba un vehículo de la empresa –siendo a su cargo la gasolina así como los gastos de reparación y mantenimiento– y, en algunas ocasiones, ha sido acompañado por uno de los socios de la empresa, distribuyéndose ambos el trabajo y tomando como referencia las fichas de clientes de la empresa. El actor no causó alta ni en el IAE ni en ningún régimen de la Seguridad Social. Ante la manifestación verbal de la empresa sobre la innecesariedad de sus servicios, acude en reclamación por despido al Juzgado de lo Social de Zaragoza, el cual se declara incompetente por razón de la materia, con remisión a la jurisdicción civil.

2. Tras un repaso a algunas decisiones del Tribunal Supremo y una vez descritos los indicios que apuntan a la naturaleza mercantil de esta relación –salario a comisión, libertad en la fijación de precios, horario, jornada, número de ventas, asunción de los gastos del vehículo, inexistencia de vacaciones, pagas extras, sustituciones, etc.– y a la naturaleza laboral de la misma –retribución mensual fija, vehículo suministrado por la empresa, visitas a los clientes facilitados por la empresa, inexistencia de una organización empresarial propia, etc– el TSJ de Aragón opta por esta última. Discrepando “respetuosamente del *iudex a quo* considera –esta Sala– decisivas las notas precitadas de la existencia de una relación laboral, de las que es dable inferir que el demandante prestó sus servicios integrado en la organización del demandado (...) lo que obliga a concluir que concurría la nota de dependencia, definitoria de la relación laboral, entendida con un sentido flexible y no riguroso” (FJ 3º). No consta, por lo demás, que el demandante asumiera el riesgo y ventura de las operaciones realizadas, respondiendo con su patrimonio de las operaciones fallidas, reconociéndose únicamente que la comisión pactada se hallaba condicionada al buen fin de las operaciones pero no que los impagados corrieran a cuenta del actor. Declarando la competencia de la jurisdicción social, el Tribunal estima el recurso, anula la sentencia de instancia y obliga al juez *a quo* a dictar un nuevo pronunciamiento en cuanto al fondo.

3. La delimitación entre la exclusión/inclusión declarativa (DE LA VILLA) llevada a cabo, respectivamente, por los arts. 1.e.f) y 2.1.f) ET sigue planteando dificultades de interpretación toda vez que la asunción o no del riesgo de las operaciones anula o reafirma el presupuesto de la ajenidad, determinante de toda relación laboral. La decisión, a mi juicio acertada del Tribunal, incurre, no obstante, en una permanente confusión entre los rasgos de ajenidad y dependencia. En este punto, la Ley 12/1992, de 7 de mayo (BOE del 29) de contrato de agencia, ha resultado clarificadora al precisar la delimitación entre el agente por cuenta ajena “dependiente” –relación laboral– del “independiente” –relación mercantil– en su art. 2.2. Mas, acogiendo tal distinción, la relación analizada en el pronunciamiento que nos ocupa aparenta ser una relación “independiente” –autonomía en la organización del servicio del actor y no sólo en el poder sobre la estructura organizativa (HUERTAS)–. Por lo que el acierto de esta sentencia radica en aceptar la tesis del TS que, destacando el rasgo de la ajenidad cuando el de la dependencia se difumina al existir en la prestación un elevado grado de autonomía, subraya cómo el hecho de responder o no

del buen fin de las operaciones no se deriva de datos tan irrelevantes a tales efectos como que el devengo de las comisiones pactadas se efectúe cuando dichas operaciones lleguen a consumarse (STS de 29 de octubre de 1996, recurso 5630/1991, Sala Tercera, FJ 1º).

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

Aborda este tema la STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999, I.L. J 302 (recurso 5378/1998).

1. El demandante fue nombrado por la Presidencia de la Mancomunidad de Concellos do Val Miñor, director de Radiotelevisión de la Mancomunidad, como eventual para el desempeño de funciones de confianza. Tal nombramiento tiene efectos desde el 2 de enero de 1997. El 18 de junio de 1998 recibe notificación de fin de contrato. Contra la citada notificación se presentó demanda por despido dictándose una sentencia que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto. La parte actora interpone recurso de suplicación contra esta sentencia.

2. Es ya conocida la dificultad que entraña la diferenciación de la naturaleza administrativa o laboral del personal contratado por las Administraciones públicas. El Tribunal se hace eco de la doctrina del TS precisándola en los siguientes puntos básicos. En primer lugar, ha de atenderse a la verdadera naturaleza de los contratos y no a la calificación que las partes les hayan atribuido. Ahora bien, pese a que la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena haya de presumirse como relación laboral, dicha presunción queda desvirtuada si en las cláusulas del contrato aparece que el mismo está sometido a otro régimen. En segundo lugar, las irregularidades que en la aplicación de las normas hayan podido producirse no tienen en principio entidad suficiente para transformar en laboral el carácter administrativo del contrato. Y tercero, el carácter administrativo o laboral del contrato es una cuestión de técnica organizativa de la Administración que puede utilizar ambas modalidades contractuales siempre que para ello le faculte la Ley. En consecuencia, lo determinante de la adscripción de un contrato al área administrativa y no laboral, no será la naturaleza del trabajo prestado sino la existencia de una norma legal que la habilita para efectuar este tipo de contratación no operando en tales casos la presunción *iuris tantum* del art. 8 del ET a favor del contrato de trabajo. En este caso ha quedado acreditado que el actor fue nombrado como eventual para el desempeño de funciones de confianza, luego su cese depende de facultades discrecionales que corresponden a la Administración. Habiéndose utilizado para su contratación normas administrativas queda excluida la condición laboral. En este caso la norma aludida es la Ley 7/1985, de Régimen Local, en cuyo art. 104.2 reconoce la existencia del personal eventual como parte integrante del personal de las enti-

II. Trabajador

dades locales para el desempeño de puestos de confianza o asesoramiento especial. Al tratarse de un cargo de confianza, el Tribunal concluye que es revisable jurisdiccionalmente en los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, desestimando el recurso y confirmando íntegramente el fallo combatido.

3. Resulta innegable en las disposiciones legales, y no sólo en la ya citada Ley de Régimen Local sino también en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, la inclusión de este tipo de personal eventual. En efecto, los funcionarios podrán ser de carrera o de empleo y entre estos últimos, junto con los funcionarios interinos, se encuentran los eventuales. No obstante su admisión desde el punto de vista legal, diríamos que se trata de un tipo de personal, en principio, de presencia restringida en la Administración ya que está destinado a ocupar puestos políticos, porque no otro significado cabe atribuirle a la expresión “puesto de confianza o asesoramiento especial”. Siendo esto así, resulta lógico el hecho de que su nombramiento y cese sean libres y correspondan a la autoridad administrativa competente. Ahora bien, el reconocimiento de esta facultad discrecional no significa, en modo alguno, la imposibilidad de ejercitar algún tipo de control, o de revisión jurisdiccional sobre los actos de nombramiento o de cese de este personal, pero es claro que la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa. Por otra parte, cabe que nos preguntemos por la facultad para determinar que un puesto de trabajo en la Administración sea configurado o definido como puesto de confianza a cubrir con personal eventual. Serán las Relaciones de Puestos de Trabajo, como instrumentos técnicos a través de los cuales se lleva a cabo la ordenación del personal en las Administraciones públicas, las que recojan el número y las características de los puestos que puedan ser desempeñados por personal eventual. A pesar de que las Relaciones de Puestos de Trabajo son públicas por disposición de la Ley, su elaboración es competencia de cada Administración territorial y podemos decir que se trata de una facultad de autoorganización que como tal se encuentra excluida de la obligatoriedad de negociación con los representantes de los funcionarios. Todo lo anterior presenta un modelo coherente de organización administrativa que sólo podría ser cuestionado a la luz de una creciente tendencia a la catalogación de puestos como de confianza, tanto más en un panorama como el actual que no está exento de complicaciones derivadas de la incidencia de criterios empresariales en materia de personal que, pragmáticamente como dice la sentencia comentada, se emplean en la Administración para hacer más eficaz su función.

Por otro lado, esta misma cuestión es analizada por la STSJ de Andalucía (Málaga) del 26 de marzo de 1999, I.L. J 525 (recurso 211/1999).

1. La Sra. LN ha prestado sus servicios en el Instituto Andaluz del Deporte desde 1995. La relación con el organismo se ha instrumentado a través de sucesivos contratos. En primer lugar, se celebró un contrato laboral de interinidad que a su finalización fue seguido por otros cuatro contratos administrativos, el último de ellos con efectos hasta el 31 de marzo de 1998. Con fecha 1 de abril fue cesada. La Sra. LN interpuso demanda por des-

pido contra el referido organismo, dictándose en la instancia sentencia estimatoria de su pretensión. El Instituto Andaluz del Deporte de la Consejería de Turismo y Deporte interpone recurso de suplicación contra esta sentencia.

2. Con carácter previo el Tribunal examina su propia competencia para proceder al conocimiento del objeto litigioso. Para ello, comienza reconociendo la dificultad que entraña el deslinde de los campos administrativo y laboral cuando se trata de contratar prestaciones personales. En este supuesto, el Tribunal analiza uno por uno los sucesivos contratos que mantuvieron ligada a la Sra. LN con el organismo público para determinar la naturaleza de los mismos. Sobre esta cuestión, concluye que de los datos fácticos se desprende con claridad la naturaleza administrativa a partir de la fecha de efectos del contrato para la realización de trabajos específicos de noviembre de 1995. Del mismo modo se observa cómo en los posteriores contratos las partes expresan su sometimiento a la normativa administrativa y a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Ante estas declaraciones formales que aparecen en los contratos, el Tribunal mantiene la tesis de que las posibles irregularidades o anomalías cometidas contra este orden jurídico Contencioso-Administrativo, no tienen la virtualidad de convertir la relación en una de naturaleza laboral. En ello, el Tribunal se apoya en la doctrina jurisprudencial que sostiene que lo que fundamentalmente determina la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de lo laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley que la autorice y su sometimiento a la misma. Ante esto, el Tribunal *ad quem* se inclina por reconocer la naturaleza administrativa de la relación que vincula a la demandante en la instancia con el organismo Público, llegando a afirmar que la existencia de una cadena de contratación o serie de contratos no puede desvirtuar “su esencia administrativa” por no haber podido probarse el dato de la ininterrupción en la prestación de servicios entre la suscripción de un contrato y otro. Finalmente, el Tribunal se detiene en la cuestión de la existencia, previa a la contratación administrativa, de un contrato laboral de interinidad y señala que ello no supone ningún fraude de Ley, porque con posterioridad y absoluto deslinde nacen las contrataciones administrativas todas ellas amparadas por la Ley. Por último, se consideró escaso y débilmente probado el hecho de que exista contradicción entre la verdad fáctica y la verdad formal a la luz de la actividad de la demandante, de su retribución, jornada, horarios, vacaciones (...) Por todo lo cual el Tribunal declara su incompetencia para conocer de la pretensión interpuesta en la demanda origen del litigio.

3. El que una misma realidad material, como la prestación de servicios personales para la Administración, se pueda articular a través de fórmulas jurídicas distintas es fuente de inagotables conflictos. Pero por más que se haya afirmado incluso desde la propia doctrina jurisprudencial la dificultad que entraña efectuar un deslinde entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral, una cosa es clara, el art. 1.3.a) ET deja fuera del ámbito laboral la relación de servicio, entre otros, del personal al servicio del Estado, las

II. Trabajador

Corporaciones locales y las Entidades públicas cuando al amparo de una Ley su relación se regule por normas administrativas. Como la posibilidad de acudir a la contratación administrativa es una forma de proceder al reclutamiento del personal de un modo más flexible del que es habitual, en la Administración, ésta ha usado, y abusado diríamos, de este tipo de contratos. A pesar de los intentos por limitar la celebración de contratos administrativos (la DA Cuarta LMRFP declara que éstos se celebrarán excepcionalmente), la contratación administrativa para la prestación de servicios específicos y no habituales ha sido impulsada últimamente con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

C) Administradores sociales

La resolución más interesante en esta materia es la STSJ de Madrid de 27 de enero de 1999 (recurso 3786/1998) I.L. J 291.

1. El demandante comenzó en 1986 a prestar servicios para la empresa mediante un contrato de trabajo. A partir de 1991 fue nombrado “administrador único” de la sociedad, lo cual se elevó a escritura pública en 1995. El demandante venía desarrollando su prestación desde el inicio en el “Teatro Albéniz”, ya que la empresa había celebrado en 1986 una contrata de arrendamiento de servicios con la Comunidad de Madrid para encargarse de la gestión y coordinación de ciertos servicios en dicho Teatro. La contrata finalizó el 30 de junio de 1997, dado que la Comunidad de Madrid decidió adjudicar la misma a una nueva empresa. Esta última se subrogó en los contratos de todos los trabajadores que prestaban su actividad en el “Teatro Albéniz” menos en el del demandante. En el Pliego de condiciones del concurso de adjudicación se establecía la obligación de subrogación, si bien en la lista de trabajadores afectados adjunta no figuraba el nombre del actor. El demandante había realizado diversos actos negociales como administrador único de la sociedad, si bien, y al parecer, nunca se procedió a la inscripción de dicha condición en el Registro Mercantil.

2. La sentencia que se comenta reconoce el carácter de trabajador por cuenta ajena del demandante, pese a haber sido nombrado “administrador único” de la empresa. Así, se declara que el actor “no sólo no aparece en el registro citado, sino que tampoco tenía participación en el capital de la empresa de lo que se desprende que el actor no tenía participación en los órganos rectores de la citada empresa (...) y como esta situación marca el límite entre los consejeros y el personal laboral, el demandante entra en la esfera de los trabajadores de la empresa” (FJ 3º) y, por consiguiente, procede la subrogación establecida en el Pliego de Condiciones Técnicas del concurso para adjudicar la contrata de servicios.

3. Una vez más se manifiestan íntimamente unidos dos problemas teóricamente escindibles, esto es, el relativo al socio trabajador y el relativo al miembro de los órganos de las sociedades mercantiles capitalistas, cuando en realidad, sólo la segunda de las cuestiones

es relevante en el presente caso. Así, el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores establece la exclusión de aquellos que se limiten, “pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas”. Es sabido que dicha exclusión se ha entendido por la jurisprudencia en un sentido muy amplio, por aplicación de la teoría del vínculo, impidiendo, salvo supuestos excepcionales, la concurrencia de la condición de administrador y de trabajador por cuenta ajena. Frente a ello, la sentencia niega la existencia de concurrencia en sentido estricto, al otorgar efectos constitutivos a la inscripción en el Registro Mercantil, no bastando, por tanto, la mera declaración en escritura pública del nombramiento como administrador. Esta interpretación viene marcada, a mi juicio, por la circunstancia de que el actor fuera promovido de trabajador por cuenta ajena a administrador único de la sociedad, siendo más que dudosa, pese a algunos intentos doctrinales, la aplicación analógica del art. 9 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, a este concreto supuesto. Por último, señalar que no se plantea aquí el debate sobre la aplicación a los altos directivos de las normas sobre subrogación en la transmisión de empresa, puesto que se trataba de una obligación de subrogación del contratista derivada del Pliego de condiciones del concurso público.

E) Trabajos familiares

Se analizan en este apartado dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. La primera de ellas es la **STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999**, I.L. J 280 (recurso 354/1996).

1. Los hechos ilustran de una relación laboral con el esposo empleador, conviviente y en sociedad de gananciales con la esposa trabajadora, con categoría de auxiliar administrativo y efectivas retribución, alta y cotización a la Seguridad Social. Solicitada la prestación de desempleo, tras el cese y un trabajo temporal en otra empresa asimismo finalizado, el INEM la deniega por no haber completado el período de carencia, al no ser computable la cotización del trabajo para el cónyuge por falta de ajenidad. El Juzgado de lo Social desestima la demanda y absuelve al INEM, desestimando asimismo el Tsj de Galicia el recurso de suplicación.

2. La sentencia —que inadmite la corrección de los hechos probados con base en un documento aportado con el recurso y expresivo del régimen de separación de bienes, anterior a la presentación de la demanda y, por tanto, aportable sólo en el período probatorio del juicio de instancia, ex arts. 506 LEC y 231 LPL— insiste en la necesidad de estar al supuesto concreto para determinar la ruptura de la presunción legal ex art. 7.2 LGSS, razonando que “la existencia formal de un contrato, la afiliación a la Seguridad Social, la cotización e incluso la existencia de ingresos efectivos no son datos que por sí mismos rompan la presunción legal”. Porque la sociedad de gananciales impone la extralaborabilidad del vínculo

II. Trabajador

lo, ya que a causa de la misma “se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, los beneficios de la empresa individual del esposo en la que trabaja la actora los aprovecha dicha sociedad de gananciales, saliendo de este fondo social común la posible retribución que el esposo pudiera abonar a la actora”, lo que lleva a calificar la prestación de familiar ex art. 1.3.e) ET.

3. Acierta la sentencia al recordar que los presupuestos sustantivos de ajenidad y dependencia son necesarios para la constitución de la relación laboral y al impedir que el período probatorio se reabra en el recurso extraordinario de suplicación. Sin embargo, es incompatible su doctrina de convertir el régimen de sociedad de gananciales en presunción *iuris et de iure* de extralaboralidad del vínculo entre esposos, impidiendo que otras pruebas, ofrecidas por el familiar a quien incumbe el *onus probandi*, puedan romper la presunción *iuris tantum* de “familiaridad” específicamente dispuesta en los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS, de signo opuesto a la genérica de “laboralidad” del art. 8.1 ET. Por lo demás, la sentencia no valora *in casu* todas las circunstancias concurrentes ni tampoco las diferencias de aquellos dos preceptos legales, en lo relativo a la dependencia económica “estar a su cargo”, exigida por el segundo e ignorada por el primero (VILLA-DESDENTADO, *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, 2ª ed. 1979, págs. 257 a 258). Late pues en el fallo, como en muchos anteriores, un visible recelo hacia situaciones eventualmente fraudulentas, sin atender empero a la doctrina del TC y del TS. El primero, en SSTC 2/1992 y 59/1992 ha resuelto que la imposibilidad de que una persona pueda causar alta en la Seguridad Social por simple razón de parentesco, vulnera el art. 14 CE; el segundo, en ST de 17 de marzo de 1997 [recurso 3570/96], ha aclarado que el CC proscribía el fraude pero no lo presume.

El segundo pronunciamiento analizado es la STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999, I.L. J 530 (recurso 6246/1998).

1. El 15 de abril de 1998, el Juzgado de lo Social dicta sentencia desestimando la demanda de don Félix Vicente C.F. sobre desempleo contra el Instituto Nacional de Empleo. En dicha sentencia se declaran como hechos probados que el recurrente solicitó del INEM el reconocimiento de su derecho a una prestación contributiva de desempleo, solicitud que fue denegada en base a ser hijo del empresario y convivir con él, no quedando acreditada su condición de trabajador por cuenta ajena. El actor efectivamente prestaba servicios en un centro de enseñanza concertado como profesor de pago delegado por la Generalidad de Cataluña. El centro en concreto era propiedad de su padre, con quien convivía. El 31 de agosto de 1997 el actor es despedido por causas objetivas por supresión de unidades escolares. Desde el 1 de noviembre de 1987 hasta esa fecha estuvo dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, constanding también que con anterioridad y desde el 1 de septiembre de 1979 hasta el citado mes de noviembre de 1987, estuvo vinculado al mismo centro pero estando dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. También se hace constar que el demandante es titular de una cuenta bancaria en la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona desde el 26 de marzo de 1984.

2. Partiendo de estos hechos probados el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve estimando el recurso de suplicación planteado, argumentando que el art. 1.3.e) del ET excluye de su ámbito de regulación los trabajos familiares siempre que concurren dos requisitos: a) la condición de familiar, b) la condición de no asalariado del trabajador. Se trata de una presunción *iuris tantum*, y corresponde la carga de la prueba al presunto trabajador/a. Esta presunción juega siempre que el empresario sea persona física o sujeto individual. Por su parte, también el art. 7 LGSS excluye de la condición de trabajador a los familiares del empresario que convivan con él. En este caso se cumplen los requisitos exigidos en ambos preceptos; sin embargo, el actor ha logrado destruir la presunción al demostrar con la narración de los hechos probados su independencia económica a pesar de la convivencia, al ser profesor del centro pero tener su propia cuenta en la que ingresaba las nóminas que la propia Generalidad le abonaba.

3. El precepto cuestionado es el 1.3.e) del ET que excluye del ámbito laboral el trabajo familiar, y lo excluye porque se parte de que el miembro de una familia (cónyuge, descendientes y ascendientes en línea recta sin limitación de grado o por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado) que convive con ella responde a las necesidades de la misma colaborando a su satisfacción, con lo cual desaparece la nota de ajenidad que necesariamente ha de concurrir en una relación laboral. Se trata de una presunción *iuris tantum* que podrá ser destruida demostrando la inexistencia de convivencia, o bien la existencia de salario o de un derecho a recibirlo, etc. En este caso se ha demostrado la existencia de un salario abonado por la Generalidad a una cuenta propia de la que disponía sólo el actor, del mismo modo podría ser probada la existencia de salario a través de la presentación de la declaración de IRPF, demostrando con ello la existencia de rentas de trabajo. El juez ha precisado que esta presunción juega siempre que el empresario sea persona física o sujeto individual, y ello se debe a que se hace una interpretación restrictiva del trabajo familiar (Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, núm. 13, de 10 de noviembre de 1998) por lo que no puede ser aplicado cuando el empresario es una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia. A mi juicio esta afirmación ha de ser matizada caso por caso, pues hay que tener en cuenta que en muchos casos serán los propios miembros de la familia los únicos accionistas y administradores de la sociedad mercantil, con lo que se podría eludir de esta manera la aplicación de la presunción viciando el objeto de la norma (STSJ de Madrid de 14 de enero de 1999).

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

La STC 9/1999, de 8 de febrero, I.L. J 95 (recurso de amparo núm. 2142/1996), es una de las sentencias que analiza esta relación laboral.

II. Trabajador

1. El recurrente es un transportista que presta sus servicios de reparto de mercancías desde 1980 para Lucas A., SA, utilizando para ello una furgoneta, respecto de la cual asumía los gastos, realizando su actividad todos los días laborales, y procediendo al reparto conforme a las órdenes e instrucciones recibidas del empresario, por lo que percibía una cantidad. El empresario decide en un momento dado pasar de 8 horas laborables a 6, lo que el actor considera una modificación sustancial del contrato y, en consecuencia, solicitó la extinción del contrato de trabajo. Tras la sentencia desfavorable del Juzgado, fundado en que no existía contrato de trabajo vigente en la fecha del juicio, porque la Ley 11/1994, de 19 de mayo, había aportado el art. 1.3.g) al Estatuto de los Trabajadores, el TSJ de Cataluña dictó Sentencia en 27 de febrero de 1995, por la que se desestimó el recurso dado que, si bien la jurisprudencia había calificado como laborales relaciones como la descrita, resultaba de plena aplicación el art. 1.3 ET, según la redacción dada por la citada Ley, pues tras la entrada en vigor de dicha Ley 11/1994 ya no puede mantenerse que estemos ante un contrato de trabajo, por lo que no es posible ejercitar una acción sobre una relación que ya no existe. Se declara la incompetencia de jurisdicción.

2. En lo que se refiere a la lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE), el TC, con cita de la Sentencia 227/1998, niega que el art. 1.3.g) del ET incurra en discriminación, “al excluir del ámbito de las relaciones laborales las prestaciones de servicios de transporte que se describen en el párrafo segundo del art. 1.3.g) ET (...), que se realizan al amparo de autorizaciones administrativas de las que sea titular la persona que las presta, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales”, porque los requisitos contenidos en la norma se fijan mediante una serie de conceptos jurídicos que recogen nociones previamente definidas de la “legislación estatal sobre transporte terrestre”, como ocurre con “la titularidad de la autorización administrativa (...) que constituye el título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad del transporte”, delimitación negativa que “responde a un criterio objetivo” con el que se procede a “la clarificación de los ámbitos laboral y mercantil en lo que a las relaciones de transporte se refiere”, cuyas “consecuencias jurídicas (...) tampoco adolecen de una desproporción (...) reprochable, puesto que (...) no es un resultado constitucionalmente desmedido que el transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un ordenamiento jurídico distinto del aplicable a las relaciones dependientes y por cuenta ajena”. Por ello la decisión judicial se ha tomado “con base en una norma legal que no vulnera el art. 14 CE”. En cuanto a la lesión del art. 9.3 CE, por entender el recurrente que constituye una aplicación retroactiva de una norma que afecta a derechos ya nacidos y consolidados, se niega la necesidad de amparo, dado que dicho artículo no es susceptible de él, y se trata de una cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuya decisión no se ha adoptado de forma arbitraria e inmotivada. Se desestima el recurso de amparo.

3. Aunque la exigencia de la tarjeta administrativa sea un criterio objetivo no implica que, por ello, sea también válido y no discriminatorio, dada su falta de importancia de cara a

la prestación laboral (véase algún ejemplo respecto de otras exigencias, más específicas, incluso de titulación administrativa para otras profesiones y actividades, como pilotos, profesores de enseñanza superior con centros públicos y privados, contratos de trabajo, funcionarios y contratados en vía administrativa, etc.), frente al más adecuado de la relevancia de la aportación de concretas “herramientas” en el desarrollo de la prestación laboral. No por menos exacto o minucioso, comparado con el del peso menor o superior a 2.000 kg., deja de ser un elemento diferenciador más razonable y adecuado, porque permite una mayor ponderación. La necesidad de la diversificación en el campo del transporte no permite cualquier solución. La falta de amparo del art. 9.3 CE no impide afirmar que la decisión impugnada incurrió en aplicación retroactiva, que contravino la Disposición Transitoria Segunda del CC, según la cual se debería haber respetado, durante su vigencia la naturaleza laboral que habían adquirido antes de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, al menos según la doctrina que se ha expresado en múltiples sentencias del TS, que, si bien no es de admitir en todas sus precisiones, es correcta y adecuada a los nuevos modos económico-sociales, de las que se citan las de 26 de febrero y 26 de junio de 1986, 4, 28 de mayo y 4 de diciembre de 1987, 2 de febrero, 22 de junio y 12 de septiembre de 1988, 20 de octubre, 14 de noviembre y 22 de diciembre de 1989, 8 de marzo, 6 de noviembre, 3 y 12 de diciembre de 1990, por referir sólo las primeras. Se ha consolidado la doctrina del TC en otras cuantas sentencias, entre las que se pueden citar las números 9/1999, 47/1999, 59/1999, 92/1999, 102/1999, 123/1999, 155/1999, 172/1999 y 182/1999.

Otra de las Sentencias analizadas es la **STC 47/1999, de 22 de marzo**, I.L. J 118 (recurso de amparo núm. 4134/1996).

1. Resuelve la demanda de amparo presentada contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Zaragoza de 22 de mayo de 1995, y contra la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de noviembre de 1995, que confirmó aquélla en suplicación, así como contra el Auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996, que inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el recurrente por falta de contradicción con las sentencias aportadas como término de comparación. Se consideran vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al considerar, las resoluciones antes aludidas, que la prestación de servicios de transporte realizada por el recurrente no constituyen relación laboral por la aplicación del art. 1.3.g) ET, precepto incorporado a dicho cuerpo legal por la Disposición Final Séptima de la Ley reformadora 11/1994, de 19 de mayo. Los fundamentos del recurrente son, en primer lugar, que el citado precepto introduce una mera presunción legal *iuris tantum*, que podrá ser destruida por la prueba en contrario de la naturaleza laboral de la relación contractual al concurrir en ella las notas del art. 1.1 ET,

II. Trabajador

una interpretación contraria por los órganos judiciales supondrá una lesión constitucional. En segundo lugar, y de entenderse que es el propio precepto el que de forma automática establece la exclusión, tendrá como consecuencia que sea la norma misma la que lesione la Constitución.

2. Ante estos argumentos, se entienden aplicables al caso los mismos razonamientos expuestos en su día en la Sentencia del Pleno de este Tribunal 227/1998, que aclara que la exclusión del ámbito laboral de las prestaciones de servicios de transporte contemplados y delimitados en el art. 1.3.g) ET, no supone que el legislador haya incurrido en una discriminación constitucionalmente proscrita, pues los requisitos contenidos en la norma parten de conceptos jurídicos determinados previamente por la legislación estatal sobre transporte terrestre, como son la calificación del transporte como público y la titularidad de la autorización administrativa, que suponen, según el Tribunal, la posibilidad del que la ostenta de explotación plena y autónoma del vehículo del que es propietario o sobre el que tiene poder directo de disposición. La norma cuestionada delimita la frontera entre el ámbito laboral y mercantil, y excluye legítimamente del ámbito laboral a aquellos que reúnen unos requisitos que la norma considera determinantes de su autonomía.

3. Esta sentencia daría lugar a múltiples consideraciones. En primer lugar, el precepto en discordia es el 1.3.g) ET, que en mi opinión, y utilizando la terminología del profesor Luis Enrique DE LA VILLA, introduce una exclusión constitutiva de un supuesto que reúne, en la mayoría de las ocasiones, las notas de laboralidad del art. 1.1 ET, y que por mandato de la ley queda fuera de un ámbito al que debería pertenecer. Se trata de una decisión normativa que anula la abundante jurisprudencia en favor de la laboralidad de la relación y probablemente para “flexibilizarla”. La exclusión queda determinada por la concurrencia de un requisito objetivo, que la actividad se realice al amparo de una autorización administrativa, precisa para los vehículos de una determinada capacidad de carga útil o peso máximo reducido [art. 47.2.c) Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres]. En la sentencia se entiende que ostentar la titularidad de esta autorización elimina la concurrencia de ajenidad en estas relaciones, sin embargo esta ajenidad puede existir perfectamente, si bien la norma excluye “constitutivamente” la laboralidad de las mismas.

El tercero de los pronunciamientos recogidos respecto al tema de los transportistas es la **STC 59/1999, de 12 de abril, I.L. J 252** (recurso de amparo núm. 100/1997).

1. La parte recurrente solicita la declaración de nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de diciembre de 1995, estimatoria del recurso de suplicación interpuesto por la empresa “Jet Services España, SA”, así como del Auto del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1996, que inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina, por considerar que lesionan los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de no discriminación al aplicar el art. 1.3.g) ET, y excluir del ámbito laboral, la prestación de servicios llevada a cabo por el

recurrente. Se solicita del Tribunal que se tenga en cuenta la inexistencia de posesión de tarjeta administrativa de transporte, y argumenta que el art. 1.3.g) ET introduce una presunción *iuris tantum* que podrá ser destruida con la prueba de la concurrencia de las notas de laboralidad del art. 1.1 del mismo cuerpo legal. De no ser así, la norma misma incurrirá en inconstitucionalidad al introducir esta exclusión de forma arbitraria.

2. El Tribunal da respuesta a todas estas cuestiones. En primer lugar, y en *obiter dicta*, se considera incompetente para revisar la apreciación que la Sala de lo Social realizó de los requisitos de aplicación del precepto cuestionado, declarando no idóneo el recurso de amparo como cauce procesal para replantear la prueba, por lo que no entra a valorar la existencia o no de tarjeta administrativa. Posteriormente, y apoyándose en los fundamentos de su Sentencia 227/1998, considera que no existe inconstitucionalidad de la norma.

3. Una vez más el Tribunal Constitucional debe confirmar al legislador en su decisión, que excluye *constitutivamente* esta relación contractual del ámbito laboral. Sabemos que el requisito determinante de la misma es la existencia de autorización administrativa que responde a unos datos objetivos de peso, etc., que da lugar al entendimiento de que su titular trabaja asumiendo el riesgo y ventura de servicio, independientemente de que así sea efectivamente. En este caso podría no existir tal autorización, sin embargo, la vía de alegación no ha sido la adecuada. De haberse considerado en momento oportuno hubiera sido determinante de la exclusión, salvo que su no tenencia se debiera al incumplimiento de las normas administrativas de transporte terrestre que regulan esta actividad.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

Se analizan en este apartado una STSJ de Madrid y otra del TS.

La primera es la STSJ de Madrid de 13 de enero de 1999, I.L. J 329 (recurso 4378/1998).

1. En ella, cuatro trabajadores que prestan servicios como profesores de religión y moral católica en institutos de enseñanza secundaria dependientes del Ministerio de Educación y Cultura, presentaron demanda sobre derechos y cantidad. Todos han iniciado su relación laboral en virtud de nombramientos efectuados por el Ministerio, previa propuesta de idoneidad por parte de la jerarquía eclesíástica. El Juzgado de lo Social correspondiente desestimó su demanda y contra aquella sentencia desestimatoria interponen recurso de suplicación.

2. El primer pronunciamiento de esta Sentencia se centra en torno a la petición declarativa de los demandantes de que su relación es laboral ordinaria y no especial. A este res-

II. Trabajador

pecto, el Tribunal considera que la prestación personal de servicios para el Ministerio de Educación configura una relación laboral ordinaria de naturaleza temporal por hallarse sometida a la condición resolutoria que representa la posibilidad de revocación expresa de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad. Consecuentemente con tal pronunciamiento se estima igualmente la pretensión de condena por complemento de antigüedad ya que la vigencia del principio de igualdad no permite la diferencia de consecuencias económicas de los contratos laborales según se trate de contratos temporal o indefinido. La temporalidad no diferencia el contenido esencial de la relación laboral, tan sólo su extensión en el tiempo. Sin embargo, por lo que se refiere al complemento de productividad, hay que tener en cuenta un dato importante a estos efectos. La Ley de Presupuestos Generales del Estado faculta para que tal complemento sea asignado también en casos análogos a los funcionariales, lo que significa que es el Estado, por vía presupuestaria, quien puede asignar a este tipo de personal este complemento, pero también puede no hacerlo. No se puede condenar al Estado a que abone un complemento que puede no asignar por la discrecionalidad que en ese punto tiene reconocida.

3. Se tratan en esta Sentencia algunas cuestiones que merecen ser destacadas en este comentario. En primer lugar, la situación de los profesores de religión y moral católica se encuentra regulada por un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español que data de 1979, y, en concreto, los profesores de educación secundaria obligatoria estaban equiparados en materia de remuneración y de Seguridad Social a los profesores interinos del Estado en virtud de la OM de 11 de octubre de 1982. Pero esta situación jurídico-administrativa que permitía a estos profesores percibir una remuneración y seguridad social equiparables a la de los profesores funcionarios del Estado, no la tenían los demás profesores de religión en educación infantil y primaria que se encontraban en una situación de gran precariedad. El Convenio Económico-Laboral de 26 de febrero de 1999 procede a adoptar un régimen jurídico común para todo el profesorado de religión católica que se inspira, no ya en el Derecho administrativo sino en el Derecho laboral. En segundo lugar, está la cuestión entonces, no ya de la naturaleza laboral de los servicios que presta este colectivo, sino de la condición temporal o indefinida de esta contratación. La presión de los propios profesores para que se les reconozca una relación laboral indefinida va en aumento pero esto nos sitúa más allá de lo prescrito en el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español y del Convenio antes mencionado que determinan que la propuesta y nombramiento de profesores de religión ha de realizarse para cada año escolar. Si reconocemos la duración determinada de la relación laboral, es claro que ésta no se extrae del art. 15 ET, al depender la continuación del vínculo jurídico de la prórroga de la idoneidad que es competencia de la autoridad eclesiástica. Estamos ante una relación laboral sometida a condición resolutoria lo cual nos sitúa en el art. 49.1 ET. Por otra parte, la pretensión de indefinición del contrato de trabajo de este colectivo, choca con otra realidad que resulta fundamental en el marco de las Administraciones Públicas como es la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso a los puestos de trabajo.

La segunda es la STS de 20 de enero de 1999, I.L. J 24 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3888/1997).

1. Al amparo del Real Decreto 1465/1985, se celebró un contrato administrativo para la realización de trabajos específicos. Según consta en el relato fáctico de la instancia, en la ejecución práctica de dicho contrato se habían realizado tareas administrativas ordinarias y habituales de la entidad, sujetas al horario y control de la unidad administrativa a la que la persona contratada estaba adscrita. Aunque no se recoge expresamente en la Sentencia comentada, en suplicación el Tribunal debió reconocer la competencia del orden jurisdiccional laboral. Frente a ella, el Abogado del Estado recurre en casación.

2. De nuevo se plantea la cuestión de si el orden jurisdiccional social es competente para conocer de este litigio que surge a raíz del cese de la actora que se encontraba vinculada a la Administración a través de un contrato administrativo. Una vez más, el Tribunal repasa su doctrina que ha sido ya unificada por la STS de 2 de febrero de 1998 y otras posteriores. En definitiva, la procedencia de la contratación administrativa está condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, esto es, a que se refiera a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual. Obviamente, esta exigencia no se cumple cuando la actividad efectivamente realizada en la ejecución del contrato ha sido la prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y de dependencia. De este modo se deja ver con claridad el carácter materialmente laboral de la prestación de servicios realizada que, al presentar las notas típicas de ajenidad, dependencia, y teniendo carácter retribuido, no puede ceder ante la calificación formal del contrato como administrativo. El Tribunal afirma que opera la fuerza atractiva del ordenamiento laboral, pero matiza a renglón seguido que esta presunción sobre la naturaleza laboral de los servicios no conlleva la declaración de fijeza al tratarse de un contrato celebrado irregularmente por la Administración, para sostener esta afirmación *obiter dicta*, se apoya el Tribunal en su propia doctrina jurisprudencial.

3. El recurso a la contratación administrativa se produce en la Administración frecuentemente y, en muchas ocasiones, más allá de los contornos diseñados por la norma para este tipo de contratos. Ello es debido a la mayor facilidad que este tipo de contratación aporta en el reclutamiento del personal, la previsibilidad que aporta en cuanto a su duración y la indudable mayor capacidad de maniobra con que la Administración cuenta para su gestión. Hasta hace relativamente poco tiempo, la jurisprudencia había sido un tanto confusa en cuanto a la consecuencia de los abusos en torno a esta contratación administrativa. Pero en la actualidad podemos considerar esta cuestión como algo mucho más definido, valga como muestra esta Sentencia en la que se deja ver con claridad la posición del Tribunal al respecto. A pesar de la fuerza que tiene en este ámbito la calificación formal del contrato como administrativo, cuando se celebra un contrato denominado administrativo que no

II. Trabajador

encuentra amparo en la Ley por superar los límites establecidos en cuanto al objeto o a la duración, éste debe ser considerado como laboral pues en estos casos opera con toda su fuerza la presunción de laboralidad. Ahora bien, resulta importante tener en cuenta una matización que el Tribunal, recientemente, insiste en efectuar. El reconocimiento de la irregularidad en la contratación administrativa y su consiguiente consideración como contrato laboral, no conllevan la declaración del trabajador como fijo de plantilla, no suponen la declaración de “fijeza”. Ello no supone desconocer la naturaleza indefinida del vínculo, pero parece que el Tribunal está queriendo ir más allá al hacer hincapié en este extremo. Si el contrato es indefinido pero no resulta fijo de plantilla, la Administración, podrá, y deberá, dentro de sus facultades de organización dotar esa plaza y procurar que el puesto sea cubierto de la forma adecuada, esto es, con respeto a los principios de mérito y capacidad.

C) Profesiones liberales

Dos sentencias del TSJ de Baleares abordan este tema. La primera de ellas es la **STSJ de Baleares de 18 de enero de 1999**, I.L. J 264 (recurso 523/1998).

1. Esta sentencia, producida en trámite de recurso de suplicación contra resolución desestimatoria de reclamación de cantidad por aceptación de la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por las demandadas, mantiene inalterados y hace suyos los hechos probados en la instancia de cuyo contenido se deduce que el actor colaboraba desde mayo de 1997 con las demandadas en diversos proyectos de consultoría, habiendo pactado una retribución equivalente al 50 por ciento de lo facturado en cada proyecto. Igualmente queda acreditado, y no desvirtuado en vía de recurso, que el actor trabajaba en los locales de la empresa o fuera de ella, utilizando todos los medios materiales, incluido el teléfono y un ordenador portátil que la empresa adquirió para su uso. El actor no trabajaba en exclusiva para la empresa y no tenía horario ni jornada. Por otra parte, esta práctica era idéntica a la de otros profesionales libres, colaboradores de la empresa. Además, del relato de hechos probados se deduce que en octubre de 1997 el actor suscribió con la demandada un contrato de trabajo para obra o servicio determinado y que en el mes de noviembre el actor pasó a ser titular del 10 por ciento del capital social de las demandadas, participación adquirida con cargo a la deuda de 600.000 que éstas tenían con aquél.

2. Excepcionada la incompetencia de jurisdicción por las demandadas, la resolución incorpora a la de la inicial reclamación de cantidad, el examen de la existencia de relación laboral en los términos solicitados por el actor (desde mayo de 1997, esto es, meses antes de la suscripción del mencionado contrato para obra y servicio determinado). A este respecto la resolución del Tribunal, reitera la inaplicación de los arts. 1.1 y 8.1 ET, declarada en la instancia, en atención al análisis de las circunstancias en que se desenvuelve la prestación de servicios entre actor y demandadas durante el periodo cuestionado. En efecto, en la medida que el trabajador tenía libertad para acudir a los locales de la empresa, no trabaja en exclusiva para la empresa y su actividad no estuviese sujeta a horario ni jornada configuran al

actor como “un profesional libre (...) faltando los requisitos del trabajo dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa a que se refiere el art. 1.1 del ET”.

3. Tal conclusión se alcanza del examen conjunto de todos los indicios presentes en el caso concreto. No obstante, conviene recordar que tales datos son meros indicios de cuya ausencia valorada independientemente no puede deducirse directamente sin mayor análisis la inexistencia de relación laboral.

La segunda de las sentencias que se incluyen en este apartado es la **STSJ de Baleares de 2 de marzo de 1995**, I.L. J 375 (recurso 334/1998).

1. La cuestión que se debate en este pronunciamiento judicial versa en torno al carácter, laboral o no, que debe atribuirse a la relación existente entre un corresponsal literario y la Agencia para la que presta sus servicios. El actor era corresponsal encargado del ámbito geográfico de Ibiza y Formentera, consistiendo su actividad en elaborar y remitir regularmente a la Agencia un número indeterminado de noticias.

2. La calificación de la relación entre el actor y la empresa demandada resulta, sin duda, una cuestión compleja. En ella concurren elementos que colocan a la relación entre las partes en el ámbito del arrendamiento de servicios o de la ejecución de obra civil. Pero, a la vez, se aprecian también elementos que inducen a calificar la relación como laboral. El Tribunal señala que en estos supuestos, en los que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga no aparece nítida, la nota diferencial hay que buscarla en el ejercicio de una actividad en situación de dependencia. Aplicando esta interpretación al supuesto litigioso –y poniendo de relieve que el actor no estaba sujeto a horario, no recibía instrucciones de la Agencia sobre la forma, tiempo y lugar de realización del trabajo, no percibía pagas extras ni se le retribuían las vacaciones, no estaba dado de alta en la Seguridad Social y, finalmente, que compatibilizaba su prestación para la Agencia con otras actividades laborales–, la relación entre el actor y la Agencia es calificada como relación civil y no laboral.

3. La solución adoptada en esta sentencia se ajusta a la doctrina que el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia han aplicado en supuestos similares relativos también a colaboradores literarios o gráficos, supuestos en los cuales a la vez que se ha relativizado el factor de ajenidad –hasta el punto de entender que la posibilidad de que la empresa rechace los trabajos del colaborador y sólo retribuya los aceptados no implica necesariamente la inexistencia de ajenidad–, se ha enfatizado el elemento de la dependencia como dato determinante para tipificar la relación como laboral, si bien interpretando ésta en un sentido amplio y flexible (STS de 31 de marzo de 1997, recurso 3555/1996, I.L. J 652 y STSJ del País Vasco de 8 de abril de 1997, recurso 387/1997). Sin embargo, en el supues-

II. Trabajador

to resuelto por el TSJ de Baleares en la sentencia que se comenta, concurren algunos datos que, posiblemente, no hayan sido suficientemente valorados y que, sin embargo, podrían alterar la calificación de la relación entre el demandante y la empresa demandada. Así, la circunstancia de que la Agencia pudiera obligar al actor a cubrir una determinada noticia revela que éste no se guiaba en la prestación de su trabajo por su mera voluntad, estando obligado, en estos casos, a remitir a la empresa la noticia solicitada. Este dato podría, sin duda, poner de manifiesto una situación de dependencia –por flexible que ésta sea– suficiente para calificar la relación como laboral, posibilidad que se refuerza con otros datos tales como la continuidad y regularidad en la remisión de noticias, la utilización por el actor de determinados útiles de la empresa para el desarrollo de su trabajo o, finalmente, la circunstancia de que la empresa le sufragara los gastos de teléfono y desplazamientos.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

C) Exclusiones

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social

La STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999, I.L. J 343 (recurso 5168/1998), analiza este tema de la siguiente manera.

1. La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) fue objeto de actas de infracción y liquidación por falta de afiliación de los trabajadores que constituyen la litis. Tal actuación derivó en un alta de oficio en el RGSS por parte de la TGSS. Los citados trabajadores prestaban servicios de asesoramiento profesional, como abogados que eran, para la OCU, en su centro de trabajo y en régimen de exclusividad –pudiendo compatibilizar su trabajo con el ejercicio profesional–. A tales efectos contestaban a las cuestiones planteadas por los asociados de la organización en las horas de consulta fijadas por la misma, siendo dirigidos por el jefe de la asesoría jurídica, quien impartía instrucciones generales si bien con la libertad suficiente para rechazar o permutar con otros compañeros las consultas efectuadas, obteniendo por ello una percepción mensual fija que facturaban a la empresa con el IVA correspondiente al estar dados de alta en el IAE. La sentencia de instancia declara nula y, por consiguiente, deja sin efecto el alta de oficio en el RGSS realizada por la TGSS, presentando esta última el recurso objeto de esta sentencia.

2. De los hechos probados se deduce, a juicio del Tribunal, que “los servicios prestados por el abogado en ejercicio a los clientes no reviste en principio naturaleza laboral, por ser una profesión de las llamadas liberales”, tal y como manifestara el TS en Sentencias de 21 de diciembre de 1984 y 2 de diciembre de 1986. Mas el Tribunal admite que, en determinadas ocasiones, sí pueda poseer tal naturaleza si la prestación se realiza en régimen de dependencia, esto es, según se produzca o no la inserción en el ámbito organizativo de la

empresa. En el supuesto enjuiciado esta circunstancia no ocurre pues “resulta evidente que la actividad de los demandados quedaba fuera del círculo rector y disciplinario de la OCU, de la que no recibía órdenes ni instrucciones (...) existiendo incluso compatibilidad con el ejercicio libre de la profesión, la posibilidad de sustitución por otros compañeros y la elección de asuntos, siendo la retribución, aunque fija, no extraña a los arrendamientos del servicio, propio de las profesiones liberales, con el sistema conocido como ‘igualada’” (FJ Único). La ausencia de los requisitos exigidos por el art. 1 ET sirve para que el Tribunal confirme la sentencia de instancia y ratifique la exclusión del campo de aplicación de la Seguridad Social.

3. La calificación como laboral o no de la relación constituye requisito previo para efectuar la inclusión de los servicios prestados no tanto en un régimen u otro de la Seguridad Social sino en el campo de aplicación de la misma. La solución es coherente –inexistencia de relación laboral/exclusión del sistema de Seguridad Social– pero, en mi opinión, desacertada. Como es sabido, las exigencias técnicas de un determinado servicio pueden contribuir a atenuar el requisito de la dependencia hasta el punto de admitir la existencia de un trabajo por cuenta ajena prestado en régimen de autonomía y cuya caracterización laboral se produce al estar inserto en el círculo rector y organizativo del empresario y se determina con indicios tales como los que concurren en el caso de autos –asistencia regular y continuada al lugar de trabajo, seguimiento de un horario preestablecido, utilización de una dependencia estable en el centro de trabajo, prestación de servicios en exclusiva, posibilidad de aceptar o rechazar encargos, etc. (STS 6 de junio de 1990, recurso 708/1992)–. Esta tesis obligaría a compartir la inicial actuación de oficio de la TGSS, encuadrando a los trabajadores en el RGSS. Con todo, la opinión mantenida por el Tribunal podría haber conducido a una solución distinta –de apreciarse los requisitos oportunos– como es la inclusión de los actores en el RETA (DA Decimoquinta Ley 30/1995, 8 de noviembre y art. 33 Ley 50/1998).

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora)

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

RICARDO MORÓN PRIETO

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresas de Trabajo Temporal. A) Los casos de responsabilidad de la empresa usuaria contenidos en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, no se extienden a los supuestos del art. 7.2 de la citada Ley. B) Retribución del trabajo prestado en la empresa usuaria según convenio aplicable a las ETT. C) Características del contrato eventual con las ETT. **3. Grupo de empresas.** A) Notas definitorias. B) Responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo. C) Opción de reingreso en caso de excedencia voluntaria. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal de trabajadores. B) La responsabilidad solidaria no alcanza a los salarios de tramitación. C) La responsabilidad solidaria se limita al período de vigencia de la contrata. D) El subarriendo de concesiones mineras no es encuadrable en esta figura. **5. Sucesión de empresas.** A) Requisitos del supuesto de hecho. B) Extensión de la figura a los cambios de titularidad sin vínculos contractuales entre cedente y cesionario. C) Supuestos de aplicación a los casos de sucesión en concesiones administrativas. D) Para apreciar su existencia debe pervivir el vínculo laboral al momento de operarse la transmisión. E) Irrelevancia del hecho de que la actividad se continúe únicamente en un centro de trabajo. F) No alcanza a las meras expectativas de derechos. G) Efectos sobre la relación jurídica de Seguridad Social. H) No pueden imponerse al cesionario los efectos del convenio aplicable a la cedente para el período posterior a la sucesión. I) Admisión en fase de ejecución aunque el cambio de titularidad es anterior pues hubo ocultación de la transmisión. **6. Seguridad y salud en el trabajo.** A) Alcance de la deuda de seguridad del empresario. B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. a) Naturaleza y aplicación del *non bis in idem*. b) No aplicable sobre los aumentos y mejoras de la pensión básica. c) Requisitos para la existencia de responsabilidad solidaria. d) Procedencia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 618 –básicamente las sentencias estudiadas se corresponden cronológica-

mente con las siguientes fechas: TJCE, junio-septiembre 1998; TC, febrero-abril 1999; TS, noviembre 1998-abril 1999; TSJ, enero-abril 1999—) 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. Se incorpora un apartado final destinado al estudio de la doctrina de los tribunales en todo lo referente a seguridad y salud en el trabajo.

2. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Los casos de responsabilidad de la empresa usuaria contenidos en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, no se extienden a los supuestos del art. 7.2 de la citada Ley

Las consecuencias derivadas de la continuación de la prestación de servicios para la empresa usuaria una vez finalizado el plazo de puesta a disposición son abordadas por la **STSJ del País Vasco de 29 de enero de 1999**, I.L. J 299. A tenor de la misma y en aplicación del art. 7.2 de la LETT, que prevé expresamente tal evento, en estos supuestos se considerará al trabajador vinculado por un contrato indefinido con la empresa usuaria, sin que sea invocable la simple responsabilidad subsidiaria de ésta consagrada en el art. 16.3 de la LETT. Conviene advertir que la redacción literal y original de esta sentencia dice textualmente lo contrario, es decir, que “tal precepto (art. 16.3 LETT) se extiende a los supuestos del artículo 7.2 de la misma Ley 14/1994, de 1 de junio”. Sin embargo, se trata de un mero error de transcripción —en concreto un olvido del monosílabo “no”— fácilmente detectable a tenor de la argumentación recogida en el pronunciamiento judicial.

B) Retribución del trabajo prestado en la empresa usuaria según convenio aplicable a las ETT

La **STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999**, I.L. J 341, resuelve un supuesto que incide directamente en el espinoso tema de la retribución correspondiente a los trabajadores en misión, en concreto por lo que a eventuales diferencias salariales con los trabajadores de la empresa usuaria afecta. El caso objeto de análisis se refiere a la correcta interpretación de una cláusula convencional, recogida en el convenio aplicable a la empresa usuaria, en virtud de la cual las empresas que utilicen los servicios de trabajadores con contratos de puesta a disposición “aplicarán las condiciones pactadas en las tablas salariales del Convenio provincial o autonómico correspondiente”. La discusión se centra en la determinación del sujeto responsable de dicho pago, así como en la eventual extralimitación de las partes negociadoras al implicar a un tercero en una negociación en la que no participó en caso de estimar que es la Empresa de Trabajo Temporal la obligada al mismo.

El Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 14/1994, argumentará que:

III. Empresario

“(…) La obligación de retribuir el trabajo prestado en la empresa usuaria compete a quien ostenta la titularidad de las relaciones de trabajo, en este caso las ETT, de conformidad con las tablas fijadas en el Convenio aplicable a estas empresas”,

por lo que el artículo del convenio arriba aludido transgrede la propia normativa reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, amén de lo dispuesto en los arts. 82.3 y 83.1 ET.

Conviene advertir que las consecuencias prácticas derivadas de tal situación normativa, a saber, posibles diferencias retributivas entre los trabajadores cedidos por la ETT y los trabajadores de la empresa usuaria a pesar de realizar idéntica prestación de servicios, han sido ampliamente corregidas tras la modificación de la LETT llevada a cabo por la Ley 29/1999, de 16 de julio. En efecto, de acuerdo con la nueva redacción del art. 11.1 de la LETT, “los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”. A partir de ahora, los conflictos probablemente se reducirán a la determinación del derecho de los trabajadores cedidos a la empresa usuaria a la percepción de aquellos complementos salariales ligados muy estrechamente al carácter permanente de la prestación de servicios.

C) Características del contrato eventual con las ETT

Ante la alegación de la parte recurrente de un distinto tratamiento del contrato eventual en el marco de las Empresas de Trabajo Temporal que el derivado de la legislación común y regulado en el art. 15.1.b) del ET, la **STS de 4 de febrero de 1999**, I.L. J 166, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, afirmará rotundamente que:

“(…) el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal”,

por lo que la reglamentación general contenida en el art. 15.1.b) del ET –cuya interpretación correcta implica necesariamente la fijación de un término en el contrato eventual, que rige la vigencia de éste al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal–, es aplicable al contrato de duración determinada establecido entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador, sin que las referencias a la “duración estimada” de dicho contrato y del de puesta a disposición –coincidente con el cual ha de ser el primero–, contenidas en los arts. 15.1.f) y 14.f) del RD 4/1995, de 13 de enero, respectivamente, supongan una excepción a dicha aplicación, pues:

“(…) es obvio que ni por su contenido, ni por la materia, ni por el rango de la disposición pueden interpretarse tales preceptos como una autorización para excluir la necesidad de término cierto en contrato eventual”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Notas definitorias

Especialmente significativa es la **STSJ de La Rioja de 19 de enero de 1999**, I.L. J 231, pues recoge una amplia reflexión acerca de la problemática general del grupo de empresas, particularmente por lo que a su delimitación concierne. Desde la consideración de la inexistencia de una regulación global de la figura en nuestro ordenamiento jurídico, se relacionan las distintas normas que, de manera fragmentaria, se han aproximado al fenómeno [art. 80.1.b) de la LPL, art. 3 y DA Cuarta Ley 22/1992, de 30 de julio], para concluir que:

“Sin embargo, la figura jurídica del grupo de empresas en el Derecho del Trabajo se ha ido formando progresivamente, partiendo de criterios tomados de otras ramas del derecho, a través de la doctrina jurisprudencial, jurisprudencia que, a pesar de que en alguna sentencia como la de 28 de marzo de 1983, rechazaba la admisión del grupo por la existencia de personalidad jurídica en cada una de las empresas, siempre se decantó por un criterio favorable a su admisión basado en un principio tutelar de la relación de trabajo.”

Doctrina jurisprudencial acerca de la delimitación de grupo de empresas que la sentencia en examen sintetiza señalando que:

“(…) podría decirse que las notas básicas definitorias del grupo de empresas son la unidad económica y diversidad jurídica”.

B) Responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo

Tema central del tratamiento jurisprudencial del grupo de empresas es el de la determinación de los supuestos concretos en los que cabe afirmar la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del aquél, de forma que, en gran medida, la construcción de la figura es tributaria de iniciativas y propósitos tendentes a “levantar el velo” de las formas jurídicas y dar preeminencia a la realidad cuando se trata de grupos ficticios.

En esta línea se sitúan las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero y 25 de marzo de 1999**, I.L. J 110 y 247, **de La Rioja de 19 de enero de 1999**, I.L. J 231 y **de Madrid de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 308/1999, en cada una de las cuales se contiene un, más o menos, pormenorizado elenco de los elementos, supuestos o notas caracterizadoras para que proceda la declaración de responsabilidad solidaria de las empresas del grupo.

Dado que las mencionadas sentencias reproducen básicamente la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, con especial énfasis en la “paradigmática” STS de 30 de junio de 1993, reproducimos, solamente, los argumentos principales que, de acuerdo con la **STSJ de La Rioja de 19 de enero de 1999**, I.L. J 231, permiten sostener aquella responsabilidad, destacándose a tales efectos cómo:

III. Empresario

“(…) el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores ha servido de base a la jurisprudencia para establecer las líneas básicas de la responsabilidad de los grupos de empresas en el plano social.(…) de manera que, al reconocer la posibilidad de que las comunidades de bienes puedan ser empresarios, admite la de asignar la cualidad de empleador a entes desprovistos de personalidad jurídica, lo que permite el tratamiento laboral del grupo de empresas, (...) de forma que, aunque desde la perspectiva jurídico-formal los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferenciadas, hay que reconocerle una personalidad en el ámbito laboral como si se tratase de una sola empresa, regida por el principio general de responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación tanto en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas, concretado aquí en la conocida doctrina del “levantamiento del velo”, como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley –artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil–”.

C) En caso de excedencia voluntaria la opción de reingreso debe poder satisfacerse en una de ellas indistintamente

La interpretación del derecho preferente al reingreso en casos de excedencia voluntaria en el sentido de que aquél puede verse reconocido en lugar distinto al centro de trabajo donde se encontraba inicialmente, dado que:

“(…) la existencia de vacantes, entendida como condición al reingreso, se refiere a vacantes en la empresa, sin que la norma general se refiera a la ubicación del puesto de trabajo”,

conduce a la **STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999**, I.L. J 342, a afirmar que, cuando nos encontremos ante empresas que conforman un grupo,

“(…) en las que se produce un constante trasvase de empleados entre una y otra, la opción de reingreso debe poder satisfacerse en una de ellas indistintamente”.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal de trabajadores

La no siempre fácil delimitación de fronteras entre la figura –lícita– de la contratación de obras o servicios y la cesión ilegal de trabajadores, ha sido objeto de un extenso tratamiento jurisprudencial, del que se hace eco la **STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999**, I.L. J 398, para concluir:

“De la jurisprudencia transcrita resultan varias notas que nos permiten diferenciar las figuras de la contrata o subcontrata y la cesión ilegal de trabajadores. Tales notas se centran, sustancialmente, en estos aspectos:

1º. Empresa principal y contratista deben ser formalmente independientes.

- 2º. La empresa que procede a la contratación de los trabajadores debe contar con la infraestructura necesaria para llevar a cabo su actividad productiva, lo que requiere la disponibilidad sobre los medios materiales y personales idóneos a tal fin.
- 3º. El poder de dirección y organización de los trabajadores debe corresponder a la empresa que procedió a la contratación de los mismos.
- 4º. Dicha empresa debe asumir los riesgos propios de su actividad productiva.”

B) La responsabilidad solidaria no alcanza a los salarios de tramitación

La **STS de 28 de abril de 1999**, I.L. J 580, dictada en unificación de doctrina, recuerda el cambio de doctrina que, en relación a la naturaleza de los salarios de tramitación, llevó a cabo la STS de 14 de julio de 1998; en dicha sentencia se niega el carácter salarial de aquéllos a efectos del artículo 42.2 ET, afirmando su naturaleza indemnizatoria.

Las anteriores consideraciones e idéntico apoyo jurisprudencial conducen a la **STS de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 497, a reiterar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el sentido de que la responsabilidad solidaria en supuestos de subcontratación no alcanza a los salarios de tramitación.

C) La responsabilidad solidaria se limita al período de vigencia de la contrata

La citada **STS de 28 de abril de 1999**, I.L. J 580, afirmará que la responsabilidad solidaria de la empresa principal se limita sólo hasta la vigencia de la contrata, pues:

“(…) dicha responsabilidad solidaria, como norma restrictiva y penalizadora no debe extenderse más allá de la vigencia temporal de la relación contractual entre contratista principal y subcontratista (…)”.

D) El subarriendo de concesiones mineras no es encuadrable en esta figura

De conformidad con la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 387, el subarriendo de los derechos de explotación, gestión y uso por cuenta propia de una zona de concesiones mineras:

“(…) constituye una cesión arrendaticia auténtica de la gestión de la estructura productiva que sirve de base a la prestación del trabajo en cuanto a la actividad considerada en sí misma, que es el elemento económico esencial, y ello no es susceptible de encuadrarse en el artículo 42 del ET, pues la recurrente [arrendataria de la concesión y subarrendadora] no contrata con

III. Empresario

la subarrendataria obra o servicio alguno de su actividad, sino que ésta adquiere, a medio del subarriendo, unos derechos de actuación económica en su propio beneficio y para sí, mediante el pago de una renta o canon, y a ello no se opone el que, a efectos de verificar el cumplimiento de lo pactado en contrato, se atribuyan determinadas facultades de seguimiento y control a la titular de las concesiones mineras y subarrendadora”.

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Requisitos del supuesto de hecho

Las **SSTSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999**, I.L. J 123 y **de Galicia de 20 de enero de 1999**, I.L. J 277 recogen los criterios fijados por la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los elementos configuradores de la figura de la sucesión de empresas contenida en el art. 44 del ET, concretados en:

“(…) uno, subjetivo, representado por el cambio de titularidad o transferencia del antiguo al nuevo empresario, y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial” (STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999, I.L. J 123/1999).

B) Extensión de la figura a los cambios de titularidad sin vínculos contractuales entre cedente y cesionario

La interpretación finalista y no meramente lexicológica dada por la jurisprudencia comunitaria a la Directiva 77/187, de 14 de febrero de 1977 (reformada por la Directiva 98/50, de 29 de junio de 1998) sobre transmisión de empresas, sirve de fundamento a la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999**, I.L. J 247 para extender la aplicación del art. 44 del ET a aquellos cambios de titularidad que se producen sin existencia de vínculo contractual alguno entre cedente y cesionario, tal como sucede:

“(…) en los casos del arrendamiento de empresa o de la sucesión de contratos en los que la empresa transmitida revierte al propietario arrendador o al empresario principal, quienes la arriendan a un nuevo y distinto arrendatario o a un nuevo y distinto contratista”.

C) Supuestos de aplicación a los casos de sucesión en concesiones administrativas

La **STS de 26 de abril de 1999**, I.L. J 572, en unificación de doctrina, recoge la doctrina sentada, tras un período de falta de uniformidad en la jurisprudencia, por la STS de 5 de abril de 1993, acerca de la aplicación del art. 44 ET a los casos de sucesión en concesiones administrativas de servicios, en concreto los de vigilancia y seguridad y los de limpieza. De conformidad con dicha resolución se invoca un criterio negativo a la sucesión, fundado:

“(…) en que no hay una transmisión de bienes o servicios de producción, ni del centro de trabajo como unidad productiva, ni siquiera título establecido entre las dos empresas de que se trate, sino con un tercero (el concedente o receptor del servicio)”.

De esta regla general se excepcionan –afirmandose, por tanto, la existencia de sucesión empresarial–, los supuestos en los que:

“(…) el pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio así lo establezcan, o que la norma sectorial aplicable lo prevea imperativamente”.

Idéntica doctrina acoge la **STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999**, I.L. J 123.

D) Para apreciar su existencia debe pervivir el vínculo laboral al momento de operarse la transmisión

La finalidad perseguida por el artículo 44 del ET no es otra que la salvaguarda de la posición de los trabajadores, por lo que, de conformidad con la **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de abril de 1999**, I.L. J 322,

“(…) presupuesto previo e inexcusable para que pueda apreciarse la existencia de la sucesión de empresas”, es “(…) la pervivencia del vínculo laboral al momento de operarse la transmisión de la titularidad”.

E) Irrelevancia del hecho de que la actividad se continúe únicamente en un centro de trabajo

A tenor del criterio contenido en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999**, I.L. J 429, a efectos de apreciar la existencia de una sucesión de empresas y aplicar las consecuencias a ella anejas es “absolutamente irrelevante”, que el cesionario sólo continúe con una parte de la actividad y en alguno de los centros de trabajo del cedente, pues, “(…) la sucesión se produce en la actividad desarrollada”.

F) No alcanza a las meras expectativas de derechos

Un grupo numeroso de sentencias del Tribunal Supremo del período considerado tienen por objeto el estudio de idéntica cuestión. El debate se centra en el alcance del art. 44 ET, en particular por lo que al derecho de los trabajadores de las ikastolas al percibo de los complementos salariales recogidos en el convenio aplicable a estas empresas, una vez producida su integración en el sistema público de educación del País Vasco. Debate que se manifiesta especialmente complejo –la existencia de Votos Particulares en las primeras sentencias que unifican doctrina es prueba de ello–, al contener el citado convenio de las ikastolas una cláusula expresa en virtud de la cual a partir del momento de la integración quedaría excluido de su ámbito de aplicación “el personal perteneciente a las ikastolas

III. Empresario

afectadas por los Decretos de Publicación”. Dejando a un lado las consideraciones conexas con temas no estrictamente incluíbles en el sector de esta crónica, la **STS de 15 de diciembre de 1998**, I.L. J 130/1999 recoge una completa sistematización de los criterios de la Sala Cuarta del Tribunal del Supremo acerca del artículo 44 ET, de la que destacamos los más influyentes en la resolución del litigio en cuestión, como son los que señalan que la subrogación prevista en el citado precepto:

“(…) tan sólo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, lo que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras”.

Esta doctrina es reiterada en las sucesivas sentencias que se pronuncian sobre el mismo particular, a saber, **SSTS de 15 de diciembre de 1998**, I.L. J 131, **de 1 de febrero de 1999**, I.L. J 67, **de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 77, **de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 80, **de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 209, **de 11 de marzo de 1999**, I.L. J 448, **de 15 de abril de 1999**, I.L. J 560, **de 16 abril de 1999**, I.L. J 566, **de 19 de abril de 1999**, I.L. J 567, **de 28 de abril de 1999**, I.L. J 581 y **de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 507.

G) Efectos sobre la relación jurídica de Seguridad Social

Con fundamento en el cuerpo de doctrina consolidado en repetidas sentencias del Tribunal Supremo acerca de “la operatividad obligacional del origen unitario derivado de los efectos de la sucesión en la actividad empresarial”, la **STS de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 518, argumentará que pese a su literalidad, el art. 44 del ET:

“(…) no hace referencia sólo a lo que estrictamente emane de la relación de trabajo, sino en buena lógica a lo que legalmente esté unido o derive de la misma y tal es el caso de las relaciones jurídicas que tomen su causa en la relación de trabajo (*ob rem*) como sucede con las de Seguridad Social en razón del trabajo que se preste por cuenta ajena, entre las que se halla la instrumental de cotización; sin perjuicio en su contenido y también en su desarrollo, de las regulaciones y de los efectos singulares derivados de la autonomía de uno y otro campo: relación de trabajo y relación de Seguridad Social (...)”

H) No pueden imponerse al cesionario los efectos del convenio aplicable a la cedente para el período posterior a la sucesión

Tal es la doctrina de la **STSJ de Cataluña de 7 de enero de 1999**, I.L. J 266.

I) Admisión en fase de ejecución aunque el cambio de titularidad es anterior pues hubo ocultación de la transmisión

La **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 1999**, I.L. J 353, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad del cambio de la parte ejecutante, admite que:

“(…) la existencia de un cambio de titularidad de empresas o supuestos a ellos asimilados, así como de su alcance y consecuencias, puede determinarse y declararse en el trámite de ejecución”,

sin que la doctrina del Tribunal Supremo que exige para que pueda declararse el cambio de partes en el proceso de ejecución “que el cambio sustantivo en que se funde se hubiera producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo” resulte aplicable al caso enjuiciado, dado que aunque el cambio de titularidad tuvo lugar con anterioridad a la referida constitución, “(…) ha existido una ocultación material de dicha transmisión”; lo que justifica la inaplicación de aquella doctrina jurisprudencial, pensada para supuestos en los que cedente y cesionario cumplen la obligación de notificación recogida en el art. 44 ET,

“(…) sin que dicho requisito pueda venir subsanado porque (...) la aludida cesión haya tenido publicidad al haber sido publicadas las resoluciones de la Consejería correspondiente en el Diario Oficial de Galicia”.

6. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A) Alcance de la deuda de seguridad del empresario

En el marco de un pronunciamiento acerca de la existencia o no de error judicial, la **STS de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 491, reiterará la doctrina sentada por el TS –con cita expresa de la STS de 28 de febrero de 1969–, en relación al alcance y contenido exacto que ha de darse a la deuda de seguridad del patrono, afirmando que:

“(…) no es posible al legislador la concreción de la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad, en ese sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (...)”.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

En el período analizado la seguridad y salud en el trabajo ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial, fundamentalmente, desde la óptica del eventual incumplimiento de la normativa en la materia. De ahí que las diversas sentencias publicadas aludan casi todas a cuestiones varias ligadas al recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

a) Naturaleza y aplicación del “non bis in idem”

La **STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999**, I.L. J 294, reitera su criterio a tenor del cual el recargo por falta de medidas de seguridad no es una sanción administrativa sino “prevista y regulada en la normativa de Seguridad Social”, por lo cual:

III. Empresario

“(…) el mencionado artículo 3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, no es de aplicación al caso, porque la responsabilidad de la empresa establecida en el artículo 93 de la LGSS [en la actualidad artículo 123 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio] se mueve dentro de la relación jurídica de Seguridad Social y no en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, desde cuya perspectiva deviene aplicable el tan repetido artículo 3 a los efectos del principio ‘non bis in idem’ (…)”.

b) No aplicable sobre los aumentos y mejoras de la pensión básica

Acerca de la naturaleza del mencionado recargo y de las consecuencias a ella conexas se pronuncia también la **STSJ de Galicia de 30 de enero de 1999**, I.L. J 284, que, asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre la intransferibilidad de la responsabilidad correspondiente a dicho recargo –dado su carácter sancionador–, mantendrá que aquél:

“(…) no puede resultar aplicable sobre los aumentos y mejoras que experimente la pensión básica”; pues, no estamos “(…) ante una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la entidad gestora, sino ante una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”.

c) Requisitos para la existencia de responsabilidad solidaria

La posibilidad de apreciar la existencia de responsabilidad solidaria del recargo por falta de medidas de seguridad es objeto de análisis en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 1999**, I.L. J 609. Los antecedentes de hecho pueden sintetizarse de la siguiente forma: dos empresas, una en calidad de promotora y otra como constructora, acuerdan la edificación de un bloque de viviendas, suscribiendo al efecto el oportuno contrato en virtud del cual la segunda se encargaría del montaje de las estructuras (instalación del andamiaje y otros utensilios y medios auxiliares) y albañilería en general y la promotora se reservaba el capítulo de pintura, que contrató con otra empresa. Mientras dos obreros de la empresa contratista realizaban su trabajo sufren un accidente debido al mal estado de los andamios, constatándose, la inequívoca “existencia de nexo causal entre las deficientes condiciones de seguridad en el trabajo y el resultado dañoso”.

Con tales antecedentes, la referida sentencia, aun reconociendo que la empresa promotora ostenta la condición de empresa principal a que aluden los arts. 42 del ET y 40 de la Ley 8/1988, y que la actividad subcontratada –consistente en la pintura del edificio en construcción– es encuadrable en el concepto de “propia actividad”, apreciará la inexistencia de responsabilidad solidaria establecida en los citados preceptos, argumentando que ésta:

“(…) ha de ir unida inexorablemente a una conducta negligente o inadecuada, a la falta de cuidados precisos o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que de alguna manera le sea imputable, y nada de esto acontece en el caso de autos (…)”.

Del mismo modo tampoco considera que la mencionada empresa promotora sea responsable subsidiaria, ex art. 127 LGSS, porque este precepto se refiere a:

“(…) prestaciones lucradas por los trabajadores en los supuestos de afiliación, alta y cotización, y no puede extenderse (...) más allá de sus propios términos y menos aún a un recargo que exige imputación a título de culpa y que exclusivamente se hace gravitar sobre el infractor”.

Muy distinto es el pronunciamiento por lo que a la empresa constructora concierne, pues, a pesar de que la misma no es parte directa en el negocio jurídico de la contrata, “no es totalmente ajena” a la misma, dado que se comprometió a aportar e instalar el andamiaje y demás medios auxiliares a utilizar por los operarios de la empresa contratista. Obligación respecto a terceros, que no sólo es de suministro sino también de vigilancia y comprobación del estado del material, de información sobre su funcionalidad y riesgos y de supervisión de su utilización, por lo que:

“(…) la inobservancia del contenido material de tal deber contractual, de influencia decisiva de la producción de accidente, posibilita vincular a su incumplimiento las resultas del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social [actual 123 LGSS], de lo que ha de derivarse su responsabilidad solidaria, principio que impera en materia de responsabilidad empresarial por incumplimiento de medidas de seguridad, en tal recargo prestacional, sin que ello suponga una extensión ‘in peius’ de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsumibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión ‘empresario infractor’, en supuestos, como el presente, en que los trabajadores accidentados estén involucrados en procesos de descentralización productiva”.

d) Procedencia

Por su parte, la **STSJ de Asturias de 22 de enero de 1999**, I.L. J 151, confirmará la procedencia del recargo tras constatar –después de un minucioso análisis de los arts. 62 y 65 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971–, la existencia de incumplimientos de los mandatos sobre seguridad en el trabajo.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación.**

A) Legislación aplicable: Derecho Internacional Privado. B) Libertad empresarial de contratación. C) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. d) Contratación temporal a través de ETT: problemas específicos. B) Reglas generales. a) Formalización. b) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. c) Conversión en contratos indefinidos. d) Tratamiento del despido. **4. Contrato a tiempo parcial y asimilados.** A) Trabajo fijo discontinuo: derecho al llamamiento. B) Trabajo fijo discontinuo: falta de llamamiento; efectos. **5. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral. a) Requisitos de acceso. b) Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica reseña las sentencias sobre contratación laboral incluidas en los números de *Información Laboral-Jurisprudencia* de mayo, junio, julio y septiembre de 1999. Ello supone dar cuenta de las sentencias recaídas a lo largo del primer cuatrimestre de 1999.

Si bien, como se verá, muchos de los pronunciamientos establecen doctrina conocida sobre los diferentes temas tratados, cabe destacar algunos pronunciamientos por la originalidad de las materias o de los enfoques que se les da. Destaca, en primer lugar, la **STS de 4 de febrero de 1999**, I.L. J 166, en la que, al hilo de la resolución de las cuestiones que plantea el recurso empresarial a las ETT, el Tribunal Supremo sienta doctrina general respecto al funcionamiento de la causa en el contrato de eventualidad.

Y, en segundo lugar, en el terreno de la contratación laboral por la Administración Pública, cabe resaltar, de un lado, la **STS de 10 de marzo de 1999**, I.L. J 214, sobre los

efectos de la declaración de nulidad de un concurso sobre el contrato de trabajo concertado con base al mismo, y de otro, la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 23, sobre los efectos en los contratos temporales irregulares de la existencia de planes de consolidación de la plantilla en determinados organismos públicos.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

A) Legislación aplicable: Derecho Internacional Privado

Aparte de las SSTSJ de Madrid de 26 de enero y de 16 de marzo de 1999, I.L. J 286 y 542, que hacen una aplicación mecánica de lo dispuesto en el art. 6.1 del Convenio de Roma y del art. 1.4 del ET, respectivamente, cabe destacar el ATSJ de Madrid de 29 de marzo de 1999, I.L. J 551. Un trabajador de nacionalidad británica, contratado en Inglaterra por una empresa española es posteriormente trasladado a España, donde presta sus servicios hasta el momento del despido. Se trata de determinar la normativa aplicable al contrato de trabajo, ya que la ley española fija unas indemnizaciones por despido mucho más cuantiosas que las previstas en la ley británica. La empresa sostiene que, ante la falta de elección de las partes, resulta de aplicación la ley del lugar de servicios, entendiéndose como tal a la británica, ya que el trabajador sólo había sido trasladado temporalmente. Por su parte, el trabajador juzga aplicable la legislación laboral española, basándose en que la previsión de la indemnización por despido es una disposición imperativa a los efectos del art. 6 del Convenio de Roma y, en segundo lugar, que es España el lugar de prestación de servicios. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la interpretación del indicado precepto.

B) Libertad empresarial de contratación

En el período que se analiza, existen pronunciamientos sobre la cuestión de los límites de la libertad empresarial de contratación. Y, en concreto, los relacionados con las posibilidades de control de los representantes de los trabajadores de las decisiones empresariales en este terreno.

La STS de 31 de marzo de 1999, I.L. J 515, se fija en los mecanismos procesales que permiten canalizar las pretensiones de los trabajadores en este terreno, descartando que el procedimiento de conflicto colectivo sea adecuado para obtener pronunciamientos de condena respecto de la concreta información que, en virtud del convenio colectivo, la empresa debía haber suministrado a los representantes de los trabajadores en relación con un cierto proceso de selección:

“Estamos por ello ante un interés de la sección sindical que recaba el derecho de información sobre un proceso de selección concreto y por ello el trámite adecuado de su ejercicio sería en el proceso ordinario y no el del conflicto colectivo.”

IV. Modalidades de Contratación

No se trata, evidentemente, de que el conflicto colectivo no sea procedimiento adecuado en el conjunto de la materia que nos ocupa. Se admite para otras cuestiones como la interpretación de las cláusulas convencionales que establecen compromisos empresariales en materia de contratación –siempre que la pretensión esté correctamente planteada en términos procesales: **STS de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 500–.

De hecho, la **STS de 15 de marzo de 1999**, I.L. J 454, no hace cuestión de ello, lo que le permite afrontar la cuestión planteada respecto a la interpretación del alcance de los compromisos empresariales en materia de selección de personal y cobertura de vacantes. El convenio prevenía que las vacantes que se fueran produciendo deberían cubrirse por medio de procedimientos objetivos de selección siempre que existieran en “número suficiente”, fijándose a tal fin unos mínimos numéricos dentro del año; de no alcanzarse estos umbrales, cabría la contratación directa para su cobertura. El sindicato que planteó el conflicto entendía que una cláusula de este tipo obliga a la empresa a renunciar a la contratación directa hasta que transcurriera el plazo indicado pues sólo después cabría saber si las mismas alcanzaban o no el número suficiente. El TS rechaza esta interpretación:

“Si lo decisivo es el ‘escaso número’ de vacantes, lógico es que la empleadora atienda de inmediato las necesidades presentes, si es que su número no alcanza el tope previsto; con lo que se promueve el empleo indefinido, cosa siempre deseable. A lo máximo que podría llegarse es a completar el alcance de la norma, en el sentido de que, sobrepasado el número de 30 contrataciones aisladas, las restantes exigirían convocatoria; pero éste es un aspecto que nadie ha sugerido.”

C) Período de prueba

Aparte la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 303, que soluciona los conflictos entre la duración del pacto de prueba establecida en el contrato, las previsiones del convenio colectivo y las del art. 14 ET, a favor, dada la literalidad de éste, de las del convenio, interesa destacar la posterior **STSJ de Galicia de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 351. Esta sentencia se ocupa, en primer lugar, del alcance de la obligación derivada del art. 14.1, 2º párrafo, ET respecto a la necesaria realización de las “experiencias que constituyan el objeto de la prueba” y, en concreto, a si la misma implica que deba existir una motivación objetiva para la decisión empresarial de extinguir el contrato durante este período. Recordando la interpretación consolidada en la doctrina judicial, da una respuesta negativa a esta cuestión pues:

“durante el período de prueba el contrato puede ser resuelto a instancia de cualesquiera de las partes, sin que tal potestad resolutoria esté legalmente condicionada a la obligación de realizar las experiencias propias de la prueba, pues aun siendo su objeto fundamental la constatación de las aptitudes laborales del trabajador, también es elemento integrante de aquel objeto el mutuo conocimiento de las partes, no sólo en el aspecto laboral, sino también en el estrictamente personal o humano y si estas últimas circunstancias (...) no son satisfactorias para alguna de aquéllas, constituye ello motivo suficiente para poder exte-

rriorizar durante el período de prueba la voluntad resolutoria (...) sin que resulten indagables las causas determinantes del acto resolutorio”.

La sentencia se ocupa, además, de la posibilidad de incluir un período de prueba en los contratos temporales para admitirla, incluso si la duración prevista sobrepasa la del contrato. La razón fundamental se encuentra en tratarse de un contrato de obra, cuya duración es incierta, por lo que resulta imposible imputar abuso de derecho al empresario en casos de este tipo. Pero además se añade algo más general:

“las SSTs de 17 de enero de 1985 y 12 de julio de 1998 sostienen que la temporalidad de un contrato no impide el pacto de un período de prueba, incluso aunque dicho contrato consuma a prueba gran parte o toda su duración, en cuanto que sería perfectamente ajustado a derecho el acto que supusiera la posibilidad de resolución por cualesquiera de las partes, en cualquier momento en que el período de prueba esté transcurriendo”.

De hecho, esta doctrina se ha aplicado también en la doctrina de suplicación a otro tipo de contratos temporales como es el de eventualidad (cfr. STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1995).

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En primer término, la STSJ de Baleares de 29 de abril de 1999, I.L. J 595 reflexiona sobre la posibilidad de recurrir reiteradamente a esta contratación para cubrir períodos docentes sucesivos en una escuela de adultos de titularidad municipal. La respuesta, claro está, es negativa pues la sustantividad de la obra no puede depender de la voluntad empresarial:

“el Ayuntamiento siguió prestando el servicio docente, por propia decisión e interés, tomándolo íntegramente a su cargo, y con una continuidad cíclica anual que no ha sufrido interrupción (...) De esta suerte, la actividad de enseñanza dejó de reunir las características que, de conformidad con el art. 15.1.a), definen la obra o servicio determinado, pues la duración de la misma, no siendo por esencia limitada, ya no encuentra otro condicionante que la voluntad de la Corporación demandada, al igual que otra actividad empresarial cualquiera al fin y al cabo”.

Por su parte, varias sentencias del TS, a propósito con ciertos contratos realizados por el INEM en línea con pronunciamientos anteriores, establecen que, para la legitimidad de la contratación por esta causa, no sólo es preciso que exista una obra o servicio deter-

IV. Modalidades de Contratación

minado adecuadamente fijada en el contrato sino también que los trabajadores presten sus servicios precisamente en ellos.

“Por tanto, cuando consta que en la ejecución del contrato las funciones desarrolladas no se han atendido 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 ha de considerarse indefinida” (STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 23; véase también STS de 3 de febrero de 1999, I.L. J 165).

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La aportación más importante en el período enjuiciado se relaciona con la propia configuración del contrato. Al tratarse de un contrato causal, vinculado ex art. 15.1.b) ET a “las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos”, cabría sostener que su duración, al igual que ocurre con el contrato de obra, debe reputarse incierta, en función de la efectiva duración de la causa, lo que autorizaría, claro es, a la rescisión *ante tempus* del contrato si aquélla cesara. La importante **STS de 4 de febrero de 1999**, I.L. J 166, descarta, tras una detallada fundamentación, esta interpretación, insistiendo en la esencialidad del término en este contrato:

“Estas dos últimas opciones (las que conducirían a otro resultado) han sido excluidas por la Ley, sin duda ponderando los riesgos de precariedad que entrañan para la situación profesional del trabajador, porque (...) el carácter difuso de las circunstancias que justifican la eventualidad y la contingencia de su propia proyección temporal provoca una situación insegura por el difícil control de la subsistencia de la causa. El art. 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo, sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supere la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal.”

Por lo demás, el TS se ha ocupado, recogiendo doctrina anterior, de los requisitos formales con que debe ser reflejada la causa del contrato en el documento que lo formalice, descartando la expresión genérica de la misma:

“En la contratación (...) sólo consta como razón de su celebración la ‘necesidad de realizar trabajos extraordinarios de carácter urgente’, expresión genérica que no se ajusta a la exigencia legal antes dicha, al no consignar con precisión y claridad de qué trabajos en concreto se trata y de los que se puede deducir que su causa y su finalidad fuese atender concretas y esporádicas exigencias de mercado y acumulación de pedidos, y que no se trata de necesidades permanentes” (STS de 3 de marzo de 1999, I.L. J 434; véase también STS de 16 de abril de 1999, I.L. J 563).

c) Contrato de interinidad

En relación con este contrato —en especial cuando es celebrado con organismos públicos— han recaído una serie de pronunciamientos respecto a la interinidad por vacante. En primer lugar, en relación con el personal del Ministerio de Defensa, el TS se ocupa de las eventuales demoras, incluso antirreglamentarias, en los plazos previstos para la cobertura de la plaza con la consiguiente prolongación de la interinidad. Reiterando la solución prevista para otros casos —v.gr. personal estatutario—, la **STS de 23 de marzo de 1999**, I.L. J 483, ha resumido la doctrina aplicable en estos casos en los siguientes términos:

“El límite temporal directo de la vigencia del contrato es impropio de la relación de interinidad y su desconocimiento no determina la transformación del contrato en indefinido (...). No se produce transformación en contrato indefinido por la existencia de una demora —razonable o irrazonable— en la provisión de las plazas (...). Referida ya a la situación posterior a la promulgación del Real Decreto 2546/1994, la Sentencia de 22 de octubre de 1997 señala que ‘el mero transcurso del plazo, cualquiera que éste sea, no produce en principio el efecto pretendido de transformar la relación contractual de interinidad por vacante en contrato por tiempo indefinido, sino el efecto contrario de facultar al empleador para dar por terminada la relación contractual con el trabajador interino’.”

Por su parte, la **STSJ de Asturias 26 de febrero de 1999**, I.L. J 156, se ocupa de los supuestos en los que la vacante ocupada se amortiza. Y, en concreto, de los requisitos de identificación de la vacante que son exigibles:

“Cabe añadir al respecto que en la Sentencia de 3 de enero de 1997 ha declarado el Alto Tribunal que los contratos de interinidad y en lo que hace a la identificación de la plaza es suficiente que se realice de modo que la actividad posterior de la Administración no ocasiona indefensión al afectado y el acto empresarial se lleve a cabo con criterios objetivos, no siendo necesaria la constancia del número de control de la plaza pues basta la de la categoría profesional y la del centro de trabajo.”

En fin, la **STS de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 498, se ocupa, en estos casos de interinidad por vacante —aunque la doctrina sirve también para la interinidad propia—, del momento en que debe tenerse el contrato por extinguido. La doctrina al respecto, reiteración de la anteriormente sentada por el propio TS, es la siguiente:

“La interinidad en la que presta sus servicios un facultativo sólo debe terminar, salvo que la plaza se amortice, cuando ésta se cubra bien al reintegrarse o cuando se cubra con un nuevo titular mediante el procedimiento reglamentariamente previsto (entre otras, Sentencias de 25 de octubre de 1994 y 19 de mayo de 1997). Sin embargo, este requisito (...) no se cumple sólo con el acto formal de toma de posesión del facultativo titular sustituido, sino que requiere la efectiva reincorporación del mismo a la plaza ocupada por el sustituto con la consiguiente prestación de servicios (entre otras, Sentencia de 15 de diciembre de 1997).”

IV. Modalidades de Contratación

En los casos en que estos requisitos no se producen –por ejemplo, porque, como ocurre en el caso, el facultativo designado pide la excedencia–, el cese del interino es ilegítimo, resultándolo asimismo, la eventual designación de otro facultativo interino para sustituir la vacante subsistente.

d) Contratación temporal a través de ETT: problemas específicos

Prescindiendo de otras sentencias en relación con las condiciones de trabajo de los trabajadores de las ETT –por ejemplo, la **STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999**, I.L. J 340, respecto de la posibilidad o no de pactar en el convenio aplicable en la empresa usuaria a favor de ellos–, interesa destacar la importante **STS de 4 de febrero de 1999**, I.L. J 166. Se ocupa de la cuestión de las relaciones entre la legislación general en materia de contratación temporal y la específica regulación, legal y convencional, de las empresas de trabajo temporal. El problema suscitado se contrae a la admisión o no de la posibilidad de que la ETT extinga *ante tempus* el contrato temporal suscrito por razón de eventualidad, ante la conexión entre éste con el de puesta a disposición (cfr. art. 10.1 Ley 14/1994) y dado que el convenio autoriza a la empresa usuaria a dar por terminado anticipadamente éste y a la ETT a dar por extinguido aquél por esta razón. El TS descarta esta posibilidad pues:

“Esta regla (prevista en el convenio) autoriza la extinción *ante tempus* del contrato. Pero esa autorización no puede prevalecer sobre la garantía de estabilidad que la norma estatal establece (...) y que por su función constituye un mínimo necesario, que no resulta disponible *in peius* para la autonomía colectiva.”

B) Reglas generales

a) Formalización

Interesa destacar la **STSJ de Madrid de 17 de marzo de 1999**, I.L. J 544, que se ocupa del alcance de las obligaciones de la empresa en relación con la llamada copia básica del art. 8.3 del Estatuto y, en concreto, respecto a la existencia o no de obligación de cuantificar las mejoras salariales percibidas por los trabajadores:

“La empresa está obligada a facilitar a los sindicatos información cuantificada concretamente del salario de los trabajadores que contrata en la medida de su adecuación a la normativa vigente, pero (...) tal obligación no alcanza a la declaración de cuantía de los pactos salariales individuales que superen las retribuciones legales, reglamentarias o por convenio colectivo exigibles, bastando al efecto la comunicación de que las establecidas en el contrato individual superan las anteriores.”

b) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Los pronunciamientos del período estudiado se han ocupado reiteradamente de la cuestión del disfrute por los trabajadores temporales de ciertos beneficios aplicables a los

fijos. Estas cuestiones se han suscitado fundamentalmente en el terreno del empleo público, habiéndose decantado los Tribunales en el período a favor de la extensión de aquéllos a los temporales. Así las SSTs de 25 de enero de 1999, I.L. J 141, de 5 de febrero de 1999, I.L. J 167, y de 29 de marzo de 1999, I.L. J 506, en línea con anteriores pronunciamientos del TS, declaran el derecho de los trabajadores temporales de establecimientos militares a la percepción de los complementos periódicos por antigüedad; con mayor razón si son declarados indefinidos por las irregularidades de tales contratos (STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1999, I.L. J 344). Por su parte, la STSJ de Extremadura de 20 de enero de 1999, I.L. J 61, declara aplicables las ayudas para estudios al personal interino de instituciones sanitarias.

Aunque los pronunciamientos indicados no abordan estas cuestiones desde la perspectiva general del principio de igualdad, la STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999, I.L. J 340, sí lo hace. Y establece una doctrina procesal de cierto interés al admitir que las reclamaciones de los trabajadores temporales en este terreno —en concreto, del acceso de los interinos a la excedencia para cuidado de hijos— puedan ser reconducidas al procedimiento de tutela de los derechos fundamentales —si bien resulta decisivo el tema controvertido, pues pudiera existir una discriminación de género—.

c) Conversión en contratos indefinidos

Ante todo, es preciso destacar la STS de 16 de abril de 1999, I.L. J 563, que sienta doctrina general acerca de lo que debe entenderse por fraude de ley en materia de contratación temporal, excluyendo la concepción subjetiva de esta institución:

“el *fraus legis* no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva social, moral o legal (*dolus malus*) sino la mera y simple conciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido, y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito por el art. 6.4º Código Civil: el contrato de trabajo concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido”.

Una cuestión que se ha planteado con cierta reiteración ha sido la del tratamiento de los contratos temporales sucesivos. De entrada, se reitera en este terreno doctrina legal anterior, en el sentido de que, cuando exista encadenamiento de contratos, sin interrupciones significativas, debe valorarse la legalidad de todos los contratos, siendo posible que la irregularidad de uno de los primeros acarree la existencia de un vínculo indefinido —aun cuando los posteriores fueran formalmente regulares— (STS de 25 de marzo de 1999, I.L. J 485; SSTSJ de Andalucía/Málaga de 19 de marzo de 1999, I.L. J 523 y de 26 de marzo de 1999, I.L. J 528). En íntima relación con el tema, la STSJ de Andalucía/Málaga de 26 de marzo de 1999, I.L. J 528, y, sobre todo, la STS de 16 de

IV. Modalidades de Contratación

abril de 1999, I.L. J 563, se ocupan de la cuestión de la determinación del tiempo de servicios prestados en estos supuestos: la primera, en relación con la determinación de la cuantía de los complementos de antigüedad; la segunda, respecto del cálculo de las indemnizaciones por despido. En ambos casos, la solución ha sido la misma: la consideración como tiempo trabajado del efectivamente servido en todos los contratos temporales, siempre que no haya habido significativas rupturas en la continuidad. Y ello incluso en los casos en los que la serie contractual sea regular, como se desprende de la citada sentencia del TS:

“esta Sala admite que, al margen de tal irregularidad, terminado injustamente el último de los contratos, juegue, a la hora de calcular la indemnización por despido improcedente, todo el tiempo ‘de servicio’, con inclusión del que se prestó al amparo de precedentes contratos temporales, de los que cabe en principio predicar la regularidad (...) la indemnización por el despido improcedente de que fue objeto el trabajador habrá de calcularse sobre la totalidad del tiempo servido”.

Existen, en fin, pronunciamientos de escaso interés relacionados con la continuidad en la prestación de servicios al vencer el término contractual. Como es lógico ello implica la aparición de un contrato indefinido (STSJ de Madrid de 18 de marzo de 1999, I.L. J 547), incluso en los supuestos en los que intervenga una ETT (STSJ del País Vasco de 29 de enero de 1999, I.L. J 299).

d) Tratamiento del despido

Pocas novedades, en fin, en relación con el tema del despido de los trabajadores temporales y el tratamiento de sus efectos. La STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999, I.L. J 303, reitera la doctrina sentada en unificación de doctrina por el TS respecto del abono de la indemnización en los despidos improcedentes que afecten a contratos temporales vencidos durante la tramitación, sin perjuicio, añade, de la limitación de los salarios correspondientes a ésta hasta la fecha del vencimiento. Por su parte, como se ha indicado en el apartado anterior, la STS de 16 de abril de 1999, I.L. J 563, da pautas para el cálculo de la indemnización por despido en los casos de contratos temporales sucesivos.

4. CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y ASIMILADOS

A) Trabajo fijo discontinuo: derecho al llamamiento

La sentencia más reseñable en este apartado es la STS de 6 de abril de 1999, I.L. J 553, donde se aborda la interpretación de la regulación del llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en un convenio colectivo. No plantea duda la modalidad de trabajos fijos discontinuos que se llevan a cabo en épocas determinadas, donde la preferencia de tales trabajadores sobre los externos aparece clara. El problema aparece respecto de las necesidades de trabajadores cuya época de prestación no viene predeterminada de antemano, sino que

está en función de “épocas variables, dependiendo de las exigencias del tráfico”. La interpretación del Tribunal Supremo, muy vinculada a lo dispuesto en el convenio, diluye la obligación de la empresa de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos durante estos períodos de mayor actividad y, en consecuencia, abre la posibilidad de que la empresa pueda recurrir a contratos eventuales. Así se establece que el artículo del convenio objeto del conflicto colectivo:

“confiere a los trabajadores fijos discontinuos de la empresa demandada el derecho a ser llamados con preferencia a los externos únicamente dentro de las respectivas temporadas, pero tal derecho preferente no alcanza a otras épocas distintas no contempladas convencional ni legalmente, de tal suerte que si en esas épocas diferentes necesitara la patronal contratar de forma ocasional más mano de obra, no le está vedada la posibilidad de acudir a trabajadores externos, distintos de los fijos discontinuos”.

B) Trabajo fijo discontinuo: falta de llamamiento; efectos

Por supuesto, la falta de llamamiento debe ser considerada despido, debiendo estarse al convenio para fijar el ámbito del llamamiento. En este terreno, la **STSJ de Extremadura de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 103, ha establecido la legalidad de que, con base en el art. 12.3.b) del ET, sea el convenio colectivo el que fije que el ámbito de referencia para el llamamiento sea el grupo profesional y no el tradicional de la categoría o especialidad. De este modo, el llamamiento de otros trabajadores con menor antigüedad dentro del mismo grupo profesional, aunque con distinta categoría, ha de considerarse como un despido.

Sin embargo, para que la falta de llamamiento sea considerada como tal es preciso que exista una preterición voluntaria del trabajador. Por ello, la falta de llamamiento no equivale a despido, por ejemplo, en el caso contemplado en la **STSJ de Murcia de 26 de enero de 1999**, I.L. J 64, donde se precisa que, en tanto no se produzca la aprobación definitiva de las listas de trabajadores, que en el supuesto en concreto estaban modificándose, no puede hablarse de despido.

Por último, la **STSJ de Extremadura de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 103, se ha pronunciado en relación con los efectos de la falta de llamamiento del trabajador fijo discontinuo, en los casos en que posteriormente hubo llamada:

“Teniendo en cuenta que, según consta probado, la actora ha sido llamada y presta o ha prestado sus servicios con normalidad tras el llamamiento, la única secuela del despido será la del abono de salarios de tramitación entre la fecha en que debió ser llamada y su efectivo ingreso en el trabajo.”

IV. Modalidades de Contratación

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La jurisprudencia laboral se ha considerado competente para conocer de una relación contractual administrativa en los supuestos en que la apariencia formal de un contrato administrativo deja ver de una manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo. Esta doctrina en materia de competencia, de indudable transcendencia práctica, comporta, una especie de “predeterminación del fallo” en relación con la naturaleza (laboral) de la relación. No obstante, la jurisprudencia laboral hace hincapié en que esta atribución de competencia a la jurisdicción social se limita a los casos en que “se aprecia a simple vista un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal” (STS de 18 de enero de 1999, I.L. J 17, y STS de 18 de febrero de 1999, I.L. J 184), que sigue en este punto la doctrina sentada en los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo (por todas, STS de 2 de febrero de 1998, Sala General).

Al respecto, el criterio fundamental de transformación de un contrato administrativo amparado, conforme al RD 1465/1985, en la realización de trabajos específicos, en un contrato laboral, es que el trabajo efectivamente prestado consista en la prestación de servicios genéricos sin sustantividad propia. Esta doctrina jurisprudencial se reitera, en sus postulados fundamentales, en la STS de 21 de enero de 1999, I.L. J 29, donde además se señala que la consecuencia no es sólo la calificación como laboral de la relación, sino también el reconocimiento de su carácter indefinido.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

En el período analizado, la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999, I.L. J 246, y la STSJ de Extremadura de 16 de abril de 1999, I.L. J 258, respaldan la posición jurisprudencial que ha atribuido la competencia al orden contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de las bases de una convocatoria para el acceso desde el exterior a una plaza laboral. En este punto, cabe recordar que, en cambio, los concursos que no sean de nuevo ingreso, sino de promoción interna y de cobertura de vacantes del personal laboral, corresponden al orden social.

También en relación con la delimitación del marco competencial, la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 140, recuerda que la competencia para conocer de las controversias relativas al orden de las listas de espera, fijadas para la contratación temporal, corresponde al orden jurisdiccional social. La razón se halla en que lo que se discute no es la convocatoria, sino la “expectativa de derecho a ser contratada laboralmente una persona por considerarse preferente a otra”. En el mismo sentido, se pronuncian la STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999, I.L. J 342 y la STSJ de Asturias de 8 de febrero de 1999, I.L. J 154.

Dejando de lado esta cuestión, mayor relevancia práctica tienen dos sentencias de unificación de doctrina que en materia de impugnación de concursos tratan de los efectos sobre el contrato de trabajo de la desestimación de la impugnación y, desde la perspectiva contraria, de la declaración de nulidad del concurso. Respecto al primer supuesto, la **STS de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 508, ha precisado las consecuencias contractuales de una impugnación de un concurso por el que se otorgó una plaza: en el caso de que la impugnación haya sido desestimada, el trabajador no puede ver perjudicados sus derechos en orden a la antigüedad. Al respecto, el Alto órgano jurisdiccional entiende que aunque la toma de posesión es un requisito formal para obtener la plaza en propiedad, en este caso, el retraso obedece a una causa no imputable al trabajador. En particular, la fecha tomada en cuenta por el Tribunal Supremo para la retroacción de los efectos es la del nombramiento de otros concursantes que participaron en el mismo concurso.

Sin embargo, los efectos contractuales serán muy distintos cuando impugnado el concurso, se declare la nulidad del mismo. En este sentido, particular interés suscita la **STS de 10 de marzo de 1999**, I.L. J 214, Sala General, sobre los efectos en el contrato de trabajo concluido con base en un concurso cuya nulidad es declarada en sentencia firme de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal reitera, en un principio, doctrina jurisprudencial anterior, al afirmar que:

“De la nulidad declarada por sentencia firme de las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública deriva lógicamente la extinción del contrato o de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases.”

Sin embargo, este pronunciamiento se aparta posteriormente de la doctrina tradicional e introduce una novedosa interpretación, de gran trascendencia práctica, al entender que no se trata de un efecto automático, y que para extinguir el contrato de trabajo se ha de accionar alguna de las causas de terminación de la relación laboral previstas en el art. 49 del ET:

“Para llevar a efecto la extinción de la relación laboral derivada de la anulación del concurso convocado para su provisión no es preciso ejercitar la acción de nulidad del contrato de trabajo, vía jurídica de escasa utilidad en el tráfico jurídico-laboral, sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos o actos extintivos previstos en el artículo 49 del ET.”

Concretamente, el Tribunal alude a la extinción por fuerza mayor, aplicando analógicamente la solución para el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis*. Conforme a esta interpretación, en el caso concreto objeto de recurso, debieron seguirse, en función del número de trabajadores afectados, los trámites de esta causa extintiva previstos en los arts. 52 y 53 del ET, y al no seguirse, la extinción de los contratos de trabajo debería de calificarse de nula. Sin embargo, concluye la sentencia al ser la Administración la recurrente, no cabe este pronunciamiento porque implicaría una *reformatio in peius*, por lo que se limita a desestimar el recurso.

IV. Modalidades de Contratación

No obstante, cabe reseñar que la sentencia contiene un voto particular que acoge justamente la anterior doctrina del Tribunal Supremo, que conectaba directamente la nulidad del concurso con la extinción del contrato de trabajo, porque de no mantenerse esta interpretación, se consideraba que el recurso contencioso-administrativo se convierte en una actuación procesal ineficaz e inoperante. Los efectos de esta interpretación son muy importantes, pues se aplicaría lo previsto en el art. 9.2 ET y no habría derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 49 y ss. ET, ni deberían seguirse los procedimientos allí previstos.

b) Irregularidades en la contratación laboral

De entrada, ha podido constatarse el gran número de sentencias que reiteran que el efecto de las irregularidades en la contratación laboral en la Administración pública es que, en estos casos, la relación laboral se transforma en “indefinida”. Así se pronuncian las STS de 26 de enero de 1999, I.L. J 40, STS de 3 de febrero de 1999, I.L. J 165, STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 399, STS de 30 de marzo de 1999, I.L. J 513, STS de 23 de abril de 1999, I.L. J 569). En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de marzo de 1999, I.L. J 523 y STSJ de Baleares de 29 de abril de 1999, I.L. J 595.

La concreta significación del término “indefinida”, que no equivale a fijeza ha sido aclarada por la jurisprudencia en el siguiente sentido:

“el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero, esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”.

Por consiguiente, en estos casos:

“el organismo público está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

Y, justamente, en relación con esta obligación, cabe destacar la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 23, que ha introducido una doctrina interesante en relación con los planes de empleo, existentes en organismos como el INEM, y que tienen como objetivo precisamente la ampliación de las plazas fijas. El Tribunal Supremo establece que la futura consolidación del empleo no puede servir como causa de un contrato temporal, descartando, por tanto, que la existencia de dichos planes pueda impedir la calificación de irregular de la contratación temporal.

“Es también irrelevante el hecho de que, (...) el actor (...) estuviese en condiciones de saber que el segundo contrato temporal ‘se le hizo dentro de tal contexto de consolidar el empleo de los temporales hasta tanto se sacasen los concursos para hacer fijos a los traba-

jadores que el Organismo necesita para funcionar'. En este punto basta señalar que las reglas del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sobre la limitación de las causas de la contratación temporal son indisponibles por la autonomía colectiva.”

Por último, desde otra perspectiva, cabe reseñar la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999**, I.L. J 108, que, siguiendo doctrina jurisprudencial consolidada en el sentido de que la Administración no puede ir contra sus propios actos, ha negado la posibilidad de que la Administración pueda unilateralmente declarar la nulidad de un contrato al apreciar error en la contratación; debiendo acudir, en su caso, al procedimiento de lesividad (STS de 21 de marzo de 1994).

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

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Leyes de Presupuestos y licitud del establecimiento de límites máximos al incremento de retribuciones en el sector público. B) Definición y composición de la estructura salarial. a) Complemento de antigüedad y contratación temporal. b) Plus de especial responsabilidad y dedicación en el Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. c) Exigencias para obtener el plus de disponibilidad establecido en el Convenio Colectivo de “Radio Televisión Española, SA”, “Radio Nacional de España, SA” y “Televisión Española, SA”. d) Cálculo de plus de movilidad funcional en el Convenio Colectivo de Puertos del Estado. e) Primas por asistencia a cursillos obligatorios. Conceptos salariales que las integran. f) Método de cálculo de las gratificaciones extraordinarias. g) Carácter extrasalarial de los pluses de vestuario establecido por el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad.

C) Contenido del recibo de salarios. D) Fondo de Garantía Salarial. a) Procedencia del abono por el FOGASA de los salarios de tramitación pactados en conciliación judicial y no satisfechos por el empresario. b) Proyección de la garantía legal del art. 33.2 ET a los despidos por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas e insolvencia del empleador derivados del art. 52.c) ET. c) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: fecha en que se dicta el Auto de insolvencia, pero siempre que antes se haya instado la ejecución contra el empresario dentro de plazo. **2. Excedencias.** A) Aplicación de la excedencia para atender al cuidado de un hijo al personal que ostenta la condición de interino. B) Reingreso de la situación de excedencia voluntaria en el supuesto de grupo de empresas. C) Duración de la excedencia voluntaria en el supuesto de existencia de pacto de duración de la misma. D) Obstaculización del excedente al reingreso. E) Plazo de duración de la excedencia del personal estatutario al servicio de la Seguridad Social. F) *Dies a quo* del plazo para exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la no reincorporación del excedente voluntario.

G) Excedencia ilimitada por razón de matrimonio y plazo de prescripción. H) Determinación de la normativa jurídica que debe regir el derecho al reingreso. I) Cómputo del complemento de antigüedad en los supuestos de excedencia. **3. Suspensión del contrato de trabajo.**

4. Clasificación profesional. A) Inexistencia del derecho a la participación en proceso selectivo de trabajador excedente, con derecho al reingreso indefinido y sin reserva de puesto de trabajo.

B) Acumulación de la acción de reclamación de diferencias salariales y acceso al recurso.

5. Movilidad funcional. Garantía salarial en los supuestos de movilidad funcional descendente.

6. Movilidad geográfica: Indemnización por traslado. 7. Modificación sustancial de condiciones de trabajo: Inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo en un supuesto de fijación de descansos compensatorios. 8. Pacto de no concurrencia. Requisitos para la validez y eficacia del pacto de no concurrencia.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 1999 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 618).

1. SALARIO

A) Leyes de Presupuestos y licitud del establecimiento de límites máximos al incremento de retribuciones en el sector público

Reverdece en este pronunciamiento un tema que había sido objeto de severa discusión a principios de los años ochenta, momento en el que el propio TC tuvo oportunidad de dejar clara la adecuación constitucional: la licitud del establecimiento de límites máximos al incremento de retribuciones en el sector público por medio de la Ley de Presupuestos. En esta ocasión el TS desestima, en su **S. de 16 de febrero de 1999**, I.L. J 413 (recurso 3808/1997) el recurso interpuesto por la Candidatura Autónoma de los Treballadors de l'Administració de Catalunya (CATAC), por el que se reclamaba el incremento de los salarios en cumplimiento del Convenio único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya, frente al hecho de la congelación salarial establecida por las leyes estatal y autonómica.

La cuestión controvertida gira en torno a la delimitación entre la ley y el convenio colectivo, y la primacía de la primera sobre el segundo. El Tribunal Constitucional se había

V. Dinámica de la Relación Laboral

pronunciado positivamente a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública, precisando en su STC 96/1990, que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el art. 14, ni tampoco el 37.1 CE, añadiendo la STC 210/1990 que el Convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley le señala. Como establece el pronunciamiento señalado:

“La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, pues, como se argumenta en la razonada sentencia impugnada y se pone también de relieve por el Ministerio Fiscal, la ley presupuestaria estatal y, de conformidad con ella, la ley autonómica catalana, establecieron la congelación salarial de los trabajadores del sector público para el año 1997, estando estas disposiciones por encima del Convenio colectivo cuya aplicación se pretende, sin que esta interpretación comporte vulneración de los principios de jerarquía normativa, fuerza vinculante de los convenios ni del de igualdad (...); siendo, además, esta doctrina concordante con la sustentada por esta Sala en relación al propio Convenio Colectivo ahora cuestionado en su sentencia”. (...) recordando que “en la misma línea se ha pronunciado esta Sala en sus sentencias de 9 de julio de 1991, 24 de febrero de 1992, 7 de abril y 8 de junio de 1995 que han señalado en definitiva la primacía de la norma de origen legal sobre la norma de origen convencional en materias de derecho necesario.”

B) Definición y composición de la estructura salarial

a) Complemento de antigüedad y contratación temporal

Las funciones tradicionales del complemento de antigüedad como instrumento cuyo objeto se centraba en el intento de incentivar la permanencia del trabajador en la empresa, a efectos de favorecer una amortización del costo que al empresario le pueda suponer el gasto en formación profesional de los trabajadores, a la vez que su componente de retribución por la lealtad y fidelidad demostrada por el trabajador han perdido, en la actualidad, gran parte de su sentido. Esta línea de tendencia queda subrayada por el art. 25.1 ET que hace desaparecer de forma radical el criterio de la antigüedad como valor fundamental de la promoción económica, estableciendo que “el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica fijada en convenio colectivo o contrato individual”. La norma legal remite, pues, a la autonomía colectiva la concreción de citado complemento, lo que implica una total deslegalización del derecho a la promoción económica, esto es, el trabajador sólo tendrá derecho a la promoción económica si el convenio colectivo o el contrato individual lo establecieran expresamente. De este modo, el convenio colectivo, siempre que no incurra en ilegalidad ni en discriminaciones irrazonables, puede libremente configurar el ámbito de perceptores del complemento de antigüedad.

Las SSTS de 31 de octubre y de 27 de diciembre de 1997 admitieron la validez de cláusulas convencionales que excluían a los trabajadores temporales del derecho al citado

complemento por no considerarlas contrarias ni al art. 2.d) del RD 2104/1984 ni al art. 14 CE puesto que “no es contrario al principio de igualdad que el convenio colectivo —que es la norma que introduce y regula este complemento— solamente prevea su abono a los trabajadores fijos y no a los temporales, dadas las diferencias entre ambos colectivos; no pudiéndose olvidar que este complemento —que ya no tiene el carácter de *ius cogens*— trata de premiar la vinculación del trabajador con la empresa, y en principio, por su propia naturaleza, sólo es aplicable a los trabajadores por tiempo indefinido salvo que por pacto o convenio colectivo se disponga expresamente lo contrario”.

No existe, sin embargo, una posición jurisprudencial homogénea en esta materia como muestra la STS de 10 de noviembre de 1998 con referencia, en este caso, al personal civil no funcionario de establecimientos militares. En un supuesto similar relativo también al complemento de antigüedad de trabajadores temporales, resuelve, sin embargo, en sentido diverso, también respecto al derecho al complemento de antigüedad de los trabajadores temporales. Esta Sentencia afirma que:

“el canon de interpretación conforme a la Constitución orienta asimismo 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. Sin que puedan hacerse en este punto interpretaciones generales, lo cierto es que, en lo concerniente al caso del litigio, no se encuentran razones especiales que pudieran justificar una diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos a los efectos de la percepción del citado complemento de antigüedad”.

En las SSTS de 27 de octubre de 1998; de 11 de noviembre de 1998; STS de 25 de enero de 1999, I.L. J 141/1999 (recurso 1907/1998) y 5 de febrero de 1999, I.L. J 167 (recurso 2259/1998), se declara la aplicación preferente del Convenio Colectivo del personal del Ministerio de Defensa frente al RD 2205/1980 sobre regulación de la prestación de trabajo del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares en materia de antigüedad. El art. 31.8 del Convenio condiciona el derecho al complemento de antigüedad a prestación de servicios efectivos, sin excluir a los trabajadores temporales. Por el contrario, el art. 25 del RD 2205/1980 limita la promoción al personal fijo y por ello pudiera afirmarse que la incorporación de las disposiciones de la reglamentación, que han de suponer avances de carácter social respecto de la legislación común, cuya supresión tendría carácter regresivo, lejos de cumplir esta finalidad infringe las facultades de la delegación o mandato legislativo, pues no se encuentran razones que pudiesen dar pie a una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y no fijos, a los efectos de la percepción del complemento.

b) Plus de especial responsabilidad y dedicación en el Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias

El tema central del debate y del que se ocupan las SSTS de 18 de marzo de 1999, I.L. J 469/1999 (recurso 1017/1998) y de 29 de marzo de 1999, I.L. J 504/1999 (recurso

V. Dinámica de la Relación Laboral

2261/1998), es el relativo a la interpretación y el alcance del art. 53.4 del I Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, y, en concreto, el derecho que asiste a los técnicos mecánicos de señales marítimas (en adelante TM de SM) a la percepción del plus de especial responsabilidad y dedicación. El precepto convencional que sirve de referencia es del siguiente tenor literal: “4º. Plus de especial responsabilidad y dedicación. –El objetivo de dicho plus será compensar a aquellos trabajadores cuyos puestos de trabajo, teniendo el carácter de gestión, mando, confianza y/o jefatura y siempre que no deban realizarse en régimen de turnicidad, lleven implícito en sus funciones un elevado grado de responsabilidad y de toma de decisión, así como una disponibilidad absoluta a las necesidades del servicio, siendo fijadas estas circunstancias y su correspondiente jornada laboral por la presidencia del ente público.”

La discrepancia entre las sentencias objeto de debate se centra en el entendimiento del referido artículo, que puede tomarse, bien como un todo complejo que exige la concurrencia de una serie de circunstancias, entre las que se encuentra la pertenencia personal a alguno de los grupos o niveles que enumera el precepto, bien como una regla de contenido diferenciado, en el sentido de que la simple inclusión de un trabajador en alguno de los niveles y categorías mencionados ya presupone de suyo el cumplimiento de las restantes condiciones, así es que para colmar el supuesto no se precisa la intervención de la presidencia del ente público, al estimar que es incondicionada la concesión del plus a los TM de SM por el solo hecho de ostentar tal categoría.

El pronunciamiento anotado subraya que, tanto si se acude al criterio hermenéutico de la literalidad del precepto, como a la intención de las partes manifestada en el pacto, con el objeto de precisar su verdadero sentido y alcance del modo previsto en el art. 1281 CC, la conclusión a la que se llega es coincidente con la expuesta en la sentencia recurrida, en mérito a las siguientes razones:

En primer lugar, la redacción del art. 53.4 del convenio colectivo da a entender que las circunstancias que ha de fijar la presidencia del ente público para la asignación del plus de especial responsabilidad y dedicación, son precisamente las de un elevado grado de responsabilidad y de toma de decisión, así como la disponibilidad absoluta a las necesidades del servicio, y esto será así en la generalidad de los casos en que sea posible la asignación del plus, puesto que la cláusula convencional no limita esta facultad de la dirección a supuestos determinados. Por ello, y en segundo lugar, no será suficiente con servir puestos de las características enumeradas en el artículo, ni tampoco desarrollar unas determinadas funciones que son propias de categorías y niveles concretos, para que el plus deba ser abonado; de no entender así las cosas, carecería de sentido el inciso final del precepto, en cuanto atribuye al representante de la Autoridad Portuaria la facultad de fijar las circunstancias que determinan el devengo, integrando esta condición un requisito añadido a la primera condición, es decir, al desempeño de puestos de trabajo que impliquen gestión, mando, confianza y/o jefatura. En tercer lugar, el precepto no autoriza a afirmar que la simple pertenencia al grupo de TM de SM es condición suficiente para acreditar derecho a la percepción del plus; el artículo aludido, después de estable-

cer las condiciones indispensables para el percibo del plus, enumera los puestos de trabajo que pueden verse beneficiados por el complemento salarial, de donde resulta que ni todos los trabajadores al servicio de la Autoridad Portuaria, ni todos los incluidos en el grupo al que alude el artículo, vayan a ser acreedores al plus, sino que lo serán potencialmente tan sólo los que enumera la cláusula del convenio. Finalmente, el plus responde a una doble fundamentación, una especial responsabilidad del trabajador y una disponibilidad absoluta a las necesidades del servicio, de forma que no se trata de condiciones alternativas sino conjuntivas, que han de cumplirse simultáneamente, sin que incluya el convenio colectivo en la definición de la categoría profesional de los TM de SM la absoluta disponibilidad de estos trabajadores.

La sentencia concluye que si ese criterio interpretativo no bastara para apoyar la tesis apuntada, la voluntad de los negociadores del convenio colectivo, que se trasluce en otras cláusulas del pacto, y acudiendo también al elemento sistemático de investigación, conduciría a idéntico resultado; cuando los firmantes del pacto tuvieron el propósito de conceder un determinado plus a todos los trabajadores de un grupo o nivel, así lo manifestaron expresamente, como sucede con el plus de irregularidad horaria del que se ocupa el propio art. 53 del convenio colectivo, disponiendo que “tendrán derecho a la percepción de este plus todos aquellos trabajadores adscritos a los siguientes puestos...”. Sin embargo, la redacción del número 4 de dicho artículo no se expresa en términos semejantes cuando se ocupa del plus de especial responsabilidad y dedicación sino que, además de delimitar las personas a que se refiere la cláusula, introduce las condiciones que habrán de acreditar para tener derecho a la percepción del plus controvertido.

c) Exigencias para obtener el plus de disponibilidad establecido en el Convenio Colectivo de “Radio Televisión Española, SA”, “Radio Nacional de España, SA” y “Televisión Española, SA”

La tendencia a la flexibilización del tiempo de trabajo tiene en la disponibilidad horaria uno de los puntos más importantes, al resultar un margen potencialmente dejado al poder de dirección en esta materia. La disponibilidad horaria aparece como un concepto global caracterizado por la oferta al empresario de un margen variable en la utilización del tiempo de trabajo pactado con el trabajador que queda fuera de las definiciones fijas de horario y de la ordenación estricta de éste. A través de la misma no se altera el cómputo total, pero sí la distribución, en mayor o menor medida, de aquél. El empresario puede disponer por esta vía de una parte de la jornada del trabajador utilizándolo fuera del reparto o de la distribución que con carácter habitual esté realizando del tiempo pactado.

La STS de 15 de marzo de 1999, I.L. J 453 (recurso 836/1998) desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, como en su día lo hiciera la STS de 18 de noviembre de 1998, interpuesto frente a sentencia que, revocando la de instancia, denegó a los actores el derecho a percibir el plus de disponibilidad. El precepto de referencia a la hora de dilucidar la pertinente atribución de referido complemento es el art.

V. Dinámica de la Relación Laboral

64.2.f) del Convenio Colectivo de “Radio Televisión Española, SA”, “Radio Nacional de España, SA” y “Televisión Española, SA” y que establece que “el complemento de disponibilidad para el servicio se aplicará al trabajador adscrito a un puesto de trabajo que, realizando la cuantía normal de horas semanales de actividad, por las especiales características de aquéllos, requerirán disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horarios de trabajo”.

Del referido precepto se desprende, que la percepción del complemento a que dicho artículo se refiere, se devenga en función del puesto de trabajo ocupado, cuando éste requiera “especial disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horarios de trabajo” y no de “la cuantía de horas semanales de actividad”. Así lo entendió la STS de 15 de julio de 1996 que, siguiendo la línea interpretativa sostenida por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de diciembre de 1994 y por el TS en Sentencia de 21 de diciembre de 1993, razona cómo el plus de productividad:

“es un complemento salarial de puesto de trabajo, que se ha de abonar por el simple hecho de estar disponible, es decir, por estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento o sufrir una modificación de su jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio de horario o la modificación de jornada”; no respondiendo a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a “una característica especial del concreto puesto de trabajo que le obliga a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo”, ni tampoco “compensa el trabajo realizado por encima de la jornada ordinaria”. Antes bien, “el complemento compensa no un exceso de jornada, sino una disponibilidad o solicitud de localización”.

En consecuencia, según la citada interpretación jurisprudencial, resulta irrelevante cuál fuera la jornada y el horario habitualmente desempeñados por el trabajador. Lo verdaderamente relevante es que el trabajador quede, en virtud del puesto de trabajo desempeñado, a disposición de la empresa para cuando ésta necesite efectuar cualquier alteración en el horario de trabajo de aquél. Y todo ello se refiere a aquellos puestos de trabajo que “por sus especiales características requieran disponibilidad habitual o alteraciones constantes de horarios”, esto es, a aquellos puestos de trabajo que por la propia actividad de la empresa demandada, centrada en la rápida elaboración de las noticias para ser transmitidas al espectador requieren, ante la urgencia y actualidad de la noticia una disponibilidad sin límite de horario o jornada, como son los propios de redactores, reporteros gráficos, operadores de sonido, cámaras, etc., pero no para puestos que, como el de la actora –oficial de documentación (hecho probado primero)– se desarrollan en un horario fijo durante la jornada laboral.

d) Cálculo de plus de movilidad funcional en el Convenio Colectivo de Puertos del Estado

La cuestión que se plantea en esta ocasión viene a reiterar una larga serie de pronunciamientos anteriores y que arrancan de la STS de 6 de julio de 1998 y que se continúan en las SSTS de 18 (2) de enero de 1999, I.L. J 30 y 138; de 21 de enero de 1999, I.L. J 22; de 22 de enero de 1999, I.L. J 34; de 26 de enero de 1999, I.L. J 42; de 28 (2) de enero

de 1999, I.L. J 46 y 47; de 29 de enero de 1999, I.L. J 148; de 1 de febrero de 1999, I.L. J 66; de 2 de febrero de 1999, I.L. J 69; de 3 de febrero de 1999, I.L. J 72; de 8 de febrero de 1999, I.L. J 78; de 15 de febrero de 1999, I.L. J 82. La cuestión planteada era la relativa a si era la referencia al “salario base” contenida en el art. 51 Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias o, por el contrario, a la “remuneración básica anual” del art. 52, comprensiva de las pagas extra la que debía tomarse en consideración a la hora de calcular el plus de movilidad funcional previsto en el referido acuerdo.

El TS estima el recurso interpuesto por la Autoridad Portuaria y considera que el plus de movilidad funcional ha de calcularse sobre el salario base correspondiente a las doce mensualidades, sin adicionar las pagas extraordinarias. De acuerdo con el referido pronunciamiento:

“la solución que ha de adoptarse (...) no es otra que la sostenida por la sentencia de contraste ya que al considerar el convenio [art. 53.D)] las pagas extraordinarias como complementos salariales, lo que no sería posible de acuerdo con el actual art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, si es revelador de la intención de las partes en cuanto sólo permite que integren el denominado salario base el importe de una mensualidad más la antigüedad, por lo que excluye a aquellas pagas extras, y como advierte el Ministerio Fiscal en su informe, porque para la determinación de un complemento mensual no pueden manejarse conceptos (complementos) de vencimiento superior al mes, como lo son las pagas extras en el Convenio”.

e) Primas por asistencia a cursillos obligatorios. Conceptos salariales que las integran

El art. 434 del X Convenio Colectivo de RENFE dispone que “se consideran cursillos de asistencia obligatoria los de perfeccionamiento, habilitación y adaptación”. Y añade: “Los Agentes que realicen estos cursillos en la Red o en centros concertados y por tal motivo no puedan desarrollar total o parcialmente su actividad normal ferroviaria, cobran mientras se encuentren en esta situación todos los conceptos que de forma generalizada y permanente, incluidas las horas de exceso de jornada, vengán percibiendo tomando como base el período que resulte en los treinta últimos días. Cuando se trate de percepciones cuyo devengo no sea periódico o regular, los percibirán igualmente, si bien se tomará como base para su cálculo la media de lo cobrado en los tres meses últimos inmediatamente anteriores a la fecha de su incorporación al cursillo.”

La STS de 30 de marzo de 1999, I.L. J 512 (recurso 28218/1998), reiterando la doctrina que en su día estableciese la STS de 15 de octubre de 1998, señala que la intención de las partes negociadoras es que durante la realización de cursillos obligatorios para perfeccionamiento de los trabajadores éstos continúen percibiendo todos los conceptos salariales que de forma permanente y generalizada venían devengando. Sobre esta base establece que las partidas a incluir en las primas por cursillos pueden ser regulares o irregulares. En este último caso el propio convenio establece el sistema a seguir para el cálculo promediado de las mismas. Sobre tales presupuestos, el asistente a los cursillos

V. Dinámica de la Relación Laboral

obligatorios devengará la prima de conducción, pluses de penosidad y nocturnidad, complemento de mayor dedicación, y horas extraordinarias estructurales, por ser tales los conceptos que poseen naturaleza generalizada y permanente; no estarán incluidas, por el contrario, en dicha prima otras partidas como descansos no disfrutados, bolsa de vacaciones, pausa del bocadillo, prima o incentivo de vacaciones, gastos de viaje y desplazamientos por ser considerados devengos no salariales.

f) Método de cálculo de las gratificaciones extraordinarias

Se discute en la STS de 6 de mayo de 1999, I.L. J 750 (Rec. 2450/1998) el modo en que haya de contabilizarse la parte devengada de las gratificaciones extraordinarias: si hay que abonar el montante generado desde 1 de enero hasta la fecha de término de la relación laboral (lo que equivaldría a defender que se devengan a lo largo del año natural) o si el arco temporal observado ha de retrotraerse hasta el día en que se abonó la paga extra análoga correspondiente al año anterior (lo que significa que al abonar una paga extra se comienza a devengar la siguiente).

La propia jurisprudencia de unificación no ha establecido criterios claros sobre la naturaleza de estas prestaciones, desde el punto de vista de su encuadramiento en la estructura retributiva. Así, se ha sostenido que las gratificaciones extraordinarias han de considerarse como complementos de vencimiento periódico superior al mes y no como salario base; al igual que su contraria, esto es, que en el actual marco normativo no es posible reconducir la paga extra a la condición de complemento supramensual, haciéndose depender en último extremo su solución de que el convenio haya decidido o no su prorrateo.

Concluye la referida Sentencia en este caso que:

“La solución correcta de la cuestión controvertida es la de la sentencia de contraste, que sigue doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida en sentencia de 10 de abril de 1990, la cual a su vez mantenía, como señala la propia sentencia de contraste, doctrina consolidada del Tribunal Central de Trabajo (TCT 14-4-1988, 10-12-1988, 16-2-1989; entre otras). (...) El fundamento de esta línea de decisión, que calcula el importe de cada una de las dos pagas extraordinarias reguladas en el art. 31 del ET desde las fechas respectivas de percepción de la correspondiente del año anterior, radica en la naturaleza de estos complementos retributivos, que son salario diferido devengado día a día cuyo vencimiento tiene lugar, salvo pacto en contrario, en festividades o épocas señaladas. Esta cualidad de salario diferido de las partes proporcionales de las pagas extraordinarias se pone de manifiesto en la mencionada posibilidad de que sean prorrateadas.”

g) Carácter extrasalarial de los pluses de vestuario establecido por el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad

La cuestión resuelta por el TS en su S. de 15 de marzo de 1999, I.L. J 217 (recurso 2175/1998) es la referente a la naturaleza jurídica de los pluses de distancia, transpor-

te y mantenimiento de vestuario recogidos en el art. 74 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, precepto que figura redactado, bajo el título de “complementos de indemnizaciones y suplidos”, en los siguientes términos: “a) Plus de distancia y transportes. Se establece como compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio a los centros de trabajo y su regreso. Su cuantía en cómputo anual, y redistribuida en quince pagas, se establece en la columna correspondiente en el anexo salarial. b) Plus de mantenimiento de vestuario. Se establece como compensación de gastos que obligatoriamente correrán a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario, calzado, correaes, y demás prendas que componen su uniformidad considerándose a estos efectos, como indemnización por desgaste de útiles y herramientas. Su cuantía en cómputo anual, y redistribuida en quince pagas, se establece en la columna correspondiente en el anexo salarial.”

El TS considera que “no hay duda, pues, que de la simple lectura del precepto transcrito se deduce la naturaleza de compensación de gastos que se asigna a los complementos discutidos y, por ende, según la definición del art. 27.2 del Estatuto de los Trabajadores, su carácter extrasalarial”. El Tribunal no sólo concluye tajantemente como ha quedado expresado sino que incluso refuta los argumentos utilizados por el sindicato demandante en apoyo de su argumentación. De este modo, precisa que el argumento de que los pluses son salariales porque se abonan en 15 pagas no es válido, ya que el propio texto del artículo alude a que su cuantía se efectúa en cómputo anual y se redistribuye en las 15 pagas anuales. De igual modo, rechaza que tal caracterización pueda derivarse del hecho de que los pluses se establecen en cuantía variable para los diferentes grupos profesionales. Y, en fin, la no exigencia de justificación del gasto tampoco convierte en salariales los complementos discutidos ya que precisamente “para no tener que justificar el gasto se convino en señalar una cuantía en cómputo anual a percibir luego mensualmente a través de quince pagas”.

C) Contenido del recibo de salarios

El TS desestima en su **STS de 26 de enero de 1999**, I.L. J 402 (recurso 2045/1998) el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Abogado del Estado relativo al contenido de las nóminas del personal contratado del Ministerio de Defensa, de cuya confección se encargan las Jefaturas de Intendencia Económico-Administrativas del Ejército (JIEAS). El recurso no prospera, pues las distintas Órdenes Ministeriales que regulan la materia establecen que figuren obligatoriamente en las nóminas o recibos de salarios una serie de datos entre los que obran el número de afiliación a la Seguridad Social, el código de cuenta de cotización, el epígrafe de accidentes y el grupo de tarifa, datos estos que no se consignaban en los recibos objeto de controversia.

El referido pronunciamiento apoya su decisión en el siguiente argumento:

“El art. 29.1 del Estatuto exige documentar la liquidación y el pago de la retribución que percibe el trabajador. El precepto legal es imperativo: ‘La documentación del salario se realizará(...) El recibo de salarios se ajustará al modelo(...)’. El art. 29.1 del Estatuto, al remitir al convenio colectivo o al acuerdo de empresa, admite la salvedad de establecer un modelo de recibo justificativo que deberá contener con la debida claridad y separación las diferentes percepciones y deducciones que legalmente procedan. Pero el convenio colectivo de aplicación (art. 33 del convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Defensa, Boletín Oficial del Estado de 1 de julio de 1992) se limita a disponer que los establecimientos militares deberán entregar a los trabajadores que de ellos dependan ‘un documento o recibo justificativo individual que consignará el importe total correspondiente al período de tiempo a que se refieran tales retribuciones, con especificación clara y debidamente diferenciada de las retribuciones básicas y, en su caso, los complementos salariales, indicando igualmente las deducciones que legalmente procedan’. La sustitución del modelo del recibo de salarios por el convenio colectivo no se ha llevado a cabo.”

D) Fondo de Garantía Salarial

a) Procedencia del abono por el FOGASA de los salarios de tramitación pactados en conciliación judicial y no satisfechos por el empresario

El tema debatido en la STS de 22 de diciembre de 1998, I.L. J 134 (recurso 1595/1998) de casación para la unificación de doctrina consiste en decidir si los salarios de tramitación pactados en conciliación judicial y no pagados por el empresario insolvente deben ser o no satisfechos por el FOGASA. Entiende el recurrente que debe distinguirse entre los salarios definidos en el art. 26 del ET, y otras cantidades indemnizatorias entre las que se encuentran los salarios de tramitación. La Sala estima el recurso al entender que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina, ya que en contra de lo sostenido en la sentencia recurrida, la de contradicción entiende que serán a cargo del Fondo los fijados mediante resolución judicial y no los que lo hubieran sido mediante acto de conciliación.

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

La cuestión planteada consiste en determinar si, en los supuestos en que procede por parte del Fondo de Garantía Salarial el abono del 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido por la causa prevista en el art. 52.c) ET, en empresas con plantilla de menos de veinticinco trabajadores, el cálculo del importe de dicho abono debe efectuarse sobre idéntico módulo sobre el que se fija la indemnización a cargo de la empresa o si, por el contrario, debe realizarse sobre las indemnizaciones ajustadas al límite máximo de una anualidad y además, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional. La jurisprudencia del TS en unificación de doctrina en las SSTS de 26 de

enero de 1998 (recurso 2673/1997) y 16 de febrero de 1998 (recurso 2913/1997), luego reiterada por la STS 4 de enero de 1999, I.L. J 13 han tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, destacando los siguientes argumentos utilizados.

En primer lugar, el art. 33.2 ET contenía una laguna legal, en cuanto limitaba las indemnizaciones a abonar por FOGASA —en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebras o concurso de acreedores de los empresarios, como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de trabajadores— a los despidos o extinción de los contratos producidos en aplicación de los arts. 50 y 51 del ET. No abarcaba, expresamente, la norma, la extinción de contratos por causas objetivas regulado en el art. 52.c) del ET, que hace referencia a la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley, y en número inferior al establecido en el mismo. Esta situación determinó que FOGASA, denegara a los trabajadores afectados, por dicha causa el abono de las indemnizaciones litigiosas, a diferencia de lo establecido en la otra garantía de naturaleza y significado diferente, comprendida en el art. 33.8 del ET, sobre responsabilidad en el pago del 40 por ciento de la indemnización legal en empresas de más de 25 trabajadores, que sí incluía las indemnizaciones previstas en el art. 52.c) ET.

En segundo término, y como lógica consecuencia, esta laguna legal debe ser cubierta en forma analógica, es decir, aplicando a la extinción contractual, prevista en el art. 52.c) del ET, la norma contenida en el art. 51, dado que, ambos casos responden a las mismas causas y participan de la misma naturaleza, por lo que, concurriendo los demás requisitos exigidos legalmente para que nazca la obligación impuesta al Fondo de Garantía Salarial, debe imponerse una misma solución garantista pública. La tesis contraria, produciría una total desprotección del trabajador e iría contra el espíritu y finalidad del art. 33.2 del ET, ya que no es razonable pensar que la misma causa produce un diferente efecto, según que el procedimiento de extinción de la relación laboral se produzca, por una vía colectiva o individual. Vías de extinción y de garantías que se establecen únicamente en atención al interés más solidario y general que supone el número mayor de cese de trabajadores, pero que no obedece a diferentes causas objetivas, que, en todo caso, se establecen a favor de la empresa y de su supervivencia.

Finalmente, esta interpretación ha sido asumida por el legislador en la Ley 60/1997, de 19 de diciembre. Norma de naturaleza interpretativa que, al modificar la redacción del art. 33.2, comprendió entre las causas de despido o extinción de los contratos no solamente los contemplados en los arts. 50 y 51, sino también, los incluidos en el art. 52.c) ET. De modo que la responsabilidad del FOGASA, en las condiciones previstas, de abonar las indemnizaciones reconocidas, como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores, alcanza, no sólo los supuestos de cese de los arts. 50 y 51 ET, sino, también, los de extinción objetiva del art. 52.c).

V. Dinámica de la Relación Laboral

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

El plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad de FOGASA comienza a partir de la fecha en que se dicta el Auto de insolvencia, pero siempre que antes se haya instado la ejecución contra el empresario dentro de plazo. Matizando la anterior doctrina, la STS de 9 de marzo de 1999, I.L. J 440 (recurso 4612/1997) reitera la doctrina sentada por la STS de 24 de febrero de 1998, el día inicial del plazo de prescripción para solicitar al FOGASA el reconocimiento de cantidades dinerarias coincide con la fecha de firmeza del auto declarativo de la insolvencia de la empresa, aunque la reclamación puede plantearse desde la notificación de éste.

Como reitera el referido pronunciamiento:

“La solución, dada en la STS de 24 de febrero de 1998 (recurso 287/1997), cuyos argumentos se asumen y se dan por reproducidos, consistía en entender que el día inicial era el de la fecha de firmeza del auto de declaración de insolvencia provisional empresarial. Se fundamentaba, en esencia, en que aunque el trabajador pudiera ejercitar su acción a partir de la fecha de notificación de la resolución judicial que declara la responsabilidad subrogatoria del Fondo, su ejercicio a partir de la firmeza de la misma no puede perjudicarlo. Lo que es un privilegio –derecho a anticipar el ejercicio de la acción– no puede convertirse en un perjuicio –cómputo del plazo de prescripción a partir de la fecha privilegiada de pronunciamiento de la resolución y no de su firmeza–. De una parte es sabido, –según constante jurisprudencia, tanto de esta Sala de lo Social, como de la Sala Civil– que la prescripción en cuanto no se sustenta en un principio de justicia intrínseca, sino de seguridad jurídica, debe ser objeto de interpretación restrictiva. De otra, es de constatar que, como norma general establecida en el art. 1971 del Código Civil, el día inicial del plazo prescriptivo arranca desde la firmeza de la sentencia, –firmeza que, analógicamente debe predicarse respecto de las demás resoluciones judiciales reconocedoras de derechos– y, que, por lo tanto si también, en términos generales, el ‘dies a quo’ de la prescripción coincide con la fecha a partir de la cual la acción puede ser ejercitada (arts. 59.2 Estatuto de los Trabajadores y 1969 del Código Civil) debe entenderse que es lógico pensar que, la acción en términos de cierta seguridad y razonabilidad –que pudieran ser perturbados por la ‘provisionalidad’ del auto reconocedor del derecho– nace en la fecha en que la resolución judicial deviene firme.”

2. EXCEDENCIAS

A) **Aplicación de la excedencia para atender al cuidado de un hijo al personal que ostenta la condición de interino**

La STSJ de Valencia de 14 de enero de 1999, I.L. J 39 (recurso 3883/98), afronta la cuestión relativa a la determinación del derecho que asiste a una trabajadora que presta servicios como interina en un centro sanitario dependiente de una Comunidad Autónoma,

para acogerse al supuesto de excedencia por cuidado de hijos menores, supuesto regulado en el art. 46.3 del ET.

La primera cuestión que aborda la sentencia hace referencia a la adecuación del procedimiento elegido para sustanciar la reclamación formulada, por cuanto se había acudido a la modalidad procesal de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales, concluyendo el Tribunal que:

“(…) lo decisivo a efectos de adecuación del procedimiento es que la demandante afirme haber sufrido una violación de sus derechos fundamentales, al margen de que la demanda esté o no debidamente fundamentada y dé lugar a la estimación o desestimación de su pretensión, y siendo que la demandante lo que afirma es haber sido objeto de trato discriminatorio por razón del carácter interino de su contratación, con violación del principio de igualdad de trato garantizado por el art. 14 de la Constitución, es claro que la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical es adecuada”.

El Tribunal señala que el hecho de tratarse de una relación asimilada a las de naturaleza pública, no supone argumento suficiente para denegar la excedencia solicitada, de forma tal que concluye que:

“(…) la negativa del organismo demandado a la solicitud de la actora para disfrutar de una excedencia para el cuidado de hijo menor, atendiendo como único fundamento al carácter interino de su prestación de servicios, constituye una violación del principio de igualdad de trato y no discriminación garantizado por el art. 14 de la Constitución”. El Tribunal recuerda para fundamentar su conclusión la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, por la que se regula el permiso parental y por maternidad, en cuanto en aras a reducir los supuestos de discriminación, afirma que “es conveniente extender el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período de excedencia establecido para atender al cuidado de los hijos”.

B) Reingreso de la situación de excedencia voluntaria, en el supuesto de grupo de empresas

La STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999, I.L. J 341 (recurso 3718/98), no afronta el siempre delicado problema de la determinación y configuración de los caracteres propios de la figura del grupo de empresas, sino que, partiendo de la existencia de un grupo como tal, aborda la cuestión relativa a la obligación de permitir el reingreso en cualquiera de las empresas del grupo en las que exista vacante, en el supuesto de solicitud de reingreso de un trabajador en excedencia voluntaria.

Según la Sentencia:

“(…) la existencia de vacantes, entendida como condición al reingreso, se refiere a vacantes en la empresa, sin que la norma general se refiera a la ubicación del puesto de trabajo,

V. Dinámica de la Relación Laboral

por lo que la cuestión debe interpretarse en el sentido de entender que deberá poder reingresarse en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa en que existan vacantes en la fecha citada”, añadiendo que “(...) dado que se ha señalado que las demandadas conforman un grupo de empresas, en las que se produce un constante trasvase de empleados entre una y otra, la opción de reingreso debe poder satisfacerse en una de ellas indistintamente”.

C) Duración de la excedencia voluntaria en el supuesto de existencia de pacto de duración de la misma

La STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999, I.L. J 341 (recurso 3718/98), establece para un supuesto en el que un trabajador obtuvo mediante conciliación el reconocimiento a pasar por un período de tres años a la situación de excedencia voluntaria, habiéndose solicitado el reingreso con anterioridad al vencimiento del plazo pactado que:

“(…) pactado un plazo de excedencia, éste despliega sus efectos para las dos partes, de tal manera que aun solicitado el reingreso con anterioridad a la fecha de terminación de la excedencia, no cabe anticipar sus efectos respecto de la fecha de conclusión de la excedencia, pues el derecho preferente es efectivo sólo al término real de la misma y no antes”.

D) Obstaculización del excedente al reingreso

La STSJ de Madrid de 27 de enero de 1999, I.L. J 289 (recurso 5763/98), aborda el problema, siempre delicado, de las distintas manifestaciones del fraude de ley, concretamente la situación que se plantea en el supuesto de que el excedente impida u obstaculice con su conducta la posibilidad de reingreso con la única y exclusiva finalidad de obtener la correspondiente indemnización. La referida Sentencia afirma:

“(…) la conducta del actor impidió que la relación laboral, suspendida por excedencia voluntaria, se revitalizara y entrara de nuevo en vigor, ya que, ante el reiterado ofrecimiento de la empresa tendente directamente a reincorporar a su seno al demandante, no siguió nunca una clara voluntad de ésta de aceptarlo, sino la de obstaculizarlo de manera grave y constante”.

E) Plazo de duración de la excedencia del personal estatutario al servicio de la Seguridad Social

La STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999, I.L. J 295 (recurso 1929/98), se plantea la cuestión referente al tiempo de duración mínimo de la situación de excedencia voluntaria del personal estatutario, al existir dos posturas contradictorias, por cuanto mientras la trabajadora afectada reclama la aplicación del plazo de un año previsto en el art. 42 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, la Administración defiende que resulta de aplicación el plazo de dos años establecido en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Reforma de la Función Pública.

La Sentencia después de ubicar el problema en el ámbito del estatuto de los funcionarios públicos, recoge el principio de reserva de ley en esta materia, con la posibilidad, siempre legalmente establecida, de un posible desarrollo reglamentario, para concluir señalando que resulta de aplicación el plazo mínimo de dos años, al no haberse dictado normas específicas en relación con el personal estatutario, por lo que de modo supletorio resultan aplicables las normas establecidas en materia de función pública. En definitiva, se afirma que:

“(…) ha decaído la vigencia de la regla sobre duración mínima de la excedencia voluntaria contenida en el art. 42 del Estatuto, como cualquier otra de los diversos estatutos del personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social que se opongan a lo regulado en las disposiciones básicas de la Ley sobre la Reforma de la Función Pública.”

F) *Dies a quo* del plazo para exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la no reincorporación del excedente voluntario

Las SSTs de 17 de marzo, I.L. J 467 y 22 de marzo de 1999, I.L. J 481, abordan el problema de la determinación del *dies a quo* del plazo para la reclamación de indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de conductas empresariales impeditivas de la normal reincorporación del trabajador que se encontraba en situación de excedente voluntario.

En la primera de las sentencias se plantea el problema referente a la determinación del *dies a quo* a partir del cual han de computarse los perjuicios al trabajador excedente voluntario que solicita la reincorporación al trabajo y la empresa da lugar al reintegro con posterioridad a la petición y después de producirse la vacante.

La sentencia distingue entre dos tipos de supuestos, de un lado, el supuesto en el que el trabajador que había disfrutado excedencia voluntaria, solicita a su término el reintegro en la empresa y recibiendo respuesta negativa por falta de plazas, acude a la jurisdicción para obtener el reintegro solicitado, por haberse producido vacante después de la petición inicial, supuesto en el que el día inicial es el de la presentación de la papeleta de conciliación previa y el supuesto en el que la vacante existía con anterioridad a la solicitud de reintegro, supuesto en el que el plazo debe empezar a computarse desde que existió la vacante.

En la segunda de las sentencias se reitera el criterio sentado por la Sentencia de la Sala General de 24 de noviembre de 1998, en el sentido de considerar que “(…) la acción de daños y perjuicios sólo puede ejercitarse o bien cuando se ha declarado el ilícito que los causa o conjuntamente con la acción que solicita dicha declaración (…)”, esto es desde que se declara la ilegalidad de la denegación de reintegro o conjuntamente con tal solicitud por cuanto, “(…) la pretensión que solicita jurisdiccionalmente dicha incorporación no es una mera acción declarativa sino también una acción de condena, declaración

V. Dinámica de la Relación Laboral

y condena que establecen el reconocimiento de la ilicitud del acto causante del daño, es decir, esta declaración y condena son elemento constitutivo de la acción de daños y perjuicios”.

G) Excedencia ilimitada por razón de matrimonio y plazo de prescripción

La STS de 26 de febrero de 1999, I.L. J 191, se refiere al supuesto de la excedencia ilimitada por razón de matrimonio recogida en el Convenio Colectivo de la empresa Telefónica.

La Sentencia vuelve a reiterar el criterio ya sentado por la Sentencia de 25 de junio de 1998 (recurso 3376/97) que, a su vez recoge lo expuesto en la Sentencia de 4 de mayo de 1998, en cuanto que ha de entenderse que la normativa laboral de la empresa ha supuesto la renuncia al instituto de la prescripción de la acción de reingreso.

La sentencia establece que:

“(…) esta Sala ya ha unificado doctrina sobre esta materia, en el sentido de que la Disposición Transitoria 1ª del Anexo III del Convenio Colectivo publicado por Resolución de 20 de julio de 1994, estableció que a los empleados que actualmente se encuentren en situación de excedencia ilimitada por razón de matrimonio se les respetara la posibilidad de reingreso en los supuestos legalmente vigentes, y ello significa que la empresa parte de reiterar la condición de temporalmente ilimitadas como propia de aquellas excedencias, por lo que, al no haber recaído decisión expresa sobre dichas situaciones (que es el supuesto de la demandante), no cabe entender actuada prescripción alguna que afectara al derecho a reingresar; mientras que, por el contrario, consta una voluntad de la empresa de readmitir a su servicio a estos trabajadores excedentes, si concurren las circunstancias que dan lugar a ese derecho”.

La conducta actual es manifiestamente contraria a la adoptada en la negociación colectiva. Deben tenerse por reiterados los razonamientos para concluir que la Sentencia recurrida rompe la unidad de Doctrina y ha de ser casada y anulada, entrando esta Sala a resolver el Recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia, con la estimación de dicho Recurso y la revocación de la Sentencia de instancia.

H) Determinación de la normativa jurídica que debe regir el derecho al reingreso

La STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 1999, I.L. J 90 (recurso 35/1999), aborda el problema relativo a la determinación de la normativa que debe regir el derecho al reingreso del excedente voluntario, decidiendo sobre las dos tesis defendidas por otros Tribunales y que se concretan, en considerar que el derecho al reingreso debe regirse por la normativa vigente al momento de la concesión de la excedencia o bien, por la normativa vigente al tiempo de la solicitud de reingreso.

La Sentencia acoge esta segunda solución, remitiéndose a los argumentos empleados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 18 de marzo de 1998, en la que se expone:

“Replantea así el Tribunal la debatida tesis de si la situación de excedente voluntario que suspende el contrato de trabajo queda petrificada en cuanto a derechos y obligaciones derivadas de la normativa convencional vigente al momento de concederse la excedencia (tesis mantenida en su día por este mismo Tribunal) o por el contrario que el contrato no se extingue sino que se suspende y en tal medida es susceptible de ser regulado por los Convenios Colectivos que se vayan sucediendo, al igual que para los trabajadores no excedentes y en activo, siempre que el Convenio Colectivo en cómputo global anual económico sea más favorable a aquel que sustituyen por integrar un todo globalizado no susceptible de ‘espiguo’ normativo (tesis actualmente sustentada por esta Sala y pendiente de resolución en unificación por el Tribunal Supremo al cambiarse razonadamente, como se expone, el criterio resolutorio).”

No existe al momento (y en tanto en cuanto el Tribunal Supremo no unifique y determine si el cambio de línea interpretativa de la norma es o no acorde a la correcta doctrina) razón alguna que reconduzca al Tribunal a resolver como hizo y no como hace por lo que en definitiva mantiene su interpretación de que un contrato laboral vivo (bien que suspendido) mantiene su vitalidad y por tanto es susceptible de regulación por la norma que resulte adecuada en el tiempo tanto para los trabajadores con contrato desplegando su eficacia como para aquellos que sin extinguirlo lo tienen suspendido, de forma que el Convenio Colectivo vigente al conceder la excedencia es el aplicable respecto de los condicionamientos para pedirla y otorgarla, pero concedida que sea el contrato suspendido pasa a regularse y por tanto en cuanto al reingreso —obviamente ulterior al momento suspensivo— por la norma vigente en el tiempo de solicitarlo.

1) Cómputo del complemento de antigüedad en los supuestos de excedencia

La STSJ de Murcia de 23 de febrero de 1999, I.L. J 238 (recurso 664/98), da respuesta, acogiendo anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, a la cuestión referente al cómputo a efectos del complemento de antigüedad del período que transcurre desde la solicitud de reingreso hasta la reincorporación efectiva al puesto de trabajo.

Se afirma en la Sentencia que:

“(…) el tiempo de excedencia disfrutado por el trabajador no puede considerarse como de antigüedad, porque no ha existido durante la efectiva prestación de servicios que la empresa venga obligada a compensar (...) Pero el tiempo posterior a la petición de reingreso, en el que la inexistencia efectiva de trabajo es imputable exclusivamente a la empresa que rechazó indebidamente la petición de reingreso, sí debe ser computado”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

3. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999, I.L. J 371 (recurso 2786/98), analiza la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios sufridos, deducida por un trabajador afectado por la suspensión de contratos de un grupo de 50 trabajadores, suspensión autorizada por la jurisdicción laboral, y que fue revocada posteriormente por sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sentencia tras afirmar que “(...) el orden jurisdiccional social es el competente para conocer de los daños causados al trabajador por su empresario cuando éste actúa en su condición de empleador”, aborda el problema desde la perspectiva de indagar en la conducta empresarial, al objeto de determinar la posible concurrencia de dolo o culpa, requisitos necesarios para estimar la acción de responsabilidad.

La Sala afirma que la pérdida salarial producida no deriva de una actuación ilegal del empresario, sino de la aplicación de la suspensión de la relación laboral realizada al amparo del art. 45.1.j) ET, suspensión que se presume válida y que produce efectos desde la fecha en que se dicta.

La cuestión verdaderamente trascendente, es la posterior anulación de la resolución administrativa autorizatoria por la jurisdicción contencioso-administrativa, anulación de la que la parte actora hacía derivar la responsabilidad empresarial. Tal tesis es negada por la sentencia señalando que lo que la resolución judicial anula y revoca es la decisión administrativa y no la decisión empresarial, de forma tal que el empresario en el momento en que acordó la suspensión de las relaciones laborales estaba amparado en derecho por lo que:

“(...) no cabe que se le tache de haber infringido la Ley ni, por ende, se le pida responsabilidad por haber cumplido un acuerdo que, por otra parte, no podía deferir en el tiempo, dado que era inmediatamente ejecutivo”.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Inexistencia del derecho a la participación en proceso selectivo de trabajador excedente, con derecho al reingreso indefinido y sin reserva de puesto de trabajo

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 1999, I.L. J 325 (recurso 721/98), aborda la cuestión relativa al derecho a la inclusión de una determinada trabajadora, en un proceso selectivo para promoción interna del personal laboral de la Comunidad Autónoma. La trabajadora había solicitado, de forma voluntaria, la excedencia por incompatibilidad, para pasar a desempeñar un puesto laboral temporal en la misma Administración, excedencia que, según el Convenio Colectivo, lo es sin derecho a reserva de puesto de trabajo.

La Sala concluye que la citada trabajadora no reúne la cualidad exigida en la norma que rige la convocatoria, de ostentar la cualidad de personal laboral fijo en situación de activo o asimilada, pues tal asimilación exige la reserva de puesto de trabajo, derecho del que la trabajadora carecía. Esta solución, que se reputa ajustada a la legalidad, no puede tampoco ser tachada de discriminatoria en aplicación de la doctrina constitucional sobre el alcance del art. 14 de la Constitución.

B) Acumulación de la acción de reclamación de diferencias salariales y acceso al recurso

La STS de 27 de febrero de 1999, I.L. J 195, reitera un criterio ya sumamente consolidado, en cuanto considera que aun cuando las acciones de clasificación profesional y la reclamación de diferencias salariales son acumulables, debe considerarse a la primera como principal y a la segunda como subsidiaria, por lo que no es susceptible esta segunda acción de acceder por razón de la cuantía al recurso de suplicación, dado que “(...) la acción de reclamación de cantidad debe correr la misma suerte que la principal”.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL. GARANTÍA SALARIAL EN LOS SUPUESTOS DE MOVILIDAD FUNCIONAL DESCENDENTE

La STS de 25 de febrero de 1999, I.L. J 190, al resolver un proceso de conflicto colectivo, da respuesta a la cuestión referente a la interpretación que deba darse al contenido del vigente art. 39.3 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto dispone que, en los supuestos de movilidad funcional, el trabajador tendrá “derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen”.

El supuesto concreto planteado se refería a un supuesto de movilidad funcional ordinaria u horizontal, en cuanto se realiza dentro de un mismo grupo profesional, que no afecta a la dignidad o a la formación profesional de los trabajadores afectados, pero que, en cuanto supone encomendar funciones inferiores a las hasta entonces desempeñadas por los afectados, ha provocado la supresión de las cantidades que anteriormente percibían y que tenían directa relación con las funciones anteriormente desempeñadas.

La conclusión a que llega la Sentencia es que la actual redacción del art. 39.3 del Estatuto de los Trabajadores, no ha sufrido ninguna modificación respecto de la legislación anterior, conclusión que se obtiene de dos argumentos fundamentales. De un lado, porque el vigente art. 26.3 del ET mantiene el carácter no consolidable de los complementos de puesto de trabajo, lo que:

“(...) significa tanto como que sólo se percibirán los mismos cuando se lleven a cabo las concretas funciones de los que dependen”. Por otro lado se afirma que “(...) la reforma de

V. Dinámica de la Relación Laboral

1994 tuvo como una de sus finalidades la de introducir una mayor flexibilidad en el poder de dirección empresarial, dentro del que se ubica la mayor movilidad al mismo atribuida, la conclusión más congruente con dicha realidad es la de estimar que no estaba dentro de sus previsiones la de ponerle más trabas de las anteriormente existentes cual ocurriría exigiéndole un respeto a los mayores complementos de puesto de trabajo, cuando en la legislación anterior no se le exigía tal garantía (...)"

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA: INDEMNIZACIÓN POR TRASLADO

La STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1999, I.L. J 538 (recurso 5637/98), aborda, si bien desde una pura perspectiva de determinación de competencia material, el problema relativo al carácter bruto o neto de la indemnización por traslado a percibir por trabajadores de RENFE, afirmando que tal cuestión, esto es, si deben realizarse retenciones a cuenta del IRPF, es una cuestión ajena al derecho laboral, sin embargo revoca la sentencia de instancia y ordena entrar a conocer del fondo del asunto, por cuanto lo que verdaderamente se planteaba es si había existido una modificación unilateral de los términos en que la indemnización fue ofertada a los trabajadores afectados.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: INEXISTENCIA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, EN UN SUPUESTO DE FIJACIÓN DE DESCANSOS COMPENSATORIOS

La STS de 30 de marzo de 1999, I.L. J 514, resuelve el supuesto planteado en un conflicto colectivo, en el que se denunciaba violación de lo dispuesto en sendos artículos del Convenio Colectivo de la agencia Efe, preceptos que regulaban el régimen de descansos compensatorios por trabajo realizado en días festivos.

La sentencia aborda de forma marginal el problema relativo a la existencia de una posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo, afirmando su inexistencia y, consecuentemente, el carácter no necesario de los trámites contenidos en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores para las modificaciones de carácter colectivo, esto es, la consulta y negociación con los representantes de los trabajadores.

8. PACTO DE NO CONCURRENCIA. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL PACTO DE NO CONCURRENCIA

La STSJ de Cataluña de 7 de enero de 1999, I.L. J 267 (recurso 6393/98), analiza la cuestión referente a los requisitos que deben cumplirse para la adecuación a derecho del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo que se regula en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La Sentencia, después de transcribir el contenido del pacto alcanzado por las partes, afirma que:

“(…) el pacto de no concurrencia poscontractual regulado en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, exige para su validez y efectividad, que la prohibición de concurrencia para después de extinguido el contrato no tenga una duración superior a dos años para los técnicos, o de seis meses para los demás trabajadores la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial; b) que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”.

La sentencia concluye afirmando que tales requisitos concurren en el caso concreto, dado que el trabajador ostentaba el cargo de Director y que percibe la cantidad de 20.000 pesetas mensuales por los conceptos de “complemento exclusividad” y “complemento no competencia”.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

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 presupuestos específicos. a) Calificación de la relación jurídica y determinación de la Ley aplicable. b) El despido del trabajador en una ETT; de los trabajadores fijos discontinuos y en otros supuestos específicos. **3. El despido disciplinario.** A) Las causas que lo motivan. B) La forma del despido. **4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. a) Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El art. 52.c) ET. b) La concreción de la causa y su extensión restrictiva a las Administraciones Públicas. c) Un supuesto de *factum principis* o impedimento de la prestación de trabajo por la autoridad. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. a) Los efectos económicos de la prestación por desempleo. b) Prescripción de la causa motivadora del despido. c) Extensión del derecho de opción atribuido a los representantes de los trabajadores. d) Extensión de la garantía indemnizatoria del despido. **5. Despidos colectivos.** A) Concepto y causas. B) El expediente de regulación de empleo. Tramitación. **6. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **7. Calificación judicial del despido: procedencia. 8. Calificación judicial del despido: improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. a) Un despido fraudulento. b) El incumplimiento de las formalidades prescritas por la norma. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. c) Readmisión. **9. Calificación judicial del despido: nulidad.** A) Supuestos: los despidos discriminatorios o lesivos de algún derecho fundamental del trabajador. a) Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. b) Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Efectos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica, en la que se examinan alrededor de setenta sentencias, recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y el despido, emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de junio de 1998; del Tribunal Constitucional a partir de febrero de 1999; del Tribunal Supremo desde noviembre de 1998 y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia entre enero y abril de este último año, incluidas en los números 1 a 4 de 1999 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

La sistemática que en ella se sigue obedece al propósito de 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 al diseño de las tres categorías contempladas por el legislador, reseñando los aspectos que son objeto de especial atención, con mayor o menor profusión o intensidad, en la doctrina judicial. Se abordan después los aspectos relativos a la impugnación del despido, que comprenden tanto el ejercicio de la acción y las cuestiones que ésta plantea, como las diferentes calificaciones judiciales a que la misma puede dar lugar y las distintas consecuencias que de cada una de ellas deriva.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

Junto a algún pronunciamiento relativo a la rescisión indemnizada del contrato de trabajo por el trabajador a través del art. 50 ET que, por lo demás, concluye la inadmisibilidad del recurso planteado en casación para unificación de doctrina por falta de relación circunstanciada de la contradicción pretendida (**STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 20, Sala Cuarta), **la STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 1999**, I.L. J 102 (recurso 72/99) contempla un supuesto en que el actor causó baja voluntaria en la empresa durante el periodo en que percibía el subsidio por incapacidad temporal y resuelve que este derecho “no puede verse alterado por el posterior cese en el trabajo (...) por lo que le asiste el derecho al subsidio (e inherente asistencia sanitaria) (...); pues una cosa es la relación de trabajo y otra la relación de Seguridad Social (...)”.

La STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 1999, I.L. J 91 (recurso 7/99) enjuicia la dimisión de una trabajadora, al ser “la propia actora quien fijó como fecha de extinción de este nuevo periodo de contratación la de 18 de mayo de 1998 (...) y lo hizo para llevar un año trabajando y así poder cobrar la prestación por desempleo (...) y, fiel a su palabra, una vez llegada dicha fecha, y tras cobrar el salario correspondiente, firmó un finiquito dando por extinguida la relación laboral”. Su mayor virtualidad consiste en reproducir una reiterada doctrina sobre el carácter liberatorio de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que tiene el llamado “recibo de saldo y finiquito” para las partes, afir-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

mando que “el acuerdo que se plasma en el documento oportuno ha de estar sujeto a las reglas de la interpretación de los contratos que establecen los arts. 1281 y ss. del Código Civil, error, violencia, intimidación o dolo, en los términos y con los requisitos que expresan los arts. 1266 y 1270 del mismo Texto legal”, lo que no ocurre en el supuesto controvertido. A mayor abundamiento, la STS de 16 de marzo de 1999, I.L. J 459, Sala Cuarta, señala que el recibo de finiquito con el empresario anterior no acredita la terminación de la relación de trabajo, en cuanto continúa la misma.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Calificación de la relación jurídica y determinación de la Ley aplicable

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de marzo de 1999, I.L. J 422 (recurso 72/99), concluye la existencia de despido, tras examinar la concurrencia de uno de los presupuestos básicos para que tal categoría conceptual sea aplicable. Junto a otras cuestiones, como la legitimación pasiva necesaria para la debida constitución de la relación procesal, aborda la calificación jurídica de la relación que une al trabajador despedido, sacerdote diocesano y profesor de Colegio diocesano, con el Centro para el que presta servicios y razona cómo “además de la función pastoral (...) el recurrente (...) fue contratado a través de una oferta de empleo realizado por el citado colegio (...), suscribió sendos contratos de trabajo (...) y los servicios que viene prestando (...) al colegio (...) han de ser necesariamente calificados como de naturaleza laboral”, concluyendo en consecuencia la competencia de la jurisdicción laboral para conocer del asunto, así como la existencia de un despido que declara improcedente.

También en el plano de los presupuestos básicos para el enjuiciamiento del despido, la STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1999, I.L. J 542 (recurso 728/99), ante la existencia de un contrato celebrado en Madrid cuya prestación se realiza en la Embajada de España en Washington, se cuestiona la legislación aplicable al caso. Tras declarar de prioritaria aplicación el art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores “al ser el trabajador español”, deduce que “la relación del actor es laboral sólo a través de la superación del concurso que puso fin a su relación administrativa y dio comienzo a su relación laboral (...). El término “contratación” hay que entenderlo en su sentido de hecho constitutivo de la relación jurídica y en el caso de autos el lugar de contratación no puede ser otro que el de laborización que se efectuó en Madrid (...). Por tanto, resulta de aplicación al supuesto litigioso la legislación laboral española”; razón por la cual estima el recurso, devolviendo el procedimiento al juzgador de instancia a fin de que, partiendo de los hechos que basan esta decisión, resuelva el litigio conforme a la legislación laboral española.

b) El despido del trabajador en una ETT; de los trabajadores fijos discontinuos y en otros supuestos específicos

A dos supuestos específicos se refieren otras dos sentencias. En la primera de ellas, el actor concertó con la ETT demandada un contrato eventual por acumulación de tareas con una duración establecida, al que la empresa usuaria puso fin *ante tempus* debido a la finalización

de la causa de acumulación de tareas que lo motivó, por la caída de la cartera de pedidos. La **STS de 4 de febrero de 1999**, I.L. J 166, Sala Cuarta, señala cómo “el elemento temporal era esencial en la eventualidad, ya que no se pretende con ese contrato la realización de una obra o servicio determinado en que la duración está sometida a su cumplimiento (...) y éste a su vez (no está) condicionado por factores extraños, sino (por) la colaboración en la actividades normales de la empresa que deben estar programadas al menos por un periodo tan corto como el que permite su duración y que no debe alterarse por una imprevisión que no puede ser imputada al trabajador”. Partiendo de ello, argumenta que “el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador que ha de prestar servicios en la empresa usuaria puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición”; pero “el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal”. Aun cuando el art. 41 del Convenio aplicable autoriza la extinción anticipada en tales casos, “esa autorización no puede prevalecer sobre la garantía de estabilidad que la norma estatal establece (...) y que por su función constituye un mínimo necesario, que no resulta disponible *in peius* para la autonomía colectiva”; por lo que la extinción contractual practicada es calificada como un despido improcedente.

La segunda de ellas hace referencia a la contratación de trabajadoras fijas discontinuas. La **STSJ de Murcia de 26 de enero de 1999**, I.L. J 64 (recurso 1651/98), descarta la existencia de despido cuando “no se trata de una falta de llamamiento” sino de un “problema de confección de listas para el llamamiento” y “excluye que se pueda hablar de despido con anterioridad a la aprobación definitiva de éstas”.

En lo que se refiere al contrato temporal con periodo de prueba, la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 303 (recurso 5394/98), declara la existencia de un despido cuando se produce la extinción contractual en el plazo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, al entender que prevalece el plazo de duración señalado en el Convenio Colectivo sobre el fijado en aquél.

Otras relaciones de trabajo con especialidades en materia de despido son objeto de atención en diferentes sentencias. La **STS de 4 de enero de 1999**, I.L. J 14, Sala Cuarta, señala cómo “la regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el art. 11 del RD 1382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al art. 56 ET, por lo que dicha normativa estatutaria es inaplicable y (...) la relación de trabajo de alta dirección es una relación singular, dotada por ello de un régimen especial de extinción, cuyos rasgos principales son la aceptación de desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común que condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la dirección de excluir para este personal la indemnización de salarios de tramitación”. Al despido del personal al servicio de la administración pública se refiere la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999**, I.L. J 108 (recurso 1608/98); en tanto que sobre el de los representantes de personal se pronuncia la **STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999**, I.L. J 336 (recurso 3444/97), en relación con la opción ejercitable por éstos en caso de improcedencia del despido o su

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

prioridad de permanencia en la empresa frente al mismo, y la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999, I.L. J 388 (recurso 519/99), relativa a la necesidad de incoar expediente disciplinario. No obstante, se volverá sobre ellas con mayor detalle en los epígrafes correspondientes.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

De las diferentes causas contenidas en el art. 54 ET, la STSJ de Aragón de 20 de enero de 1999, I.L. J 228 (recurso 1163/98), enjuicia un supuesto de disminución continuada y voluntaria del rendimiento [art. 54.2.e)] como causa de despido disciplinario. Existiendo en el caso de autos determinación de objetivos, dada “la práctica esterilidad de rendimientos”, se declara la procedencia del despido, “por cuanto los objetivos han sido frontalmente incumplidos, en términos casi absolutos, siendo perfectamente razonable anular esta ausencia de resultados, merecedora de la sanción prevista en la norma legal, impuesta por la empresa recurrente”.

De la transgresión de la buena fe contractual, tipificada como causa de despido en el art. 54.2.d) ET, se ocupan las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999, I.L. J 388 (recurso 519/99) —en que se acusa al actor de hacer “caso omiso de las órdenes dadas por el empresario en el sentido de que quedaba prohibido coger dinero de las cajas, comprar productos de la tienda y consumir carburantes a crédito tanto para uso propio como de sus compañeros (...)” y el despido es declarado improcedente—, y 22 de marzo de 1999, I.L. J 386 (recurso 378/99) —en la que no se acreditan, y por tanto el despido es asimismo improcedente, las “gravísimas irregularidades” imputadas al actor en el desempeño de su actividad y en concreto “en relación a los reintegros de cuentas de clientes que usted atendía en sus visitas periódicas a clientes residentes en diversas poblaciones cercanas a Ponferrada”—. También, la STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 1999, I.L. J 532 (recurso 8345/98) —que declara procedente el despido de la trabajadora que usaba el teléfono de la empresa para cuestiones particulares—; la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999, I.L. J 430 (recurso 192/99) —que estima la procedencia del despido de quien por error en la confección de las nóminas percibió una cantidad indebida, sin ponerlo en conocimiento del departamento correspondiente y retirando paulatinamente el dinero ingresado en su cuenta— y la STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999, I.L. J 271 (recurso 6791/98) —que declara procedente el despido del trabajador que incumple la normativa interna de la empresa sobre incompatibilidad al “desempeñar simultáneamente a la prestación de servicios para su empresa la titularidad de una expendeduría de tabacos”—.

La última de estas sentencias, al subsumir los hechos declarados probados en el contenido del art. 54.2.d) ET estima que “se trata de una conducta continuada que se mantuvo oculta a los ojos de la dirección de la empresa”, que “no es posible consentir y tolerar una práctica aunque sea en sí ilícita para después sin previo aviso sancionarla bajo un pretendido incumplimiento contractual” y que “la fecha en que se inicia el cómputo de la pres-

cripción (de la falta) no es aquella en la que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que cuando los hechos lo requieran, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos”.

B) La forma del despido

La STSJ de La Rioja de 29 de abril de 1999, I.L. J 262 (recurso 81/99), partiendo del contenido del art. 55.1 ET, según el cual “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos” y del art. 105.2 LPL por cuya virtud “para justificar el despido al demandado no se le admitirán en juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”, trayendo a colación una abundante jurisprudencia al respecto, expresa que:

“La razón de ser de la carta o comunicación escrita del despido es la exigencia de una exteriorización o manifestación del querer resolutorio por parte del empresario, y por otra parte, esta vez dada la perspectiva del trabajador, la de tener un conocimiento exacto y completo de los hechos alegados por aquél, como motivo resolutorio: de manera que pueda preparar su posible impugnación, sin que sea admisible que posteriormente se viera sorprendido por la alegación de otros hechos o causas no alegados anteriormente, y para cuya refutación no hubiera podido prepararse (...). Por otra parte, también es cierto que la carta de despido, para ser eficaz ha de expresar los hechos que motivan la sanción, no con una vaga y abstracta cita, aunque tampoco con detalle pormenorizado, bastando que los refiera en términos suficientes para que el destinatario se entere de los que se le atribuyen. Y también es cierto que es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que puntualiza que si el despedido conocía todas las circunstancias precisas para su adecuada defensa frente al empleador, cualquier posible defecto de la carta de despido no es decisivo; de modo que la omisión de algún aspecto en la carta de despido sólo acarrea su invalidez si genera efectiva indefensión.”

Como quiera que en el supuesto enjuiciado “la carta de despido adolece de tal vaguedad que ha producido una efectiva indefensión al actor recurrente (...) debe considerarse que tal despido es improcedente”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas

a) Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El art. 52.c) ET

De entre la diversidad de causas que, conforme a lo dispuesto en el art. 52 ET, fundan la extinción por circunstancias objetivas, la que capta la atención de un mayor número de

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

sentencias es la contenida en el apartado c) del mencionado artículo –“la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo”–. Sobre ella se pronuncia la STSJ de Navarra de 22 de enero de 1999, I.L. J 104 (recurso 5/99), explicando que son tres los elementos integrantes del precepto:

“El primero, la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable, entre otras, en la eficacia de la empresa (carencia o necesidad de ‘una más adecuada organización de los recursos’) en el ámbito de afectación, también entre otros, de la esfera de los sistemas y métodos del trabajo del personal (‘causas organizativas’) correspondiendo su prueba al empresario, mediante la concreción reflejada normalmente en cifras o datos desfavorables de producción o de costes, de factores o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto a los competidores, obsolescencia o pérdida de cuotas de mercado de los productos o servicios, etc., el segundo, la amortización de uno o varios puestos de trabajo que, en el caso de que no conduzca al cierre de la explotación, ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, y 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 en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos que, en el supuesto en que la amortización, pretenda sólo la reducción de la plantilla, ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de los despidos acordados para conseguir la superación de aquélla (...) que ha de apreciarse en concreto respecto a cada uno.”

Sobre el segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describe en el art. 52.c) –amortización de uno o varios puestos de trabajo– (igualmente válido para el art. 51.1 ET) insiste la STS de 8 de marzo de 1999, I.L. J 206, Sala Cuarta, al afirmar que:

“Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen ‘la plantilla de la empresa’; y puede consistir, asimismo, en la supresión de la ‘totalidad’ de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma, pero sin trabajadores asalariados a su servicio. Y en cuanto a la conexión funcional entre la causa económica y el cierre de la explotación señalaba que tal conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes.”

b) La concreción de la causa y su extensión restrictiva a las Administraciones Públicas

Pero, el alcance de la causa objetiva es objeto de matización por alguna otra sentencia.

En lo relativo a su concreción, al contenido de la reseñada STSJ de Navarra de 22 de enero de 1999, I.L. J 104 (recurso 5/99), debe añadirse que “no hay disposición legal alguna

que obligue a la empresa a aportar un concreto y determinado medio de prueba para acreditar la realidad de los datos económicos que se alegan para justificar su decisión” extintiva, y por tanto ésta es procedente “aun incluso cuando al propio Tribunal pudiera parecerle escaso el acervo probatorio aportado por la empresa para cumplir con la obligación de acreditar los hechos que conforme al principio de distribución de la carga de la prueba le corresponden” (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999, I.L. J 270, recurso 6247/98).

De otra parte, “una norma de este tipo se ha dictado pensando exclusivamente en las empresas que actúan en el mercado teniendo como finalidad exclusiva la obtención de beneficios con el desarrollo de su actividad mercantil. No es ésta la finalidad de un Ayuntamiento (...) y en este contexto es de muy difícil encaje una previsión legal como la contenida en los arts. 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores cuya finalidad no es otra que la de intentar mantener la actividad de la empresa y con ello el empleo existente en la misma articulando un mecanismo que permita al empresario la resolución de determinados contratos de trabajo para de esta forma superar la situación económica negativa que hace peligrar la propia existencia de la empresa o aquellas dificultades que impiden su buen funcionamiento “ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda y que a la larga podrían igualmente perjudicar el sostenimiento y viabilidad de la actividad empresarial” (...). Pero si partimos del sometimiento de las Administraciones Públicas a la legislación laboral para contratar no hay razón para que deba excluirse la aplicación de la misma para extinguir los contratos (...) y la correcta aplicación de ambos principios nos lleva a la conclusión de admitir la posibilidad de que también las Administraciones y Organismos Públicos puedan acogerse a la extinción de los contratos de trabajo por las causas que regulan los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, pero siendo rigurosamente restrictivos en su aplicación”, STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 1999, I.L. J 531 (recurso 6807/98); lo que lleva al Tribunal a declarar los despidos improcedentes porque la extinción contractual no deriva de la “posición competitiva en el mercado” o de “exigencias de la demanda” que permitan considerar justificada la medida.

Por último, la “extinción por causas objetivas, sea plural o colectiva es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinoso y cuya permanencia en el mercado no es posible. El legislador, de esta forma soluciona el problema del fin de estas empresas no viables de manera todo lo satisfactoria que es posible para ambas partes en el contrato”; de manera que “no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún otro precepto que provea solución a esta necesidad” (STS de 8 de marzo de 1999, I.L. J 206, Sala Cuarta).

c) Un supuesto de *factum principis* o impedimento de la prestación de trabajo por la autoridad

Especial mención merece la STS de 10 de marzo de 1999, I.L. J 214, Sala Cuarta, –que no obstante cuenta con un voto particular al que se adhieren dos Magistrados más–, cen-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

trada en el encuadramiento de la extinción del contrato de trabajo por acto de la autoridad judicial entre la categoría conceptual del despido que ahora nos ocupa. Conforme a su tenor literal “De la nulidad declarada por sentencia firme de las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública deriva lógicamente la extinción del contrato o de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases”. Y para llevar a efecto tal extinción “no es preciso ejercitar la acción de nulidad del contrato de trabajo (...) sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos y actos extintivos previstos en el art. 49 ET. A falta de cláusula o pacto resolutorio en tal sentido en el contrato de trabajo y a falta de mutuo acuerdo de las partes, los actos extintivos en los que ha de encajarse el acuerdo unilateral de extinción (...) son la extinción por fuerza mayor que imposibilita definitivamente la prestación de trabajo [art. 49.1.h) ET] y las causas objetivas legalmente procedentes (art. 49.1.1 ET). Doctrina científica y jurisprudencia coinciden en que el impedimento de la prestación de trabajo por acto de la autoridad o *factum principis* (...) constituye una causa de extinción (o en su caso de suspensión del contrato de trabajo equiparable a la fuerza mayor. Esta equiparación supone que el empresario laboral, que debe cumplir la orden o resolución correspondiente (...) debe utilizar para el cumplimiento de la misma o bien la vía del art. 51 del ET, cuando se superan los umbrales numéricos previstos en el parrafo 1 de dicho precepto legal, o bien más habitualmente la vía del art. 52.c) del ET cuando se trata de extinciones contractuales por debajo de dichos límites”. Por ello, “la conducta que debió observar la entidad empleadora es la de comunicar el acuerdo de ejecución de la sentencia anulatoria y la consiguiente extinción del contrato de trabajo por acto de la autoridad judicial con base al art. 52.c) del ET que es aplicable en este caso cumpliendo los requisitos de forma del art. 53 del ET. Siendo así que algunos de los requisitos exigidos en dicho precepto, como el de la puesta a disposición del trabajador de una indemnización de 20 días por año de servicio no se han cumplido”, procede la calificación de nulidad de la extinción acordada.

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

El contenido de la STSJ de La Rioja de 29 de abril de 1999, I.L. J 262 (recurso 81/99), en lo relativo a la necesidad y contenido de la carta de despido –aunque no sobre la declaración de improcedencia del despido en su defecto– es comúnmente aplicable al despido por causas objetivas, lo que obvia su reproducción.

a) Los efectos económicos de la prestación por desempleo

La STS de 27 de enero de 1999, I.L. J 44, Sala Cuarta y la STSJ de Asturias de 15 de enero de 1999, I.L. J 149 (recurso 1665/98) se cuestionan “la fecha de inicio de la prestación contributiva de desempleo cuando se produjo una decisión empresarial de extinción del contrato por causas económicas o asimiladas (despido objetivo)” y ambas concluyen que los efectos económicos de la prestación comienzan desde la fecha del despido, razón por la cual, añade la primera de ellas, “será desde aquella fecha desde la que tendrían derecho (los trabajadores) a percibir las correspondientes prestaciones”.

b) Prescripción de la causa motivadora del despido

En lo relativo a la prescripción de la causa que funda el despido, la **STSJ de Barcelona de 15 de enero de 1999**, I.L. J 263 (recurso 527/98), señala que “los plazos que establece el art. 60.2 del ET marcan de modo exclusivo el tiempo hábil de que dispone el empresario para actuar su potestad disciplinaria, por lo que no rigen para el ejercicio de facultades distintas, como es la de poner fin a la relación laboral por causas objetivas con apoyo en el art. 52.d) del ET, la cual en defecto de previsión específica, ha de entenderse que está sometida al plazo de un año que determina el art. 59 con carácter general para todas las acciones que derivan del contrato de trabajo (...). Que contra la decisión empresarial de extinguir el contrato quepa luego recurrir como si de un despido disciplinario se tratase, a tenor del art. 53.e) del ET (...) no tiene otro alcance que asimilar el régimen de la acción de impugnación del trabajador, tanto por lo que respecta a las condiciones reguladoras del ejercicio de la misma, como a las consecuencias que produce su acogida (art. 53.5) (...); pero ni tal mandato legal convierte la decisión extintiva en un despido propiamente dicho, ni significa en manera alguna que la misma se encuentre sujeta al dictado de normas sustantivas previstas singularmente en materia disciplinaria”.

c) Extensión del derecho de opción atribuido a los representantes de los trabajadores

Como expresamente indica la **STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999**, I.L. J 336 (recurso 3444/97), “la regla de opción al representante de los trabajadores entre la readmisión o la indemnización por despido se aplica siempre que haya sido ésta la calificación del despido, siendo indiferente en este punto la causa que ha conducido a tal calificación judicial de la extinción del contrato” y ello:

“porque así se desprende de la interpretación concordada y sistemática de los arts. 110.2 y 124 del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, pues la regulación de la decisión extintiva improcedente se remite en este último, situado en el capítulo IV del título II de la Ley que trata de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y otras causas de extinción, a lo dispuesto para el despido disciplinario; de modo que el hecho de la representante legal despedida lo fuera por causas objetivas, no impide otorgarle la opción de referencia, sin dar lugar a la nulidad solicitada del despido por infracción del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores por discriminación pues no se desvirtúa lo manifestado en la sentencia recurrida (fundamento de derecho décimo) al declarar que no hay presunción o apariencia de discriminación en el despido objetivo enjuiciado”.

d) Extensión de la garantía indemnizatoria del despido

Las **SSTS de 14 de abril, 15 de marzo, 4 de febrero y 4 de enero de 1999**, I.L. J 559, 451, 408 y 13, Sala Cuarta, al resolver supuestos a los que no resultaba de aplicación la Ley 60/1997 por no hallarse todavía en vigor, se cuestionan si “la garantía legal del Fondo de Garantía Salarial prevista en el art. 33.3 ET para los supuestos de despidos de trabajadores por circunstancias técnicas, económicas, organizativas o productivas e insolvencia

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

del empleador es aplicable no sólo a los que en virtud de aquellas causas extinguieron su trabajo por la vía del despido colectivo del art. 51 ET, sino también a los que cesaron por extinción objetiva del contrato de trabajo, por las mismas causas, pero conforme a mecanismos del art. 52.c) ET”. Y la respuesta de todas ellas, reproduciendo la ya consolidada doctrina del TS al respecto —que no se reproduce aquí por su abundante reiteración y perecedera aplicación en el futuro tras la aprobación de la citada Ley—, coincide en afirmar que la cuestionada responsabilidad del FOGASA “alcanza no sólo los supuestos de cese de los arts. 50 y 51 ET, sino también, los de extinción objetiva del art. 52.c)”.

5. DESPIDOS COLECTIVOS

A) Concepto y causas

Sin perjuicio de la doctrina contenida en algunas de las sentencias ya reseñadas a propósito del despido por circunstancias objetivas —ex art. 52.c) ET— que es común, en los términos expuestos, al art. 51 ET, conviene mencionar la **STS de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 206, Sala Cuarta, que en términos generales y con referencia específica a este último precepto indica que “el despido es colectivo cuando la extinción de los contratos de trabajo (...) afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las causas que el precepto señalaba”.

B) El expediente de regulación de empleo. Tramitación

Ante la extinción de la relación laboral en los supuestos de despido colectivo, el procedimiento administrativo es el contemplado en el art. 51 ET. En la **STS de 17 de marzo de 1999**, I.L. J 465, Sala Cuarta, se resuelve la “demanda de una trabajadora que no discrepa de la decisión de la autoridad laboral autorizando la extinción del contrato de un volumen determinado de trabajadores” (...) ni se opone a que la misma se lleve a cabo por la empresa (...). La actora a lo que se opone es a figurar en una lista de trabajadores presentada “a posteriori” y lo hace sobre la consideración de que la decisión empresarial de prescindir de sus servicios no se acomoda a las previsiones de aquella decisión administrativa”. La cuestión principal, por tanto, se centra en dilucidar cuál sea la jurisdicción competente para conocer del asunto.

Pues bien, la distribución de la competencia en esta concreta materia entre el orden contencioso-administrativo y el social se viene decidiendo conforme a los criterios contenidos en la STS de 25 de junio de 1996 y el auto del mismo Tribunal de 8 de marzo de 1991. “De ambas resoluciones básicas se desprende que en esta materia de naturaleza sustancialmente laboral, la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo ha venido determinada, en resumen, por el hecho de que, de acuerdo con la normativa laboral aplicable, la resolución administrativa ha incluido tradicionalmente el listado de los tra-

bajadores afectados por el expediente, razón por la que cualquier pretensión de exclusión o de discusión sobre el alcance de ese listado afectaba a la propia decisión administrativa. Sobre dicha base era lógico que se excluyera del conocimiento de la jurisdicción del orden social toda pretensión que contradijera el contenido de aquella resolución en cuanto que, en todo lo referente a su contenido, estaba acotada a favor del orden contencioso la competencia para conocer de la impugnación de cualquier acto o resolución administrativa, de conformidad con lo que disponía el artículo 1 de la entonces vigente Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del año 1956, y con lo que en el mismo sentido decía y dice el artículo 3 de la LPL. Pero, como decía el auto de 1991 citado, todos los problemas de ejecución de aquellas decisiones, en cuanto afectaran exclusivamente a los intereses de empresa y trabajadores serían de la competencia del orden social por no suponer impugnación de ningún acuerdo de la Administración (cuantía de la indemnización, problemas de prejubilación, desempleo, etc.)”. Y aplicando todo ello, al caso de autos, el Tribunal concluye que “en este concreto supuesto la competencia para conocer de la demanda que dio origen a las presentes actuaciones corresponde al orden jurisdiccional social”.

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

A) La caducidad de la acción

La impugnación de la decisión extintiva empresarial y “toda reclamación por indemnización a causa de despido debe canalizarse necesariamente a través de la modalidad procesal establecida expresamente con tal fin”, según la **STSJ del País Vasco de 13 de abril de 1999**, I.L. J 615 (recurso 42/99). Dicha modalidad comienza con el ejercicio de la acción cuyo plazo es de veinte días hábiles, teniendo en cuenta que “el día inicial de cómputo (...) lo constituye el siguiente a aquel en que se pone en conocimiento del trabajador la decisión empresarial (...) cualquiera que sea la forma en que se haga (...) incluidos los casos en que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal en la fecha en que el empresario decide poner fin a la relación laboral que les une (...) en los que ese día inicial de cómputo del fatal plazo no se altera” (**STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 372 (recurso 3399/98)).

Según esta última sentencia, “en su cómputo no se incluyen los domingos ni los días festivos (art. 182.1 LOPJ), como tampoco los días que van desde que se presenta la papeleta de conciliación hasta aquél en que el acto acontece –salvo que tenga lugar transcurridos más de 15 días hábiles desde la interposición de aquélla, en cuyo caso será hasta el decimoquinto día inclusive– (arts. 59.3 ET y 65.1 LPL), ni el día de notificación del despido, pero sí el de presentación de la demanda (art. 303 LECv), quedando suspendido dicho plazo, igualmente, por el tiempo transcurrido desde que el trabajador solicita nombramiento de abogado de oficio hasta que se accede a ello y se pone en conocimiento del abogado afectado (art. 21.5 LPL)”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Tales criterios sobre cómputo de la caducidad y su suspensión por la presentación de la papeleta de conciliación extrajudicial son compartidos por la doctrina judicial mayoritaria y en particular por la STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999, I.L. J 296 (recurso 2767/98), la STSJ de Murcia de 2 de marzo de 1999, I.L. J 358 (recurso 1636/98), que admite la inexistencia de la caducidad ante la presentación de la papeleta de conciliación en lugar de la reclamación previa correspondiente y la STS de 17 de febrero de 1999, I.L. J 414, Sala Cuarta, según la cual además, el órgano jurisdiccional que conoce de una demanda de despido es competente para conocer directamente de las posibles causas que concurrieron para justificar la incomparecencia de los demandantes al preceptivo acto de conciliación previo. En todo caso, como se desprende de la STS de 29 de marzo de 1999, I.L. J 497, Sala Cuarta, no cabe alegar o estimar la caducidad de la acción en suplicación cuando no ha sido objeto de debate en la Instancia.

B) El procedimiento por despido

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 1999, I.L. J 608 (recurso 487/99), analiza la concurrencia de un procedimiento por despido con otro de resolución contractual indemnizada a instancia del trabajador conforme al art. 50 ET. El “tema, (...) fuente de múltiples problemas (...) a los que debe añadirse la distinta eficacia de las sentencias a dictar en tales procedimientos, ya que la del despido (...) posee naturaleza declarativa, en tanto que la que recaiga en procedimiento por alguna de las causas del art. 50 del Estatuto posee eficacia constitutiva”, se resuelve admitiendo “la necesidad de que se dicte sentencia, pese a seguirse simultáneamente procedimiento por despido, por imperativo de los arts. 24.1 de la CE, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) y de (...) acumulación de ambos procedimientos con debate de todas las cuestiones en un solo juicio”; precisando que “en supuestos de actuaciones del trabajador o empleador encaminadas a enervar la acción de la otra parte mediante una actuación propia, el criterio a seguir ha de ser el de dar preferencia a quien actuó de buena fe, en tanto que en los supuestos en que la actuación de cada una de las partes lo sea por motivos independientes de los de la otra habrá de estarse a la acción primeramente ejercitada, entendiéndose referido dicho momento al de presentación de la reclamación pertinente ante los órganos administrativos de mediación, seguida de la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Junto a los supuestos ya referenciados, en que los Tribunales declaran la procedencia del despido, ya sea éste disciplinario –STSJ de Aragón de 20 de enero de 1999, I.L. J 228 (recurso 1163/98), sobre disminución voluntaria y continuada de rendimiento; SSTSJ de Cataluña de 11 de enero y 11 de marzo de 1999, I.L. J 271 y 532 (recursos 6791 y 8345/98); STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999, I.L. J 430 (recurso 192/99), dictadas en supuestos de transgresión de la buena fe contractual– o basado

en circunstancias objetivas –**STSJ de Asturias de 15 de enero de 1999**, I.L. J 149 (recurso 1665/98); **STS de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 206, Sala Cuarta; **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999**, I.L. J 270 (recurso 6247/98)–, conviene mencionar dos pronunciamientos que revisten cierta singularidad sobre los anteriores. El primero de ellos porque, para llegar a la declaración de procedencia del despido, discierne entre la voluntad extintiva empresarial y la pretendida baja voluntaria del trabajador, concurriendo ambas formalmente, y el segundo porque, siendo el despido disciplinario una sanción, el Tribunal entra a valorar la facultad empresarial de imponer la que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora de faltas y sanciones y en definitiva se acoge a la, ya muy extendida y aceptada por nuestros Tribunales, “tesis gradualista” en la imposición de sanciones.

Los hechos declarados probados de la **STSJ de Madrid de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 309 (recurso 6809/98), reflejan que “la empresa imputó al trabajador la apropiación de una determinada cantidad de dinero (...) en una reunión mantenida por aquél con el representante de la demandada y (...) de la empresa, en la que el trabajador atendió a la petición de éstos de que firmara por dicho motivo su baja voluntaria”. “No hubo coacción al actor para que firmara dicha baja”; pero “la decisión extintiva no partió del trabajador sino que fue tomada por la empresa”. En consecuencia –razona el Tribunal–, “la firma por el trabajador de su baja voluntaria no es sino su conformidad con la decisión extintiva empresarial asumiendo la procedencia del despido, con la pretensión por su parte de zanjar la cuestión y pasar a percibir la prestación por desempleo (...) siendo evidente que la ruptura del vínculo laboral no se produce por la voluntad del trabajador, sino por la de la empresa (...) renunciando a litigar con la empresa en la confianza de que conlleva su situación legal de desempleo, de lo que se sigue que la intención del actor no era causar baja voluntaria, mera fórmula aparente impuesta por la patronal, sino conformarse con la procedencia del despido del que era objeto y por tanto no puede considerarse el despido como improcedente, al haber reconocido el actor su procedencia”.

La **STSJ del País Vasco de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 367 (recurso 2967/98), acudiendo a la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la igualdad, descarta que en el supuesto controvertido, en que “por unos mismos hechos a un trabajador se le despidiera y a otro se le impusiera la sanción más leve por falta muy grave”, se haya producido discriminación al partirse de situaciones diferentes. Por tanto, del plano de la igualdad se pasa al de la excesiva desproporción entre ambas sanciones, en el entendimiento de que, cupiendo distinta sanción lo que no cabe es semejante desproporción. Y considera la Sala “razonable que tanto la antigüedad como la categoría profesional sean factores que se consideren en general para graduar la sanción a imponer, de conformidad con la teoría gradualista”. “Si se parte de la efectiva comisión de una falta muy grave de las previstas en convenio (...) y dentro del cuadro de sanciones que se prevén para las mismas se fija el despido (...) no cabe reducirla por entenderla excesiva, aun cuando el Tribunal entendiera la conveniencia de sanción menos grave, pues así lo impone la doctrina del Tribunal Supremo”, según la cual “el Juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas alegadas (art. 54 ET) y, para ello tiene que examinar la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

adecuación de las conductas imputadas a la descripción de faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso y, si los incumplimientos no encajan en los supuestos tipificados como falta muy grave sancionable hasta con el despido, debe declarar la improcedencia del mismo por haber sido calificada la falta inadecuadamente por el empresario. Pero si ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la sanción impuesta pues, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 58 ET, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones (...).”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

Además de las reseñadas sentencias que concluyen con una declaración de improcedencia del despido –por todas, SSTS de 4 de enero, 4 y 12 de febrero y 22 de marzo de 1999, I.L. J 4, 166, 173 y 224, Sala Cuarta; STSJ de Navarra de 22 de enero de 1999, I.L. J 104 (recurso 5/99); STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999, I.L. J 303 (recurso 5394/98); STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 1999, I.L. J 110 (recurso 1391/98); STSJ de Aragón de 31 de marzo de 1999, I.L. J 122 (recurso 172/99); STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999, I.L. J 123 (recurso 27/99); SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 y 31 de marzo de 1999, I.L. J 422 y 429 (recursos 72 y 191/99),– es preciso traer a colación otros pronunciamientos que en alguna ocasión puedan ser ilustrativos de supuestos específicamente determinantes de la improcedencia –aun cuando con anterioridad a las últimas reformas legislativas lo fueran de la nulidad–, que en otro caso evidencian la ausencia de requisitos formales de la que aquélla trae su causa, o que se centran en las consecuencias derivadas de dicha declaración judicial.

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

a) Un despido fraudulento

La STSJ del País Vasco de 29 de enero de 1999, I.L. J 299 (recurso 2605/98), juzga un caso en que, por virtud de lo dispuesto en el art. 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio –reguladora de las ETT–, al continuar el trabajador prestando servicios para la empresa usuaria una vez finalizado su contrato, se le considera vinculado a la misma por un contrato indefinido. Y a esta circunstancia que “se tiene como probada (...) se añade la fundamentación de haber sido declarada la relación como fraudulenta y por ello la aplicación del art. 15.3 ET. Al declararse la extinción de un contrato indefinido (...) sin causas de tal terminación, es evidente que entre el juego de los supuestos a que se refiere el art. 55.4, párrafo segundo ET (...) debe la Sala confirmar la sentencia que declara la improcedencia de la extinción acordada por la empresa”.

b) El incumplimiento de las formalidades prescritas por la norma

El supuesto más claro de improcedencia por defectos de forma, hoy circunscrito a los despidos disciplinarios ex art. 55.4 ET, es el despido verbal (**STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 380 (recurso 268/99), o aquel en que “la carta de despido adolece de tal vaguedad, que ha producido una efectiva indefensión al actor recurrente” (**STSJ de La Rioja de 29 de abril de 1999**, I.L. J 262 (recurso 81/99)). También los supuestos en que, siendo el trabajador representante de personal, se omite la incoación de expediente disciplinario. Tal es el caso de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999**, I.L. J 388 (recurso 519/99), en que “el derecho empresarial a sancionar se había extinguido cuando se entregó la segunda de las cartas de despido (...) por la sencilla razón de que el empleador dejó transcurrir el plazo de veinte días del art. 55.2 del Estatuto, así como el de siete días del art. 110.4 de la Ley Procesal Laboral, sin haber procedido a la incoación del expediente disciplinario correspondiente”.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La opción que el art. 56 ET atribuye al empresario, es trasladada al trabajador cuando éste sea representante legal de los trabajadores o delegado sindical (art. 56.4 ET). Y con toda claridad, la **STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999**, I.L. J 336 (recurso 3444/97) —a la que ya se ha hecho referencia— señala cómo “la regla de opción al representante de los trabajadores entre la readmisión o la indemnización por despido se aplica siempre que haya sido ésta la calificación del despido, siendo indiferente (...) la causa que ha conducido a tal calificación judicial de la extinción del contrato de trabajo”.

a) La indemnización: cuantía y cálculo

Junto a algunas sentencias que únicamente se cuestionan la rectificación numérica de la cuantía de la indemnización sin expresar criterios generales sobre aquélla o su cómputo (**STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de marzo de 1999**, I.L. J 386, —recurso 378/99—), conviene reseñar el contenido de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 380 (recurso 268/99), conforme a la cual “para cuantificar las consecuencias económicas que siguen del despido improcedente debe atenderse al salario que legalmente correspondía percibir al trabajador en la fecha en que se adoptó dicha decisión extintiva de su vínculo contractual y no al que, de manera arbitraria, se le venía abonando por la empleadora”, o la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 303 (recurso 5394/98) al afirmar que “la cuantía de la indemnización (es) la equivalente al tiempo de servicios prestados”; criterio este último que se explicita por las **SSTS de 16 de abril y 16 de marzo de 1999**, I.L. J 563 y 459, Sala Cuarta, precisando que “cuando a una declaración de despido improcedente han precedido varios contratos temporales, la indemnización legal de cuarenta y cinco días por año de servicios ha de calcularse tras una consideración conjunta y global de todos estos contratos y no tras el análisis único del último concluido” y que “en caso de subrogación legal o convencional en la posición

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

de empresario de quien no lo ha sido inicialmente”, “debe computar (...) todo el transcurso de la relación contractual de trabajo”. Y a estos efectos es irrelevante que la empresa sucesora continúe la actividad en un centro de trabajo pues la sucesión se produce en la actividad desarrollada (STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999, I.L. J 429, recurso 191/99).

Por lo demás, el abono de la citada indemnización corresponde solidariamente a las empresas que constituyen un grupo (STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 1999, I.L. J 110, recurso 1391/98); pero la solidaridad en el pago se descarta cuando no existe sucesión empresarial sino finalización de una contrata y entrada de un nuevo empleador (STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999, I.L. J 123 recurso 27/99). En las empresas de menos de 25 trabajadores, el abono del 40 por ciento de la indemnización legal con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario exceda del duplo del salario mínimo interprofesional, puede ser abonada por el FOGASA en los supuestos de insolvencia empresarial (STS de 15 de marzo de 1999, I.L. J 451, Sala Cuarta) y “el trabajador puede reclamar prestaciones del Fondo (...) desde la fecha de notificación del auto declarativo de la insolvencia empresarial”, sin necesidad, por tanto, de que el auto haya ganado firmeza (STSJ de Andalucía (Málaga) de 5 de marzo de 1999, I.L. J 520, recurso 1367/98).

b) Salarios de tramitación

Junto a la correspondiente indemnización, el trabajador despedido improcedentemente tendrá derecho a percibir una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento; salvo que se trate de una relación de trabajo sometida a regulación especial, como es el caso del personal de alta dirección que está excluido del devengo y abono de los salarios de tramitación (STS de 4 de enero de 1999, I.L. J 14, Sala Cuarta).

La STS de 22 de marzo de 1999, I.L. J 225, Sala Cuarta, atribuye a estos salarios “naturaleza indemnizatoria”, y afirma que respecto de ellos cabe el descuento no sólo como consecuencia del empleo o colocación en otra empresa, sino también por el trabajo por cuenta propia, al tiempo que la STS de 29 de marzo de 1999, I.L. J 497, Sala Cuarta, afirma que la responsabilidad solidaria en supuestos de subcontratación, no alcanza a los salarios de tramitación.

Ahora bien, el art. 56.2 ET ofrece la posibilidad de limitar dichos salarios desde la fecha del despido hasta la fecha de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización contenida en el art. 56.1.a) ET depositándola en el Juzgado de lo Social en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación. Y según razona la STSJ de Aragón de 31 de marzo de 1999, I.L. J 122 (recurso 172/99), esta consignación, de una parte, comprende la indemnización y los salarios de trámite y, de otra parte, “en función de la razonabilidad (...) un desajuste de la cuantificación no impide la limitación de salarios de trámite de la norma, si hay una motivación que descarte una actitud incumplidora”.

Más explícitamente, la STS de 23 de abril de 1999, I.L. J 570, Sala Cuarta, argumenta en favor de esta tesis:

“Una interpretación textual y la letra del precepto pudiera dar a entender que el ofrecimiento y consiguiente depósito en el Juzgado de lo Social, cuando fuera rechazado su recibo por el trabajador, se refiere exclusivamente a la cantidad señalada en el párrafo a) del número 1 del artículo 56 comentado, pero la Sala, en la sentencia elegida para demostrar la contradicción, acudió al criterio sistemático y finalista de la norma en su conjunto, y al respecto declaró que el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores preceptúa en su ordinal I, que caso de despido improcedente en que el empleador opte por la indemnización, ésta comprenderá, párrafo a), una indemnización de 45 días por año de servicio y, párrafo b), una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido. Si el contenido, pues, de la sentencia condenatoria debe abarcar ambos conceptos, que tienen, igualmente, el carácter de indemnizatorios, no se comprende bien la razón por la que el acto de conciliación administrativa, cuya finalidad es precisamente evitar el proceso, elimina uno de los conceptos que con carácter indemnizatorio deben integrar el contenido de la sentencia declarativa de la improcedencia del despido.

La interpretación contraria conduciría al absurdo de eliminar, *a priori*, en un acto de conciliación, concebido como instrumento de evitación del proceso y de una sentencia que ponga fin al mismo, el aseguramiento de uno de los elementos indemnizatorios –salarios de tramitación– que integra junto con el de la indemnización –cuarenta y cinco días por año de antigüedad– el contenido obligatorio de la sentencia declarativa de la improcedencia del despido. Ello conduciría, además, a una inadecuación entre la oferta del empresario y la aceptación del despedido, con la consecuencia lógica, no querida por el legislador, de vaciar de contenido aquella finalidad de evitar el proceso judicial mediante el acto de conciliación administrativo, en cuanto muy difícilmente el trabajador prestaría el consentimiento a una oferta que no comprenda el contenido íntegro de la obligación impuesta ‘*ex lege*’ al despido improcedente.

A la misma conclusión de comprender implícitamente los salarios de tramitación en la consignación de referencia, se llega aplicando preceptos del Código Civil. El artículo 1176 situado bajo la rúbrica del ofrecimiento de pago y de la consignación, establece que si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida, consignación que será ineficaz –artículo 1117– si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, produciendo la cancelación de la obligación la consignación hecha debidamente.

La reforma de 19 de mayo de 1994 del Estatuto de los Trabajadores respondió a la finalidad de limitar el alcance de la obligación empresarial, en lo que concierne al abono de los salarios de tramitación, pero sin otras particularidades que pudieran dejar insatisfecho el crédito del trabajador.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

c) Readmisión

De optarse por la readmisión cuya obligación corresponde solidariamente —como ocurriera con la indemnización— a las empresas del grupo (STSJ Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 1999, I.L. J 110 (recurso 1391/98), ésta deberá producirse regularmente. Y como señala la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de abril de 1999, I.L. J 598 (recurso 158/99), en interpretación del art. 279 LPL, “la readmisión habrá de considerarse regular, cuando se hubiera restablecido el vínculo laboral en iguales condiciones a las que regían antes del despido (...), es decir, cuando la incorporación del trabajador “se consuma en las mismas condiciones existentes antes del despido en lo referente, entre otras a su jornada, cometido, funciones y salarios percibidos”, pues otra cosa conduciría a una novación del contrato impuesta unilateralmente por la empresa, a espaldas de la voluntad del trabajador”.

9. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos: los despidos discriminatorios o lesivos de algún derecho fundamental del trabajador

a) Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas

Trasponiendo el contenido de algunos pronunciamientos constitucionales, la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999, I.L. J 324 (recurso 38/99) advierte que “los poderes empresariales tienen un límite infranqueable en el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores” y declara la existencia en el supuesto enjuiciado de una “vulneración de la garantía de indemnidad del recurrente, es decir, de la existencia de una represalia patronal por el mero ejercicio de sus derechos, más en concreto, por haberse negado a firmar un documento de renuncia a reclamar contra ella”. En términos análogos la STSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999, I.L. J 155 (recurso 2731/98) razona cómo “la garantía de indemnidad de los testigos es funcional al derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado pues ha de tenerse en cuenta que prestar declaración como tal es un derecho previsto genéricamente en el art. 118 de la Constitución Española” (...) y (...) “la declaración del actor como testigo en aquel procedimiento implica el ejercicio de libertad de información garantizada en el art. 20.1.d)”, por lo que también en este último caso se estima vulnerada la garantía de indemnidad del trabajador y en ambos supuestos el despido es declarado nulo.

Partiendo de doctrina anterior ya consolidada del propio Tribunal, la STC 57/1999, de 12 de abril, I.L. J 251 (recurso de amparo 1667/96) —a la que se formula un voto particular—, recuerda cómo “la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales es compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son expresión de derechos fundamentales (...) y ha precisado también que los derechos fundamentales del trabajador no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales (...)

ni para el incumplimiento de los deberes laborales (...) pero también (...) que no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales” y, en definitiva, que no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento”, por lo que, al estimar violado por el empresario el derecho del trabajador a transmitir información veraz, el TC estima parcialmente el amparo solicitado y ordena el restablecimiento del recurrente en su derecho fundamental declarando la nulidad del despido.

b) Discriminación

Como señala la **STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 1999**, I.L. J 124 (recurso 32/99), los arts. 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores proscriben toda discriminación y este último declara “nulas y sin efecto (...) las decisiones unilaterales del empresario (entre las que debe incluirse el despido, ‘decisión unilateral típica’) que contengan discriminaciones”. Ahora bien, “las discriminaciones expresamente vedadas son las relativas al sexo, estado civil (...), raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a los sindicatos y a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales (...) y lengua dentro del Estado español a las que la Ley de Integración Social del Minusválido, en su art. 38.2 añade la minusvalía (...). Lo característico de los despidos discriminatorios no es la existencia o inexistencia de causa sin más, sino la presencia de circunstancias cuyo uso como causa de despido es radicalmente opuesto a principios esenciales del ordenamiento jurídico, en cuanto supone desconocimiento o violación de derechos de la persona que se reputan intangibles; obsérvese cómo la prohibición de la discriminación, el atentado al principio de igualdad ante la Ley “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, abre en la Constitución, en su artículo 14, el catálogo de los derechos y libertades, de los que la libertad sindical positiva y negativa es parte –artículo 28.1 de la CE–. Y la cobertura constitucional de la no discriminación –por tanto no sujeta a posibles alteraciones de la voluntad del legislador ordinario– supone que en el supuesto de que sea tal derecho fundamental violado, el despido habrá de declararse nulo y no meramente improcedente –tal y como prescribe el artículo 55.5 LET–”. En consecuencia con estos planteamientos, la citada sentencia declara nulo el despido del trabajador, en cuanto fundado en discriminación por motivos sindicales. Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 524 (recurso 340/90), declara el despido improcedente, en la medida en que “no cabe mantener que la descrita actividad sindical fue la causa determinante de los despidos”.

Junto a las discriminaciones por razones sindicales, tal vez sean las fundadas en el embarazo y la maternidad, las que provocan un mayor número de pronunciamientos judiciales sobre discriminación. Como señala la **STJCE de 30 de junio de 1998**, I.L. J 4, el apartado 1 del art. 2 y el apartado 1 del art. 5 de la Directiva 76/207 se oponen al despido de las trabajadoras en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapa-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

cidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo. El despido producido durante este último y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes a éste y, en consecuencia, debe considerarse fundado esencialmente en él. Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y por lo tanto supone una discriminación indirecta por razón del sexo.

A idéntica conclusión, mediante la recopilación de la doctrina constitucional y el examen de los preceptos internacionales –Convenios núms. 158 y 103 y Recomendación núm. 95 de la OIT–, la Directiva 76/207 y la jurisprudencia del TJCE que la interpreta, llega la **STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 1999**, I.L. J 125 (recurso 45/99), según la cual “la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (...). Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón del sexo proscribida por el art. 14 CE”. Y en aplicación de tal doctrina esta sentencia, como también la **STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999**, I.L. J 287 (recurso 6504/98), declaran nulos los despidos enjuiciados al estimar probada la existencia de discriminación de los trabajadores por razón del embarazo y la maternidad, respectivamente.

B) Distribución de la carga probatoria

Cuando se alegue que un despido es discriminatorio o lesivo al derecho de libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental del trabajador, “la convicción que deben alcanzar y expresar los órganos judiciales radica en que el despido sea absolutamente extraño al ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, teniendo que existir causas bastantes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la resolución empresarial, y que expliquen por sí solas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias” (**STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 524 (recurso 340/99)).

Pero ello implica una particular distribución de la carga de la prueba frente a la doctrina contenida en el art. 1214 del Código Civil (**STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 1999**, I.L. J 125, recurso 45/99, y **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 524, recurso 340/99) que es generalmente recepcionada por nuestros Tribunales (por todas, **STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999**, I.L. J 287, recurso 6504/98; **STSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999**, I.L. J 155, recurso 2731/98; **STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 1999**, I.L. J 124, recurso 32/99 y **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999**, I.L. J 324, recurso 38/99). En estos supuestos “no se produce una pura inversión de la carga probatoria, por cuanto al trabajador demandante se le exige que aporte algún tipo de aparato probatorio: la inversión de la carga de la prueba no surge ante la mera invocación del tratamiento discriminatorio, siendo necesario que se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de que está en juego el factor que determina la igualdad” o el ejercicio de los derechos fundamentales. “No

basta afirmar que se ha producido un despido discriminatorio (o vulnerador de los derechos fundamentales y libertades públicas), sino que han de reflejarse unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación (...) por lo que, quien invoca discriminación (o lesión de tales derechos) debe ofrecer algún indicio racional que le sirva de apoyo (STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 1999, I.L. J 124, recurso 32/99).

Si se pretende que “el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tiene reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva (...). No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (...) sino de acreditar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 1999, I.L. J 124, recurso 32/99). Si el trabajador acredita la racionalidad de los indicios de discriminación o vulneración de derechos que imputa a la conducta de la empresa “se exige al empresario la prueba objetiva y razonable de la medida adoptada en vez de pedir al trabajador la demostración de la vulneración del derecho fundamental alegado” (STSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999, I.L. J 155, recurso 2731/98). “Corresponde al demandado –empresario– la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 1999, I.L. J 125, recurso 45/99).

C) Efectos

En virtud de lo establecido en el art. 55.6 ET, el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir; esto es “la condena (...) a la readmisión inmediata (...) en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían con anterioridad a la extinción y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción hasta que la readmisión tenga lugar” (STSJ de Galicia de 22 de enero de 1999, I.L. J 278, recurso 4809/98).

M^a CARMEN ORTIZ LALLANA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Régimen jurídico de sindicatos. B) Representatividad sindical.

C) Ámbito de actuación y régimen jurídico aplicable a las secciones sindicales.

D) Derechos y garantías de las representaciones sindicales. E) El resarcimiento de los daños derivados de conductas antisindicales. **2. Representación unitaria de los trabaja-**

dores. A) Extinción del mandato de los representantes legales. B) Alcance del derecho de información de los representantes. C) Garantías de los representantes. Prioridad de permanencia. **3. Conflictos colectivos.** A) Ámbito del proceso de conflicto colectivo.

B) Proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenios colectivos.

C) Legitimación sindical en el procedimiento de conflicto colectivo. **4. El derecho de**

huelga. A) Descuentos por huelga, libertad sindical y derecho a la intimidad.

B) Sanciones durante la huelga. C) Consecuencias de la huelga sobre terceros.

D) Arbitraje obligatorio decretado por el Gobierno. Impugnación del laudo.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen jurídico de sindicatos

De un tiempo a esta parte se ha incrementado el número de litigios relacionados con el régimen jurídico y el funcionamiento interno de los sindicatos, a pesar de que los tribunales, cuando de la aplicación de las normas estatutarias e internas se trata, se suelen limitar a constatar que no se han vulnerado los principios y reglas legales básicas sobre los que se asienta dicho funcionamiento, con el fin de preservar la autonomía organizativa del sindicato (SSTS de 9 de junio y 9 de diciembre de 1997 y de 20 y 23 de enero de 1998).

Uno de los asuntos que más trascendencia suele tener en la práctica es el relativo a la imposición de sanciones a los afiliados que ostentan cargos representativos dentro del sindicato. La **STS de 26 de abril de 1999**, I.L. J 573, Sala Cuarta, analiza, tanto desde el punto de vista procedimental, como del fondo, la sanción impuesta por la Comisión de Garantías de la Federación Metalúrgica de CCOO a dos cargos sindicales, consistente en la suspensión de los derechos de representación y pertenencia a los órganos de dirección del sindicato por tres años.

Aunque de la regulación estatutaria se deducía una doble competencia para la tramitación de los expedientes de imposición de sanciones a los afiliados, fue el Consejo Federal Estatal el que la asumió y nombró una comisión instructora. El TS considera que no se vulneraron con ello normas ni garantías de procedimiento, a pesar de que uno de los sancionados estaba integrado en la Federación autonómica, y tiene en cuenta para ello la posibilidad otorgada por la Ley 30/1992 al órgano superior para avocar para sí la competencia del inferior. En cambio, por lo que a la pertinencia de la sanción impuesta se refiere, afirma el TS que:

“corresponde a los tribunales analizar si los hechos imputados revisten o no los caracteres de falta, y en su caso si existe racionalidad o proporcionalidad de aquélla en relación a la gravedad de las imputaciones (...)”.

La conducta imputada a los actores había consistido en dirigir una carta a la empresa en la que se daba cuenta de la petición cursada a la sección sindical y a la propia empresa por ciertos trabajadores, para que se les dejase de descontar la cuota sindical. En dicha carta se informaba igualmente de que el sindicato se consideraba exento de toda responsabilidad (se supone que en relación con el descuento de las cuotas a partir de ese momento). El sindicato valoró la anterior conducta como una incitación a la desafiliación masiva, una falta de respeto a las competencias de la sección sindical y, en fin, como una deslealtad y una defraudación de los fines y objetivos propios del sindicato. El TS no comparte este criterio y considera que la conducta no constituye falta sancionable, toda vez que los afiliados ya habían tomado la decisión de causar baja en el sindicato y los demandantes lo único que hicieron fue reiterar la correspondiente comunicación a la empresa.

Por su parte, y en relación con las asociaciones profesionales, la **STS de 25 de enero de 1999**, I.L. J 142, Sala Cuarta, se pronuncia sobre la competencia jurisdiccional para entender de una reclamación derivada del depósito de estatutos de la Asociación nacional de asesores inmobiliarios y la Federación española de asociaciones de asesores inmobiliarios, y contiene una interesante y clarificadora doctrina en torno a la diferencia existente entre asociaciones empresariales y asociaciones profesionales, basada en una nítida distinción de los fines con que cada una de ellas se proyecta y de los instrumentos con los que respectivamente cuentan. Por un lado, las asociaciones empresariales se constituyen con la específica finalidad de intervenir en las relaciones laborales, por lo que pueden recurrir a ciertos medios típicos de actuación, tales como la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo, el diálogo social y la participación institucional. Por otro, las asociaciones profesionales integran una categoría más amplia y persiguen objetivos más genéricos. Una interpretación sistemática de los arts. 7 y 52 CE, preceptos en los que estas dos distintas clases de organizaciones encuentran apoyatura, avala esta solución.

Por consiguiente, las asociaciones profesionales creadas al amparo del art. 52 CE quedan fuera de la rama social del Derecho y, de conformidad con los arts. 9.4 LOPJ y 2 y 3 LPL, será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con su régimen jurídico.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

B) Representatividad sindical

No son infrecuentes las ocasiones en las que, bien por la vía del conflicto colectivo, bien por la de tutela de la libertad sindical, determinados sindicatos pretenden el reconocimiento del derecho a intervenir o participar en ciertas actividades sindicales. Buena prueba de ello son las SSTS de 30 de noviembre de 1998 y 30 de enero de 1999, I.L. J 127 y 50, Sala Cuarta, en las que se considera lícito rechazar la participación de USO en la negociación de sendos pactos autonómicos, uno para el empleo y otro para el establecimiento de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. En ambos casos se razona que, estando privado dicho sindicato de la condición de más representativo o suficientemente representativo en dicho ámbito, carece de la capacidad de obrar y legitimación requerida para suscribir acuerdos sobre materias concretas al amparo de lo previsto en el art. 83.3 ET (STS de 22 de septiembre de 1998, en relación con el ASEC), o para la participación institucional. Por lo demás, ya la STS de 9 de julio de 1998 se había pronunciado en este sentido, y respecto del mismo sindicato, en relación con un acuerdo para la solución de conflictos en la región de Murcia.

C) Ámbito de actuación y régimen jurídico aplicable a las secciones sindicales

Conforme a una consolidada doctrina, contenida entre otras en las SSTS de 15 de julio de 1996, 28 de noviembre de 1997 y 10 de noviembre de 1998, se ha venido entendiendo que la LOLS ha dejado la decisión sobre el ámbito donde habrán de constituirse las representaciones sindicales a la autonomía organizativa de los sindicatos. Serán normalmente los estatutos sindicales los que, en estricta aplicación de lo preceptuado en los arts. 8.1.a) y 10.1 LOLS, determinen si habrá de ser el centro de trabajo o la empresa en su totalidad el lugar propio de actuación de este tipo de instancias organizativas y de representación.

De todas formas, el anterior criterio no despeja del todo las dudas que la aplicación de tales preceptos puede suscitar, por lo que aún son bastante amplios los márgenes que quedan para la labor del intérprete. Así, la STSJ de Galicia de 3 de febrero de 1999, I.L. J 300 (recurso 5377/1998), aborda el problema del cómputo de la plantilla necesaria para la designación de delegado sindical. En este caso la empresa tenía una plantilla total de más de 250 trabajadores, pero era inferior en el centro de trabajo a cuyo comité pertenecía la persona a la que se decidió otorgar la condición de delegado sindical. A la vista de tal circunstancia, la empresa estimó que el trabajador afectado no merecía dicha consideración, por lo que procedió a descontarle del salario la parte correspondiente a las horas dedicadas al desarrollo de funciones sindicales, como si de permisos para asuntos particulares se hubiera tratado. La Sala otorga la tutela demandada por el trabajador y condena asimismo a una indemnización.

Aunque se trate de un supuesto que escapa un tanto a la sistemática de esta crónica, merece la pena hacer una referencia, aunque sea sucinta, al que se analiza en la STSJ de Extremadura de 14 de enero de 1999, I.L. J 60 (recurso 798/1998). En el pliego de condiciones de la concesión administrativa para el abastecimiento de aguas en la ciudad de Cáceres en favor del Canal de Isabel Segunda se contemplaba la subrogación de la empresa concesionaria ex art. 44 ET en relación con los trabajadores municipales adscritos al servicio. En dicho pliego se establecía, a su vez, que, en tanto se negociaba un nuevo conve-

nio en la empresa concesionaria, los trabajadores cedidos por el Ayuntamiento, seguirían rigiéndose por el acuerdo que regulaba las condiciones de trabajo entre los empleados públicos de dicho Ayuntamiento y la Corporación Municipal.

Suscitado conflicto colectivo sobre el régimen jurídico aplicable a una sección sindical, la Sala llega a la conclusión de que el convenio de referencia no es aplicable a los derechos y facultades de los órganos de representación, ya que éstos no son trabajadores y que, por consiguiente, el régimen jurídico de las secciones sindicales será el contenido en la LOLS. La solución no deja de resultar un tanto artificiosa, al atribuir una condición a los órganos de representación separada de la de los propios trabajadores, que son los verdaderos titulares del derecho a ser representados y, por si fuera poco, los que integran los órganos de representación, los que ejercitan los derechos a éstos atribuidos y sobre los que recaen las garantías que facilitan la función representativa. En el caso de las secciones, además, se desconoce que las mismas en realidad no son otra cosa que el conjunto de trabajadores de la empresa o centro de trabajo afiliados a un mismo sindicato.

D) Derechos y garantías de las representaciones sindicales

Las SSTs de 3 de febrero y 11 de marzo de 1999, I.L. J 71 y 447, Sala Cuarta, abordan una misma cuestión, la relativa al alcance de los derechos de información de las representaciones sindicales. En ambas la sección sindical de CCOO de una empresa de seguridad reclama a la dirección de la misma la entrega anticipada de los “cuadrantes de servicio del personal operativo”, en los que se contiene información sobre los servicios asignados a dicho personal, el lugar y los días de trabajo, la jornada mensual y los horarios. Igualmente pretende que le sean dados a conocer las variaciones de dichos datos, la relación de clientes que tuvieran concertados servicios de seguridad con la empresa, los documentos de cotización y la documentación relativa a un acuerdo de fusión/absorción con otra empresa.

La Sala considera que la sección ya recibe la misma información que le es suministrada al comité de empresa, dando con ello cumplimiento en su sentido más estricto a lo ordenado por el art.10.3.1 LOLS. Se afirma, por otro lado, que el art. 64.9.a) ET no ampara una información tan extensa como la solicitada, por todo lo cual se desestima la pretensión formulada por el sindicato recurrente.

En la primera de dichas resoluciones, además, se desestima el recurso también en lo atinente a la información sobre las horas extras, que la Sala entiende que sólo puede verificarse con posterioridad a su realización y respecto de las cuales, el art. 35.5 ET y la DA Tercera.b) del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, únicamente establecen la obligación de registro diario, totalización por períodos iguales al del abono de las retribuciones y entrega de copia resumen al trabajador y, con carácter mensual, a sus representantes. En cuanto a la calificación de las mismas como horas estructurales, el convenio colectivo de referencia reservaba dicha competencia al acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, teniéndose por tales, exclusivamente, a los miembros del comité.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

La STSJ de Galicia de 5 de marzo de 1999, I.L. J 352 (recurso 371/1999) aborda un asunto que ha sido ya en no pocas ocasiones analizado en sede jurisdiccional, el del derecho al uso de un local para realizar actividades sindicales o de representación. Siguiendo los aludidos precedentes jurisprudenciales (SSTS de 24 de septiembre y 19 de diciembre de 1996 y de 3 de febrero de 1998), afirma que del art. 8.2.c) LOLS no se desprende el derecho al uso exclusivo de un local y que dicho uso puede ser compartido, salvo que ello hiciese imposible el ejercicio de la función representativa. A mayor abundamiento, se cita el art. 42.4 de la Ley 9/1987, en el que se prevé la habilitación de un local con dotación de material adecuado para uso de “las organizaciones sindicales”.

Por fin, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de abril de 1999, I.L. J 606 (recurso 489/1999) se ocupa de clarificar cuál es el alcance de las garantías legales de los representantes sindicales. El supuesto de hecho versaba sobre la remoción de su cargo del jefe de grupo del área de gestión adscrito al servicio de admisiones de un hospital, que ostentaba además la condición de delegado sindical. El trabajador tenía encomendadas funciones de coordinación y tareas relacionadas con las listas de espera, programación de intervenciones, citación de pacientes, traslados, etc. La gerencia del hospital, considerando que el uso del crédito horario había resentido el correcto funcionamiento del servicio, comprometiendo los fines de eficacia y celeridad en la asistencia sanitaria a que se refiere el art. 7 de la Ley 14/1986, decidió relevarle del cargo de jefe de grupo.

El Tribunal hace suya la doctrina contenida en la STC de 7 de febrero de 1996, según la cual la prohibición de ser discriminado o perjudicado por el desempeño de la actividad sindical no tiene carácter ilimitado ni absoluto, ni confiere a los representantes el derecho a la intangibilidad en sus puestos de trabajo, y no duda en afirmar que:

“la garantía de indemnidad que la LOLS consagra para toda actividad sindical (...) ha de hacerse (...) atendidas las concretas características del puesto de trabajo y las circunstancias concurrentes (...)”.

E) El resarcimiento de los daños derivados de conductas antisindicales

Como se sabe, a partir de la STS de 22 de julio de 1996, el TS ha venido matizando el criterio relativo a la intensidad de la prueba que es necesario desarrollar para que el juzgador condene al resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas antisindicales, tal y como se desprende de los arts. 15 LOLS y 179.1 LPL. Lejos de considerar, como quizás permitiera hacerlo la anterior STS de 9 de junio de 1993, que la condena a la indemnización es automática, se exige que el demandante de la tutela del derecho fundamental aporte algún indicio fáctico y apoyo argumental sobre el que sustentar su pretensión y cuantificar la indemnización. Este criterio matizado ha sido reiterado, entre otras, en la STS de 20 de enero de 1997.

Apartándose de esta solución, y con referencia expresa a la ya citada STS de 9 de junio de 1993, la STSJ de Cantabria de 7 de enero de 1999, I.L. J 326 (recurso 1628/1998) vuelve a considerar que no es necesario probar el perjuicio y que, acreditada la vulneración del derecho fundamental, el daño se presume.

Sobre la existencia o no de acción para demandar la tutela de la libertad sindical cuando la conducta presuntamente lesiva de la misma hubiere cesado con anterioridad, la Sala se pronuncia en sentido afirmativo, entendiendo que dicho cese no priva al sujeto lesionado de acción, entre otras cosas, para posibilitar la reparación de los efectos que sean irreversibles.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Extinción del mandato de los representantes legales

Como es de sobra conocido, en los supuestos de sucesión de empresa la normativa laboral ha dispuesto una serie de mecanismos de garantía tendentes a preservar el acervo de derechos que los trabajadores hubieren conseguido consolidar al amparo de la relación laboral que les vinculaba con el anterior titular de la organización. Y aunque la normativa interna ha guardado silencio en relación con los derechos de índole colectiva, la Directiva 77/187/CEE, en su art. 5.1, ha previsto de forma expresa que, siempre que la empresa, centro de actividad o la parte de éstos que se transfiere mantengan su autonomía, el órgano de representación subsista en las mismas condiciones que en la fecha anterior al traspaso.

En el supuesto de hecho al que se refiere la **STSJ de Cantabria de 13 de abril de 1999**, I.L. J 600 (recurso 367/1999) se había operado un proceso de transferencia en favor de la Administración autonómica de Cantabria, que había afectado además sólo a una parte de los servicios que con anterioridad tenía encomendados la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, y en cuya virtud el trabajador accionante, delegado de personal, había pasado a ocupar otro puesto de trabajo y a depender de la Comunidad Autónoma cántabra.

Al haberse producido una mera sucesión parcial de la unidad electoral en la que fue elegido el demandante y haber perdido la misma su autonomía en la nueva Administración, resulta imposible mantener la pretendida cualidad de representante legal, produciéndose la extinción de la relación entre electores y elegidos. Todo ello, sin perjuicio de las posibles correcciones en la composición numérica de los respectivos órganos de representación de los centros cedente y cesionario, mediante la celebración de elecciones parciales.

B) Alcance del derecho de información de los representantes

A pesar de la polémica que la tramitación de la Ley 2/1991, de 7 de enero, más conocida como "*Ley de control sindical de los contratos*", trajo consigo, la aplicación práctica de la regulación que en ella se contenía, y que luego fue incorporada al art. 8.3.a) ET, no ha resultado al fin y al cabo tan conflictiva.

Resulta un tanto chocante que en las contadas ocasiones en que el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el contenido de la copia básica, y a pesar de lo que podría desprenderse no sólo del tenor literal del párrafo segundo del precepto de referencia,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

sino también de una interpretación finalista del mismo, la solución que ha prevalecido es la de considerar adecuadamente cumplido dicho trámite con la entrega a los representantes legales de los trabajadores de una transcripción literal del contrato escrito, y sólo de los datos que en el mismo aparezcan (STS de 24 de marzo de 1998), sin otorgar relevancia a la omisión de los que de verdad permitirían a dichos representantes “comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente”.

En la **STSJ de Madrid de 17 de marzo de 1999**, I.L. J 544 (recurso 651/1999), se replantea una de las cuestiones más delicadas de las suscitadas a propósito del cumplimiento de esta particular obligación empresarial, sobre la que ya tuvo oportunidad de pronunciarse el propio TC en su S. 142/1993. Se trata de despejar la duda acerca de si los pactos retributivos forman o no parte integrante del derecho a la intimidad del trabajador y, por consiguiente, si deben o no aparecer en la copia básica.

Para empezar, se lleva a cabo una distinción entre los componentes que integran el concepto de salario, diferenciando entre los que vienen determinados por la normativa de derecho necesario y los que quedan fijados en virtud de la autonomía de la voluntad. A partir de ahí, y sin perder de vista la ya aludida finalidad que sirve de guía interpretativa para determinar el alcance de la previsión contenida en el art. 8.3 ET, se llega a la conclusión de que a los representantes de los trabajadores les basta con saber que las retribuciones establecidas en el contrato individual superan los mínimos legales o los niveles convencionales, sin que sea preciso aludir a su cuantía concreta. La porción salarial fijada en el contrato pertenece en efecto a la esfera de la intimidad de los contratantes y ningún interés sindical ampara su conocimiento.

En otro orden de cosas, la **STS de 14 de abril de 1999**, I.L. J 558, Sala Cuarta, excluye del ámbito del derecho de información de los representantes legales la participación en el denominado “recargo adicional o externo” al que se refiere el convenio colectivo del sector de seguros. No cabía otra conclusión, pues tal concepto es ajeno al sistema de participación en las primas, que es parte integrante de la estructura retributiva que rige en dicho sector.

C) Garantías de los representantes. Prioridad de permanencia

No es muy abundante la jurisprudencia a este respecto, y menos en relación con un despido por causas objetivas, por lo que resulta ilustrativo analizar la solución alcanzada por la **STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999**, I.L. J 336 (recurso 3444/1997).

Una empresa de seguridad experimentó una sustancial reducción de las horas que tenía concertadas con la entidad donde el representante desarrollaba su actividad, hasta el punto de verse obligada a reducir drásticamente el número de vigilantes adscritos al servicio. Para añadir complejidad al supuesto, se daba la circunstancia de que estaba pendiente de resolverse un recurso de suplicación contra la sentencia que declaró la nulidad de la revocación del mandato del representante. A la vista de tales circunstancias la Sala considera que el despido del miembro del comité de empresa efectivamente vulnera el derecho a la prioridad de permanencia que le atribuye el art. 68.b) ET y declara su improcedencia. Se afirma, finalmente, que, aunque se trate de un despido objetivo, la

opción entre readmisión e indemnización corresponde igualmente al trabajador, de acuerdo con lo que se dispone en los arts. 110.2 y 123 LPL (STS de 23 de mayo de 1995).

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Ámbito del proceso de conflicto colectivo

Se trata de una de las cuestiones que más litigiosidad está provocando últimamente, quizás como consecuencia de la cada vez más difícil ubicación de la frontera entre el interés colectivo y los intereses individuales. En las SSTS de 15 de febrero y 16 de marzo de 1999, I.L. J 178 y 458, Sala Cuarta, y con invocación de una constante doctrina, contenida, entre otras, en las SSTS de 25 de junio de 1992, 12 de diciembre de 1994, 22 de marzo de 1995, 19 de mayo de 1997 y 2 de febrero de 1998, se analizan de nuevo las circunstancias cuya concurrencia determina el carácter colectivo de una controversia. Y para ello se requiere la presencia de dos elementos: uno subjetivo, consistente en la afectación de la materia objeto de litigio a un grupo genérico de trabajadores estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y otro objetivo, la presencia de un interés general, indivisible, que corresponde al grupo en su conjunto y que no es susceptible de fraccionamiento, aunque sus consecuencias puedan y deban ser individualizadas. Por contra, la pretensión tendrá carácter individual cuando se vean involucrados derechos que correspondan a cada trabajador en particular y la solución de la controversia dependa de las condiciones y características singulares que concurren en cada uno.

Por su parte, la STS de 31 de marzo de 1999, I.L. J 515, Sala Cuarta, considera inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo para resolver la pretensión formulada por un sindicato ante una entidad bancaria y otras organizaciones sindicales para exigir la publicidad de los resultados de un proceso de selección de personal, en cumplimiento de lo previsto en el convenio colectivo del sector. Como se trata más bien de determinar el alcance del derecho de información de las secciones sindicales y, en su caso, exigir su efectividad respecto de una de ellas, habría de acudir al procedimiento ordinario.

Por lo demás, tal y como se desprende de lo razonado en la STS de 29 de marzo de 1999, I.L. J 500, Sala Cuarta, el objeto de la demanda de conflicto colectivo ha de ser la solución en sentido favorable al demandante de un conflicto de intereses efectivo y actual, y no una mera declaración abstracta y preventiva.

B) Proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenios colectivos

La STS de 23 de marzo de 1999, I.L. J 482, Sala Cuarta, aunque desde el punto de vista del fondo se plantea el problema de la necesidad o no de respetar el principio de proporcionalidad en la composición de las comisiones creadas en convenio colectivo, se pronuncia en realidad sobre el cauce procesal adecuado para atacar los preceptos del convenio cuando los mismos son lo suficientemente claros y lo que se discute no es tanto su

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

alcance y significado, sino la alteración de sus términos literales para introducir un criterio de regulación diferente. En tal caso, y de considerar que la regulación contenida en el convenio vulnera la legalidad, el procedimiento adecuado sería el de impugnación de convenios colectivos y no el de conflicto colectivo.

En idéntico sentido, pero de una manera más explícita, la previa **STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 248 (recurso 471/1998) había estimado la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, cuando lo que se pretendía era la declaración de ineficacia, por ilegalidad, de las cláusulas de un acuerdo de empresa.

La Sala resalta, no obstante, la dificultad para concretar la tradicional distinción entre el *conflicto jurídico*, que persigue una declaración judicial que determine la aplicación de una norma o que concrete su significado y alcance, y el *conflicto de regulación*, que surge del propósito de modificar el ordenamiento existente a través del cambio de las condiciones que lo integran o de la creación de condiciones nuevas. A pesar de todo, dicha distinción tiene su plasmación en la LPL, que regula en capítulos separados el proceso de conflicto colectivo, el de impugnación de convenios colectivos y el de control judicial de los mismos por ilegalidad o lesividad.

Tales procesos presentan similitudes, pero también notables diferencias (STS de 23 de marzo de 1994). Y estas últimas encuentran su fundamento en sólidas razones, como el distinto objeto y finalidad que se persigue en cada uno de ellos: un conflicto entre partes, en un caso, lo que, por lo demás, constituye el modo ordinario de otorgar la tutela judicial; y la impugnación para su depuración de una norma jurídica, en el otro, que aproxima la modalidad procesal correspondiente al proceso contencioso-administrativo y justifica especialidades como la intervención del Ministerio Fiscal o las atinentes a las reglas de legitimación. Precisamente por aplicación de dichas reglas, la Sala cuestiona la legitimación activa del comité de empresa actuante, por haber participado en la firma del acuerdo (SSTS de 9 de mayo de 1994 y 15 de julio de 1997). Esta circunstancia, de acuerdo con el art. 163 LPL, determinaría justamente lo contrario, pues en los procesos de impugnación de convenios colectivos están legitimados pasivamente los integrantes de la comisión negociadora del convenio impugnado.

En la misma línea, la **STS de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 490, Sala Cuarta, declara la nulidad de actuaciones por inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, habida cuenta que lo que se solicitaba era la nulidad de un acuerdo alcanzado ante el órgano de conciliación de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por su presunta vulneración de lo regulado en convenio colectivo.

C) Legitimación sindical en el procedimiento de conflicto colectivo

Como se sabe, la regla contenida en el art. 152.c) LPL exige al sindicato que pretenda interponer la demanda de conflicto colectivo que acredite una relación directa con el objeto del debate. Ello se traduce en la necesaria correspondencia entre el ámbito del conflicto y el de actuación del sindicato, expresada a través del requisito de la “notoria implantación” de este último en aquel ámbito (SSTC 70/1982 y 37/1983 y STS de 11 de octubre de 1993, entre otras).

La ya citada STS de 15 de febrero de 1999, I.L. J 178, Sala Cuarta, aplica la regla de referencia a un supuesto en el que un sindicato médico de ámbito regional cuestionaba a través del procedimiento de conflicto colectivo la legalidad de una cláusula tipo inserta en los contratos de los MIR. En el transcurso del proceso se opuso la falta de legitimación activa de dicho sindicato, dado que la aludida práctica se extendía a todos los contratos de ese tipo celebrados a nivel nacional. La Sala desestima esta excepción, afirmando que el conflicto no tiene por qué coincidir con el ámbito subjetivo de la norma que se invoca como vulnerada, por lo que el sindicato regional está capacitado para plantear un conflicto concreto cuyos efectos no rebasan el territorio de una Comunidad Autónoma.

Un supuesto sumamente interesante, aunque no aborde de manera directa un problema de legitimación, es el que se analiza y resuelve en la STS de 9 de marzo de 1999, I.L. J 211, Sala Cuarta. Las Federaciones de Servicios Públicos y de Trabajadores de la Enseñanza de UGT de Valencia habían entablado sendos procesos para exigir a la Generalitat Valenciana la constitución del fondo de ayuda social previsto en el convenio colectivo de aplicación. Al hilo de la comprobación de si concurren los elementos constitutivos de la litispendencia, el TS argumenta que, a los efectos de la posibilidad de interponer conflictos colectivos prevista en el art. 2.2.d) LOLS, lo importante es que, con independencia del número de trabajadores que agrupen y de su especialidad, las organizaciones demandantes persigan la protección de unos mismos intereses, en el presente caso, los de los empleados de la entidad demandada.

4. EL DERECHO DE HUELGA

A) Descuentos por huelga, libertad sindical y derecho a la intimidad

Los descuentos salariales verificados por la empresa RENFE con motivo de una huelga, utilizando para ello la clave informática proporcionada por el sindicato para proceder al descuento de la cuota sindical de la nómina de los trabajadores afiliados lleva dando lugar a una serie de sentencias del TC que se inicia con la 11/1998 y ha sido seguida de las SSTC 33/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 104/1998, 105/1998 y 106/1998, 123/1998, 124/1998, 125/1998 y 126/1998, 158/1998, 198/1998 y 223/1998. A modo de secuela, las SSTC 30/1999, 44/1999 y 45/1999, I.L. J 100, 116 y 117, abordan de nuevo el mismo asunto.

Desde la primera de las resoluciones aludidas, la conducta empresarial fue calificada por el TC como conducta antisindical, vulneradora del derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 CE, en conexión con el derecho a la intimidad, que resulta también lesionado como consecuencia del uso desviado del dato de la afiliación sindical. El TC considera que en el art. 18.4 CE se configura:

“(…) un derecho autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preser-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

var el pleno ejercicio de sus derechos, evitando que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios como el que se ha producido en este caso, al haberse utilizado el dato afiliativo sindical con una finalidad radicalmente distinta de aquélla para la que fue suministrado, menoscabando con ello el legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical.”

B) Sanciones durante la huelga

La STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999, I.L. J 330 (recurso 5619/1998) desestima un recurso interpuesto contra una sentencia recaída en un procedimiento de impugnación de sanciones impuestas con motivo de una huelga, en el transcurso de la cual los trabajadores sancionados habían agredido verbal y físicamente a otros trabajadores que pretendían acceder a su puesto de trabajo.

Para empezar, la resolución que se comenta acoge y sintetiza la doctrina sobre los principios de gradualidad, presunción de inocencia, irrelevancia de la calificación de los hechos en el ámbito penal e inmediatez —reflejado este último en el respeto de los plazos de prescripción de las faltas—, que inspiran las reglas aplicables al derecho sancionador en el orden social.

Pero lo más interesante de esta sentencia está en la valoración de las sanciones desde el punto de vista de su repercusión sobre el ejercicio del derecho a la huelga, y no tanto por la conclusión a la que se llega, desestimatoria de la existencia de una lesión del derecho fundamental, sino por la argumentación que se lleva a cabo para ello. Está claro que el derecho a la huelga no ampara conductas lesivas de otros derechos e intereses básicos, como las que concurrieron en este caso (STC 137/1997). Pero podría llamar la atención la afirmación de la Sala sobre la existencia de una vulneración de “un derecho tan sagrado como la huelga y que consiste en acudir normalmente a realizar las funciones laborales”, situando en un idéntico plano el derecho al trabajo de los no huelguistas y el derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 CE.

C) Consecuencias de la huelga sobre terceros

Uno de los problemas de más difícil solución de los que en los últimos tiempos se han suscitado a propósito de los efectos de la huelga es el que atañe a las consecuencias que la misma puede provocar en terceras personas, ajenas al ámbito del conflicto, que no obstante sufren la paralización de su actividad o ven imposibilitada su prestación de servicios. Dicho de otra manera, el problema está en determinar, en tal caso, quién debe soportar el riesgo de imposibilidad de la prestación.

Para despejar esta duda es preciso dilucidar si la huelga puede ser considerada para las empresas o trabajadores ajenos al conflicto pero que se ven afectados por el mismo como un acontecimiento constitutivo de fuerza mayor. En realidad ésta es la solución que se insinuaba ya en las SSTS de 20 y 22 de junio de 1995, Sala Cuarta, aunque las mismas descartaban la posibilidad de dar por suspendidos los contratos al no haberse cumplido los oportunos requisitos procedimentales. La Sala de lo Contencioso-administrativo, no

obstante, ha venido manteniendo un criterio quizás más permisivo (STS de 29 de junio de 1998, Sala Tercera).

La STS de 24 de febrero de 1999, I.L. J 235, Sala Tercera, se plantea esta cuestión a raíz de la solicitud de autorización formulada por una empresa para suspender los contratos y exonerarse del pago de las cotizaciones como consecuencia del colapso causado en el suministro de piezas por una huelga en la red estatal de transportes.

En principio, la fuerza mayor tiene que consistir en una circunstancia externa y por completo extraña a la empresa, de tal manera que el acontecimiento sea imprevisible o inevitable mediante un diligente proceder, cosa que, al parecer de la sentencia recurrida, no se puede predicar de la huelga, que tiene ordinariamente una “repercusión difusa” en diversos sectores de la sociedad. Discrepando de dicho parecer, la Sala Tercera del TS admite que puedan tener cabida en la fuerza mayor “las alteraciones derivadas de los conflictos sociales”, siempre que reúnan dicho carácter extraordinario y externo a la actividad de los contratantes, y que sus efectos no se hubieran podido prever o evitar. Las particulares circunstancias concurrentes en este caso, la prolongación del conflicto, el corte de carreteras y el cierre de fronteras y la diligente conducta de la empresa, inclinan a la Sala a la estimación de la concurrencia de fuerza mayor (vid. SSTs de 3 de marzo de 1998 y 7 de marzo de 1995).

D) Arbitraje obligatorio decretado por el Gobierno. Impugnación del laudo

La STS de 27 de enero de 1999, I.L. J 55, Sala Tercera, se pronuncia sobre la competencia jurisdiccional para la impugnación de un laudo arbitral dictado al amparo de lo dispuesto en el art. 10 DLRT con motivo de la huelga del sector de limpieza de edificios y locales iniciada en Madrid el 24 de marzo de 1992. El laudo se cuestionaba tanto por su contenido material, como por los aspectos procedimentales.

La Sala entiende que no forma parte de su competencia, ya que la función arbitral en este caso se halla encomendada a un sujeto privado, que está llamado a intervenir en la resolución de un conflicto de intereses atinentes también a privados y que se refiere a las relaciones de trabajo, todo lo cual determina que la materia de tal actividad arbitral pertenezca al orden jurisdiccional social, de conformidad con los arts. 9.5 LOPJ y 1 y 2.m) LPL 1990. Por lo demás, al tratarse de una expresión de la autonomía colectiva, el cauce procesal adecuado será el de impugnación de convenios colectivos.

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

- 1. Consideraciones generales. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación: adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora.**
- 4. Duración. “Ultraactividad”. 5. Eficacia. 6. Contenido “normativo” del convenio colectivo.** A) Extensión material. B) Límites. C) Modificación. D) Carácter relativo de la disposición de los derechos conferidos en las cláusulas normativas. **7. Impugnación “directa” del convenio colectivo.** A) Cauce procesal. B) Legitimación activa. C) Carga de la prueba. D) Impugnación de laudos arbitrales resolutorios de conflictos colectivos.
- 8. Convenios colectivos “extraestatutarios”.**

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para la elaboración de la presente crónica se ha tenido en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia publicadas en los cuatro primeros números de 1999 por la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova. En el caso de las del Tribunal Supremo, las mismas, salvo que se indique otra cosa, corresponden a la Sala Cuarta y han sido dictadas en resolución de recursos de casación “ordinaria”, esto es, los interpuestos contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

En términos generales, las sentencias de las que se da cuenta vienen a reiterar criterios ya conocidos, precisándolos o matizándolos, en su caso, a la vista de las circunstancias concretas de los supuestos enjuiciados por ellas, actividad que, evidentemente, aporta elementos que enriquecen la jurisprudencia construida en torno a la negociación colectiva. Ese enriquecimiento también proviene, aunque en menor medida, del tratamiento de algunos problemas menos presentes, hasta la fecha, en la práctica de la negociación colectiva.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Tiene ocasión de recordar el TS, en su **Sentencia de 15 de marzo de 1999**, I.L. J 452, su conocida doctrina según la cual la legitimación para negociar un convenio colectivo debe existir y probarse en el momento de iniciarse la negociación, lo que conduce al rechazo de que pueda servir para acreditar la referida legitimación una certificación sobre la representatividad ostentada que resulta ser de fecha considerablemente anterior a la del

comienzo de aquélla. Pero, además, tampoco sirve, a los efectos indicados, la “autocertificación” sobre representatividad expedida por la propia organización profesional que pretende la legitimación considerada; dicha “autocertificación” debe ser tomada, en el proceso correspondiente, como una alegación de parte.

Si la cuestión a dilucidar es la relativa a la legitimación específica para la válida constitución de la comisión negociadora, téngase en cuenta que aquélla debe resolverse actualmente, cuando se trate de asociaciones empresariales, atendiendo, exclusivamente, a si éstas representan a empresarios que den ocupación a la *mayoría de los trabajadores* afectados por el convenio a negociar, de modo que el art. 88.1 ET no autoriza una interpretación que lleve a exigir, como lo hacía expresamente la versión del precepto anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que los aludidos empresarios constituyan también la mayoría de los del sector (STSJ de Aragón de 20 de enero de 1999, I.L. J 227, recurso 1127/98).

3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN: ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN EL SEÑO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA

Según dispone el art. 88.3 ET, el acuerdo de la comisión negociadora sobre las materias objeto de la negociación y, en definitiva, sobre el propio convenio que se está negociando, requiere, para su validez, que aparezca adoptado con “el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones”. Con carácter general, esa mayoría debe determinarse sobre el número total de vocales que compongan cada representación, no sobre los que de ésta asistan a la correspondiente reunión o voten en la misma en algún sentido. Sin embargo, el anterior cómputo de la mayoría considerada es sustituible, en el supuesto de convenios *supraempresariales* y si así lo deciden (expresa o tácitamente) las propias partes negociadoras, por otro donde la representatividad ostentada por cada organización profesional a efectos de la legitimación para participar en la comisión negociadora tenga reflejo en el valor de los votos que emitan los vocales designados por aquélla (criterio del “voto proporcional”). Da cuenta de tal posibilidad la STS de 22 de febrero de 1999, I.L. J 186, que admite aquélla en relación con el convenio colectivo que aparece suscrito por vocales del “banco social” que, aunque no constituían la mayoría de los integrantes del mismo, actuaron en toda la negociación en nombre del sindicato que ostentaba, *per se*, la representación de la mayoría del indicado “banco social”:

“Lo que ocurre es que, en el presente caso, el voto de los dos representantes de UGT constituía el voto de la mayoría porque eran ellos dos los únicos representantes de dicho sindicato” en la comisión negociadora y el mismo “representaba a la mayoría del banco social”.

4. DURACIÓN. “ULTRA ACTIVIDAD”

Las previsiones que al respecto contiene el art. 86.3 ET resultan aplicables solamente a los convenios “estatutarios”, debiendo rechazarse su extensión a los “extraestatutarios” (STS de 25 de enero de 1999, I.L. J 37, dictada en casación para la unificación de doctrina).

VIII. Negociación Colectiva

Sobre la extensión de la ultraactividad a las cláusulas del convenio colectivo sectorial reguladoras de la estructura de la negociación colectiva y de la concurrencia entre el mismo y los de ámbito inferior negociados con arreglo a tal estructura, se trae a colación la **STS de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 417. Según se desprende de dicha sentencia, esa extensión no tiene ninguna particularidad y se produce salvo que el propio convenio la excluya.

5. EFICACIA

Con carácter general, la misma no alcanza a lo acordado en conciliación, que debe cumplirse en los términos convenidos, los cuales no se verán alterados por lo que pueda disponer un convenio colectivo posterior en relación con la materia que hubiera sido objeto de transacción. Se pronuncia en el sentido indicado la **STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 1999**, I.L. J 394, recurso 3371/98, en relación con el complemento de la pensión de jubilación pactado en conciliación judicial a cambio de desistir el trabajador de la acción de despido ejercitada y de causar baja voluntaria por jubilación:

“Aun en la hipótesis de que existiera tal convenio y en el mismo se contuviese alguna cláusula referida al abono de prestaciones complementarias a favor de los trabajadores, es manifiesto que tal estipulación dejaría indemne el compromiso de la empresa con el recurrente, pues el convenio colectivo no puede alterar lo acordado en conciliación judicial (a menos, claro está, que la conciliación remita al convenio expresamente, lo que no es el caso), como tampoco puede hacerlo respecto a lo acordado en sentencia. Desde luego, no permite tal posibilidad la regulación del art. 82 ET; antes bien, tal interpretación resulta expresamente desvirtuada por el art. 24 CE, al reconocer el derecho a la ejecución de sentencia como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y la imposibilidad de dejar sin efecto lo acordado en sentencia firme (...), extendiéndose tal previsión a lo pactado en conciliación, por mor de la equiparación de efectos entre esta forma de terminación del litigio y la sentencia.”

De la eficacia *general* que conviene a los acuerdos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo suscritos en la forma que prevé el art. 41.4, párrafo tercero, ET, deja constancia el **TS**, en su **Sentencia de 21 de diciembre de 1998**, I.L. J 133/1999, con ocasión del análisis de la validez, en el caso de autos, de un acuerdo de los citados.

6. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Extensión material

Forman parte del contenido normativo examinado las cláusulas del convenio colectivo sectorial reguladoras de la estructura de la negociación colectiva y de las pautas rectoras de la concurrencia entre dicho convenio y los de ámbito inferior negociados con arreglo a tal estructura. Consecuencia inmediata del carácter normativo de las anteriores cláusulas es la sujeción de las mismas a las reglas sobre ultraactividad que contiene el art. 86.3 ET (**STS de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 417).

La amplitud del contenido normativo no alcanza, en cambio, según la **STS de 14 de abril de 1999**, I.L. J 557, a la ampliación de capital de la empresa convenida accesoriamente en acuerdo colectivo, junto con la regulación de determinadas condiciones de trabajo y productividad. Tal ampliación —manifiesta la sentencia— “es algo, por su propia naturaleza, ajeno a las condiciones de trabajo, productividad y paz laboral” que el art. 82.2 ET describe como materias típicas del convenio colectivo. Ello no es óbice para que se reconozca que aquélla es capaz de afectar al interés de los trabajadores “en cuanto pueda significar una consolidación de la empresa que garantice (la) permanencia (de los mismos) en el trabajo”, así como que su incumplimiento podría tener consecuencias sobre el mantenimiento de las contraprestaciones asumidas por aquéllos en el convenio, si bien sería preciso, para ello, que apareciera acreditado “el carácter esencial de dicho incumplimiento” respecto a los intereses de los aludidos trabajadores.

B) Límites

Los mínimos a respetar por las partes negociadoras a la hora de acometer la regulación de condiciones de trabajo que integran el contenido normativo son, en su caso, los que establezca con tal carácter el convenio colectivo sectorial que fije la estructura de la negociación colectiva y consienta que concurran con él otros convenios de distinto ámbito, siendo nulas las cláusulas de éstos que contravengan los referidos mínimos (de nuevo, **STS de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 417).

En otro orden de cosas, es conocida, por reiterada, la jurisprudencia que obliga a respetar, cuando se trate de convenios colectivos de trabajadores del sector público, el tope fijado por las Leyes de Presupuestos para los incrementos salariales de éstos. Deja constancia de tal límite y de la aludida jurisprudencia la **STS de 16 de febrero de 1999**, I.L. J 413, que se apoya en ella para proclamar la posibilidad de que una Ley de Presupuestos pueda afectar a las previsiones sobre incrementos retributivos contenidas en un convenio colectivo anterior y todavía en vigor, conduciendo a la modificación de las mismas:

“La Ley presupuestaria estatal y, de conformidad con ella, la Ley autonómica catalana, establecieron la congelación salarial de los trabajadores del sector público para el año 1997, estando estas disposiciones por encima del convenio colectivo cuya aplicación se pretende para soslayar aquella congelación.”

Sobre la imposibilidad de recurrir a la aplicación del contenido normativo del convenio para modificar lo acordado en una conciliación previa a la entrada en vigor de éste, remito a lo resuelto por la **STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 1999**, I.L. J 394 (recurso 3371/98, reseñada *supra*, apartado 5).

C) Modificación

Cabe durante la vigencia del convenio colectivo la modificación de su contenido normativo siempre que, según apunta la **STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 390

VIII. Negociación Colectiva

(recurso 8563/98), el propio convenio la contemple y la misma se realice en la forma que éste hubiera podido establecer, o si existe “acuerdo unánime de las partes que en su momento formaron la comisión negociadora”. La ausencia de tales circunstancias en el caso de autos conduce al citado Tribunal a declarar la nulidad del pacto que excede de la mera revisión salarial prevista en el convenio aplicable y procede a modificar, con la oposición de uno de los sindicatos que había suscrito éste, determinados aspectos del contenido normativo relativos a la promoción en el trabajo y a la designación de los delegados de prevención:

“No puede concederse validez a la decisión de alterar lo pactado en determinados preceptos del convenio cuando la reunión de las partes intervinientes en el mismo se llevó a efecto para fijar la revisión salarial aplicable en el ejercicio de 1997, conforme expresamente dispone en su art. 4.2, y, sin embargo, se adoptan acuerdos que van más allá de las previsiones del convenio y afectan al contenido normativo del mismo sobre el que (...) no hay una previsión que permita su renegociación antes del término de vigencia (...). Distinto sería el caso de que en el propio convenio se hubieren establecido normas que autorizasen de alguna forma su posterior modificación en estos aspectos (...). Si no hay acuerdo unánime de las partes que en su momento formaron la comisión negociadora del convenio; los preceptos modificados (...) no contemplan su posible modificación (...) y el art. 4.2 del convenio únicamente permite la revisión salarial en cada anualidad, no puede sino concluirse que el acuerdo impugnado es (...) contrario a derecho.”

D) Carácter relativo de la disposición de los derechos conferidos en las cláusulas normativas

Las condiciones de trabajo incorporadas a las cláusulas normativas de los convenios colectivos quedan sometidas, en cuanto atribuyen derechos a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de aquéllos, a la prohibición de renuncia o disposición que formula el art. 3.5 ET. Sin embargo, semejante prohibición no es absoluta, como viene a poner de relieve el propio precepto citado, al vincular la misma a los “derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”. Confirma ese carácter relativo de la prohibición la STS de 27 de abril de 1999, I.L. J 577, dictada en casación para la unificación de doctrina. Tras manifestar que “el Estatuto de los Trabajadores no ha consagrado un derecho absoluto de primacía de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la autonomía individual”, se fija el TS, para determinar el alcance de la prohibición de que se trata, en la distinción entre los actos de renuncia, que son “típicamente unilaterales”, y los actos de disposición bilaterales, “en virtud de los que se cede un derecho o parte de él a cambio de algo”; lo anterior se completa con una indicación acerca de cuándo debe entenderse que el convenio colectivo establece derechos “indisponibles”. Comenzando por lo último, razona la sentencia que “son indisponibles los derechos derivados del convenio colectivo a los que éste confiera tal calificación, siempre que el establecimiento de esta restricción a la autonomía de la voluntad individual pueda incluirse en el ámbito de competencias de las comisiones negociadoras”, así como “aquellos mandatos convencionales que supongan desarrollo de normas (estatales, se sobreentiende) de derecho necesario o de carácter mínimo”, pues tales mandatos “adquieren el mismo rango de indisponibilidad que tiene la norma desarrollada”. A par-

tir de ahí, proyectando sobre ese concepto de derechos indisponibles la distinción entre actos unilaterales de renuncia y actos bilaterales de disposición, se admite, frente a la nulidad de la disposición realizada por medio del primer tipo de actos, avalada por la “opinión doctrinal mayoritaria”, la posible licitud de la disposición bilateral y condicionada, remitiéndose el juicio sobre dicha licitud a una valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso. Precisamente, tal valoración conduce al TS a rechazar que hubiera existido disposición de derechos prohibida en el supuesto de autos, en el que un trabajador había ofrecido a la empresa, a cambio de obtener el traslado a la localidad deseada por él, la renuncia a la indemnización económica prevista en el convenio colectivo aplicable, pretendiendo posteriormente, una vez conseguido su propósito, la declaración de nulidad de su actuación. Concluye el citado Tribunal que semejante pretensión “no cabe duda que es contraria a los actos propios” y que, además, el acto impugnado, “calificado de renuncia, no es tal”, sino “un acto de disponibilidad condicionada –renuncia a cambio de ser destinado a la plaza elegida (...)– cuya validez ha de ser declarada en virtud de los criterios más arriba expuestos”.

7. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cauce procesal

El control judicial de la legalidad o ilesividad de un convenio colectivo o de un acuerdo de empresa es materia propia de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos regulada en los arts. 161 y ss. LPL. En los supuestos en donde la LPL dispone la sujeción de esa impugnación a la observancia de los trámites del proceso de conflicto colectivo (arts. 161.3 y 163.1), ha de entenderse que tales trámites pasan a formar parte de los que definen aquella modalidad procesal, debiendo adaptarse convenientemente a los que son singulares de la misma y contribuyen a su especialidad, como sucede, por ejemplo, con las reglas relativas a la legitimación, al contenido de la demanda, a la intervención del Ministerio Fiscal o a la no exigibilidad de la conciliación preprocesal. Lo pone de relieve la **STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 248 (recurso 471/98), que declara la inadecuación del procedimiento seguido en el caso de autos, por haberse tramitado la impugnación de un acuerdo de empresa con sujeción exclusiva a las reglas de la modalidad procesal de conflictos colectivos. También, aunque de forma implícita, la **STS de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 490.

B) Legitimación activa

Carece de ella quien negoció y firmó el convenio colectivo, pero no la representación que, habiendo mostrado su disconformidad con lo negociado, no hubiese suscrito aquél. Se pronuncia en tal sentido la **STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 248 (recurso 471/98), con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1994 y 15 de julio de 1997 y de la de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1995 y 7 de noviembre y 19 de diciembre de 1997:

VIII. Negociación Colectiva

El art. 163.2 LPL “otorga legitimación pasiva en los procesos de impugnación de convenios a todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio impugnado, (de) lo que se desprende, a *sensu contrario*, que carecen de la activa”, salvo que se trate de representaciones “disconformes con el convenio negociado que se hayan negado a participar en su firma, las cuales pueden, en su caso, ostentar la condición de demandantes”.

Confirma la legitimación activa de la representación no firmante, a propósito del acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo suscrito por secciones sindicales que reunían la representación de la mayoría de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, pedida por el art. 41.4, párrafo tercero, ET, la **STS de 21 de diciembre de 1998**, I.L. J 133/1999.

De estimarse que el convenio lesiona el interés de terceros, éstos disponen de legitimación para proceder a la impugnación del mismo. Con todo, no son terceros respecto al convenio, por estar incluidos en el ámbito de aplicación del mismo, y, por lo tanto, tampoco tienen la legitimación contemplada, los *jubilados* de las empresas afectados por cláusulas de aquél que restringen o suprimen los complementos de la pensión de jubilación reconocidos en otro anterior. Así lo señala la **STS de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 410, tras dejar sentado que los referidos complementos constituyen mejoras de seguridad social y recordar que “la contratación colectiva puede modificar dichas mejoras, reducirlas e, incluso, suprimirlas”:

“Es claro (...) e indiscutido que las mejoras de seguridad social en todos sus aspectos son susceptibles de contratación colectiva y que, por consiguiente, entran dentro del ámbito de aplicación del convenio los jubilados que se vean afectados por esta contratación”, los cuales “están incurso en el último párrafo del apartado b) del 1 del artículo 163 LPL, pues en la exclusión del concepto de terceros que en él se lleva a cabo lo decisivo no es la expresión ‘trabajadores o empresarios’, sino el ‘estar incluido en el ámbito de aplicación del convenio que se impugna’”.

En cambio, posee la condición de tercero, como advierte la **STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999**, I.L. J 340 (recurso 3908/98), una asociación de empresas de trabajo temporal en relación con la impugnación de la cláusula de un convenio colectivo del sector de la construcción que impone a aquéllas, a pesar de no estar incluidas en el ámbito de aplicación de éste, la asunción de condiciones salariales respecto a los trabajadores que pongan a disposición de las que sí figuran incluidas en el referido ámbito de aplicación. La legitimación de dicha asociación no requiere que la lesión denunciada sea real, basando “con que, *prima facie*, pueda desprenderse la existencia potencial de tal lesión”. Obviamente, ello resulta aplicable a cualesquiera supuestos en que aparezca un tercero impugnando un convenio que considere lesivo de sus intereses.

C) Carga de la prueba

Corresponde al que impugna el convenio colectivo la acreditación de los vicios que impute al mismo, pues éstos son hechos constitutivos de la pretensión ejercitada. La “apariencia de validez” que caracteriza a los convenios colectivos estatutarios sólo es des-

virtuable “por prueba a cargo de quien lo impugne”, cuya falta conduce a la desestimación de la pretensión. En el caso de que el vicio denunciado consista en haber sido excluido de la negociación un sujeto que entiende que ostentaba legitimación para participar en ella, no sirve, a los efectos de probar la realidad de aquél, el “autocertificado” sobre legitimación expedido por dicho sujeto, demandante, el cual no deja de constituir una alegación de parte (STS de 15 de marzo de 1999, I.L. J 452).

D) Impugnación de laudos arbitrales resolutorios de conflictos colectivos

La competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la misma por el cauce de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos no desaparece por el hecho de que laudo se hubiera dictado como consecuencia del arbitraje decidido por el Gobierno en virtud de lo dispuesto en el art. 10 del RD-L 17/1977, de 4 de marzo. En tal caso, esa competencia se refiere tanto al enjuiciamiento del procedimiento seguido por el árbitro para dictar el laudo como al del contenido material de éste (STS de 27 de enero de 1999, Sala Tercera, I.L. J 55), sin alcanzar a la impugnación del acuerdo gubernativo que haya dispuesto el arbitraje y nombrado al árbitro, cuyo conocimiento correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.

8. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Al tiempo que recuerda, con cita de sus sentencias de 14 de diciembre de 1996 (recurso 3063/95) y 17 de octubre de 1994, la falta de eficacia normativa de este tipo de convenios (“tienen naturaleza contractual y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los artículos 1091 y 1254 a 1258 del Código Civil”), rechaza el TS, en su **Sentencia de 25 de enero de 1999**, I.L. J 37, dictada en casación para la unificación de doctrina, que constituya modificación sustancial de las condiciones de trabajo la supresión del sistema de incentivos pactado en convenio como los aquí contemplados, decidida por la empresa al término de la vigencia del mismo, oportunamente denunciado. Repara el TS, para llegar a la indicada conclusión, en que la *ultraactividad* de los convenios colectivos, prevista en el art. 86.3 ET, se refiere exclusivamente a los estatutarios:

“La *ultraactividad* de los convenios colectivos establecida en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores respecto a las cláusulas normativas del convenio ya vencido, sólo es predicable respecto de los que hayan sido negociados y concluidos con los requisitos y trámites establecidos en el Título III del propio cuerpo legal.”

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Cotización. 6. Recaudación. A) Reintegro de prestaciones indebidas. B) Liquidación de cuotas y Cooperativa de trabajo asociado. **7. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.** A) Indemnizaciones por accidente de trabajo. B) Recargo de prestaciones. C) Presunción de la naturaleza laboral del accidente ex art. 115 LGSS. **8. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. 9. Asistencia sanitaria.** A) Indemnización por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios. B) Reintegro de gastos médicos por recurso a la medicina privada. **10. Incapacidad temporal.** A) Competencia de la Entidad Gestora para la calificación del hecho causante y para el pago de la prestación. B) Incapacidad temporal en los Regímenes Especiales. C) La prestación económica de Incapacidad Temporal: sujetos, hecho causante, requisitos de acceso, duración y plazos de reclamación. **11. Maternidad.**

12. Regímenes especiales. A) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. B) Régimen Especial Agrario. C) Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

13. Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social. 14. Procesos de Seguridad Social.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidos en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 618).

2. CAMPO DE APLICACIÓN

La STJCE de 11 de junio de 1998, I.L. J 1/1999, examina varias cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de varias disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/71,

del Consejo, de 4 de junio de 1971. El órgano jurisdiccional nacional pretende que se dilucide si dicho Reglamento es de aplicación a una persona que en el momento de entrar en vigor la citada norma en un Estado, residía en dicho Estado como desempleado, después de haber ejercido en él un empleo, y que por este motivo percibía una prestación de desempleo en virtud del régimen de Seguridad Social del citado Estado miembro. El TJCE, reiterando su anterior doctrina, entiende que las expresiones “trabajador por cuenta ajena” y “trabajador por cuenta propia” que utiliza el apartado 1 del art. 2 del Reglamento hacen referencia a:

“toda persona que esté asegurada en el marco de uno de los Regímenes de Seguridad Social mencionados en la letra a) del artículo 1 contra las contingencias y con los requisitos indicados en esta disposición”

y ello con independencia de la existencia de una relación laboral.

La **STJCE de 11 de junio de 1998**, I.L. J 2/1999, interpreta el artículo 10 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 4 de junio de 1971. Entendiendo que una prestación destinada a minusválidos no contributiva e independiente de los recursos del beneficiario se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación del art. 10 bis y le es aplicable la normativa comunitaria.

La **STS de 24 de febrero de 1999**, I.L. J 236, Sala Tercera, reitera la doctrina contenida en sentencias precedentes al señalar que el RD 799/1985, de 25 de mayo, sobre incentivos a la contratación de jóvenes trabajadores excluye de su ámbito de aplicación a las empresas a las que les sea de aplicación el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón. Ello se infiere del tenor literal de su art. 1 cuando señala que el objeto de la bonificación serán las cotizaciones efectuadas al Régimen General en concepto de la cuota por contingencias comunes, “y no a otro distinto aunque comprenda en su ámbito tales contingencias comunes”.

La **STS de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 199, Sala Cuarta, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina relativo al encuadramiento en la Seguridad Social de trabajadores dedicados a labores de extinción de incendios en una empresa de prestación de servicios de prevención y extinción de incendios a explotaciones agrarias y a fincas forestales. Según el Tribunal el encuadramiento de estos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social se debe a que no realizan “labores agrícolas”, y su actividad no puede determinar su inclusión en el Régimen Agrario.

La **STS de 13 de abril de 1999**, I.L. J 585, Sala Tercera, en relación con unos hechos ocurridos en el año 1987 declara la obligatoriedad de afiliación y cotización a la Seguridad Social de los Consejeros Delegados que posean una cuarta parte de las acciones de la empresa. Sin embargo, este pronunciamiento debe ser matizado por la consolidada doctrina de la Sala Cuarta del mismo Tribunal que desde 1994 viene manteniendo de manera reiterada que “los Administradores y Gerentes de empresas, que sean al tiempo pro-

IX. Seguridad Social

pietarios de más de la mitad de las acciones de la Sociedad, no están obligados a la afiliación al Régimen General de la Seguridad Social”.

La **STS de 14 de abril de 1999**, I.L. J 586, Sala Tercera, determina que la relación de los vendedores del cupón con la “ONCE” es de naturaleza laboral ordinaria y entra de pleno en el campo de aplicación del Régimen General ya que cumplen los requisitos del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y no los de representante de comercio. Ya que el encuadramiento de las personas protegidas en alguno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social se determina sólo por Ley, “en atención a la naturaleza jurídica de la actividad y en su caso de la relación que une a las partes de la de trabajo”. Sin que a ello pueda oponerse la decisión de una resolución administrativa, que sólo “tiene la virtualidad de ser un acto aplicativo de las normas generales del ordenamiento, revisable por los Tribunales de Justicia”.

3. ENCUADRAMIENTO

La **STS de 26 de enero de 1999**, I.L. J 144, en recurso de casación para la unificación de doctrina, aplica la doctrina de que no puede tomarse en consideración —a efectos de declarar una situación invalidante— el proceso patológico que se inició con anterioridad a la fecha de afiliación y de alta del interesado en el sistema de la Seguridad Social, salvo que se haya producido una agravación trascendental posterior, y lo ocurrido es que en la sentencia impugnada no se ha acreditado la existencia de tal agravación, a diferencia de lo acaecido en la de contraste, lo que explica los distintos pronunciamientos.

En la **STS de 23 de febrero de 1999**, I.L. J 187, se plantea recurso de casación para la unificación de doctrina, sobre la concurrencia del requisito de alta o situación asimilada al alta del asegurado que al fallecer genera situación de viudedad. Se trata de saber si cabe considerar en situación asimilada al alta, a efectos del reconocimiento de pensión de viudedad de la Seguridad Social, a quien ha estado asegurado sucesivamente en el Régimen General y en el Régimen de Autónomos, causando baja en este último por cese de actividades, e inscribiéndose a continuación como demandante de empleo en la oficina de colocación correspondiente. La situación más ajustada a derecho para la cuestión planteada es la apreciación de la situación del causante en el momento de su fallecimiento como asimilada al alta, y el reconocimiento del derecho a pensión de su viuda. A este planteamiento responde la consideración como situación asimilada al alta de los trabajadores por cuenta propia que cesan en el RETA durante los noventa días que siguen a la baja, plazo prudencial para emprender una nueva actividad profesional o para inscribirse en la oficina de colocación como demandante de empleo. El recurso, en conclusión, debe ser estimado.

En la **STSJ de Aragón de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 84, en relación a una pensión de viudedad, y siguiendo la doctrina contenida en la sentencia anterior, se estima el cumplimiento del requisito por parte del causante de hallarse en alta, asimilándose al alta la situación de paro involuntario tras agotar las prestaciones por desempleo. Producto de

esta línea flexible y humanizadora es la supresión de requisito para este tipo de prestaciones, a tenor de la redacción dada al art. 174.1 por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Aunque se trate de norma posterior al hecho causante del litigio, es indicativa de un estado de opinión al que no es oportuno sustraerse, porque desaparece la exigencia del alta o la situación asimilada, quedando subordinada la concesión de la viudedad y orfandad al cumplimiento de una elevada carencia de 22 años de cotización (reducida después a 15 en la actualmente vigente Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

4. GESTIÓN

Reclamación de oficio por el INSS del reintegro de complementos por mínimos. En las **SSTS de 19 de enero**, I.L. J 139 y **26 de enero de 1999**, I.L. J 145, se plantea si, de acuerdo con la limitación del art. 145 LPL, es legítima la exigencia directa por parte del INSS del reintegro de complemento por mínimos indebidamente percibidos, al no haber declarado el beneficiario la percepción de otros ingresos y rentas. En concreto, el Tribunal Supremo vuelve a rechazar la argumentación de que el INSS sólo está legitimado para variar la cuantía de las pensiones pero no para exigir el reintegro de cantidades sin recurso judicial previo. En lo que ya viene siendo criterio habitual, el TS entiende que el INSS está facultado para exigir directamente las cantidades adeudadas en base a dos argumentos: que concurre la excepción del art. 145.2 LPL, en cuanto que ha habido omisión del deber de declaración del beneficiario y, segundo, que existe un apoyo adicional expreso para tal medida en los sucesivos Reales Decretos sobre revalorización de pensiones. En temas de topes de pensiones, el TS en algún pronunciamiento (SSTS de 10 de febrero de 1997, de 3 de diciembre de 1996, de 13 de octubre de 1994, entre otras) no ha entendido, en cambio, que fuese extendible al INSS la facultad de reclamación directa de las cantidades que excediesen dichos topes por no entender que este supuesto se hallase dentro de las excepciones que contempla el art. 145.2 LPL.

Competencia del INSS, y no de la Mutua concertada, en la calificación del origen del riesgo. A tenor de la **STS de 26 de enero de 1999**, I.L. J 41, el INSS es competente para calificar el origen de la contingencia pese a que el riesgo esté concertado por la Mutua y no haya coincidencia en los diagnósticos. En el caso citado, el médico de la Mutua calificó la patología de enfermedad común, concediéndosele la baja a la trabajadora en tal concepto. Posteriormente la Comisión de Evaluación de Incapacidades del INSS entendió que la enfermedad derivaba de un accidente de trabajo e hizo responsable del pago de las prestaciones de incapacidad temporal a la Mutua. El TS estima el recurso planteado por el INSS y entiende que la competencia de calificación es atribuible en última instancia al INSS y no a la Mutua, siendo argumento principal el hecho de que a la primera la ley le concede el carácter de entidad gestora mientras que a la mutua meramente le reconoce la condición de entidad colaboradora de ésta (arts. 56 y 67 LGSS). Por lo demás, se incorporan los argumentos empleados en la STS de 26 de enero de 1998, en los que se admitió la reclamación directa del INSS contra la Mutua sin necesidad de reclamación judicial previa.

5. COTIZACIÓN

Responsabilidad de la empresa en supuestos de infracotización. La sentencia recurrida responsabiliza a la empresa del complemento diferencial de la pensión de incapacidad permanente de un antiguo trabajador al haber existido infracotización durante el periodo en que éste se hallaba de baja laboral. El Tribunal Supremo desestima el recurso por inexistencia de contradicción dado que, en la sentencia de contraste aportada, la infracotización se producía con anterioridad al hecho causante mientras que en el caso presente se produce con posterioridad a la baja. **STS de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 70.

En el tema del cálculo de la base reguladora de la pensión y pluriempleo, el TSJ determina la adición de la cotización por desempleo a la cotización realizada como clérigo, figura asimilada al trabajador por cuenta ajena en el Régimen General, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, **STSJ de Madrid de 23 de febrero de 1999**, I.L. J 317.

Responsabilidad empresarial de las empresas de limpieza por incorrecta elección del epígrafe de primas de accidente de trabajo y enfermedad profesional. En las **SSTS de 9 de febrero**, I.L.J 232 y de **10 de febrero de 1999**, I.L. J 233, se rechaza la distinción entre las actividades de limpieza exterior e interior, a efectos de la elección del epígrafe correspondiente a las primas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional del RD 2930/1979, de 29 de diciembre. El TS desestima la pretensión de la empresa, dedicada a la limpieza interior, y considera aplicable el epígrafe 117, que establece una cotización más elevada, en atención a la literalidad de la expresión “limpieza de edificios” que no distingue entre ambos tipos de limpieza.

6. RECAUDACIÓN

A) Reintegro de prestaciones indebidas

Son numerosos los pronunciamientos de las Salas de lo Social de los TSJ en la materia, sobre todo respecto al plazo de prescripción que resulta de aplicación en estos supuestos. Todos ellos se remiten a la doctrina sentada por el TS para la aplicación del plazo general de prescripción de cinco años, y las excepciones que originan su permuta por el de tres meses [en este sentido, por ejemplo, la **STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 1999**, I.L. J 101 (recurso 67/99) o la **STSJ de Navarra de 26 de febrero de 1999**, I.L. J 113 (recurso 109/99)].

Tema destacable es, igualmente, el de la posibilidad de que el INSS, a pesar de lo dispuesto por el art. 145 LGSS, pueda actuar de oficio y, en este sentido, rebajar la cuantía de una prestación en el importe que considere indebidamente percibido. Del mismo modo que en el caso anterior, se da aquí una masiva remisión a la doctrina sentada por el TS. Así, por ejemplo, en el supuesto de complementos por mínimos indebidamente percibidos, cuando el beneficiario ha incumplido la obligación de declaración anual de

ingresos que los RD de revalorización imponen [STS de 16 de abril de 1999, I.L. J 564, Sala Cuarta, unificación de doctrina, y STSJ de Murcia de 4 de febrero de 1999, I.L. J 237 (recurso 245/98)]. Y ello es así, llegando incluso a determinar que dicha rebaja pueda motivar una reducción de los umbrales del salario mínimo interprofesional, en base a una doble distinción entre, por un lado, descuento y embargo de prestaciones (que por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1449 LEC respecto a la inembargabilidad de las pensiones, únicamente resultaría su aplicación predicable del segundo caso), y salario mínimo interprofesional (como renta de un trabajador en activo) y pensión mínima (como percepción de los trabajadores pasivos), pues, a juicio del TS, se trata no de una actuación de ejecución sino de gestión (STS de 9 de marzo de 1999, I.L. J 441, Sala cuarta). O también, en supuestos de concurrencia de pensiones públicas que superan los límites máximos fijados por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en el que debe operar una reducción proporcional de aquéllas [STSJ de Navarra de 26 de enero de 1999, I.L. J 105 (recurso 7/99)].

B) Liquidación de cuotas y Cooperativa de trabajo asociado

Resulta interesante la STS de 25 de enero de 1999, I.L. J 54, Sala Tercera, en un supuesto de liquidación de cuotas por falta de alta y cotización de socios trabajadores de una Cooperativa de trabajo asociado. Así pues, se determina que, en caso de pluralidad de actividades en el mismo Régimen o en distintos Regímenes de la Seguridad Social, resultan procedentes las liquidaciones en cada una de aquellas actividades. La DA de la Ley 3/1987 únicamente otorga el beneficio a los socios trabajadores de una Cooperativa de trabajo asociado de optar, en el seno de ésta como sujeto cotizante, bien por cotizar en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, bien en el Régimen General o en algunos de los regímenes especiales que procediesen, dependiendo de la actividad de la cooperativa.

7. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Indemnizaciones por accidente de trabajo

Un problema resulta interesante en la determinación de las indemnizaciones de toda índole procedentes en supuestos de accidentes de trabajo. Éste es el de la necesidad de tener en cuenta o no, a efectos de su cuantificación, las prestaciones reconocidas al beneficiario de aquéllas en base a la normativa protectora de Seguridad Social; es decir, si deben computarse o detraerse éstas, o bien si resultan independientes. En este sentido, la STS de 17 de febrero de 1999, I.L. J 416, Sala Cuarta, unificación de doctrina, se manifiesta a favor de la toma en consideración de aquellas prestaciones y, en este sentido, basándose en lo dispuesto por los arts. 1101 y 1902 CC, y en ausencia de norma que baremice, en el ámbito laboral, la indemnización a otorgar, añade que ésta será procedente si es:

IX. Seguridad Social

“adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (...) que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social” (FJ 2º).

En muy similares términos se pronuncia la **STSJ de Asturias de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 349 (recurso 2701/98). En ella, empero, a estos efectos, se añade que, cara a la determinación de la indemnización por daños y perjuicios, se tendrán en cuenta las indemnizaciones percibidas por el trabajador, incluyendo las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo, y no deben computarse las cantidades fruto del recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad. Y ello resulta de tal modo fundamentándose en su naturaleza eminentemente sancionadora, a pesar de que repartan una indemnización al accidentado.

B) Recargo de prestaciones

Debe hacerse mención en este tema a la **STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999**, I.L. J 294 (recurso 2712/98), que, remitiéndose a pronunciamientos anteriores de la Sala de lo Social del mismo Tribunal y del TSJ de Madrid, advierte que no existe incompatibilidad entre el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y las sanciones penales que procedieran. Y ello en base a que, aún resultando de forma clara su naturaleza sancionatoria, aplicable en exclusiva a la empresa responsable, no se trata de una sanción de tipo administrativo, es decir, no se mueve en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, no siendo de aplicación el art. 3 LISOS, pues se incardina dentro de lo que prevé en su regulación la LGSS.

Interés también posee la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 1999**, I.L. J 609 (recurso 185/99), respecto a la fijación del porcentaje de recargo a aplicar. Así, el hecho de que confluya una conducta peligrosa y manifiestamente imprudente por parte de los accidentados, que por categoría profesional y por experiencia debían de haber ejecutado de forma correcta, que haya resultado ser causa eficiente del percance sufrido, no enerva la responsabilidad de la empresa por cuanto ésta debía tomar las medidas necesarias. Ahora bien, ello impide la imputación del resultado dañoso de forma exclusiva a aquélla, lo que tiene consecuencias a la hora de fijar el concreto porcentaje a aplicar en concepto de recargo.

C) Presunción de la naturaleza laboral del accidente *ex art. 115 LGSS*

En la **STS de 31 de marzo de 1999**, I.L. J 516, Sala Cuarta, unificación de doctrina, entendía el Tribunal de un recurso cuyo objeto era determinar si una específica tasa de alcoholemia puede configurarse, *per se*, como imprudencia temeraria a efectos de destruir la presunción establecida en el art. 115.3 LGSS. En este sentido, el TS determinó que, al respecto, no puede elaborarse una declaración de un cariz tan general, puesto que la imprudencia debe configurarse en relación con las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto de hecho que específicamente haya de resolverse.

Por otro lado, en cuanto a la configuración de esta presunción, se viene manifestando por las Salas de lo Social de los TSJ, siguiendo la doctrina sentada por el TS al respecto, en relación con los infartos y otras afecciones agudas de tipo cardíaco y vascular o circulatorio, que la existencia de episodios patológicos de este tipo de forma reciente [STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 1999, I.L. J 536 (recurso 5819/98)], o la predisposición patológica común del afectado [STSJ de Navarra de 23 de abril de 1999, I.L. J 612 (recurso 175/99)], no resultan suficientes para la destrucción de tal presunción, siempre que se produzca el desenlace patológico que produce la lesión en el tiempo y lugar de trabajo, y no exista prueba en contrario de tal extremo. Se señala, asimismo, que dicha presunción alcanza también, como en estos supuestos, a las enfermedades, en consonancia con la configuración eminentemente amplia de la presunción, siendo necesario, según reiterada doctrina del TS, demostrar la carencia total y absoluta de nexo causal entre aquella y el trabajo realizado por el afectado, y operando, de este modo, la inversión de la carga de la prueba [STSJ de Navarra de 8 de marzo de 1999, I.L. J 250 (recurso 117/99)].

8. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

La cuestión litigiosa a resolver se concreta en determinar la fecha de inicio de la prestación contributiva de desempleo cuando se produjo una decisión empresarial de extinción del contrato por causas económicas o asimiladas (despido objetivo), y ésta fue impugnada judicialmente por el trabajador, finalizando con un acuerdo conciliatorio: si es la fecha de la conciliación (tal y como viene sustentado el INEM) o la fecha del despido. Al respecto, la STS de 27 de enero de 1999, I.L. J 44 Sala Cuarta (recurso 1478/98), en unificación de doctrina, hace mención en primer lugar (FJ 2º) a anteriores sentencias unificadoras [STS de 27 de octubre de 1997 (recurso 712/1997) y STS de 10 de noviembre de 1997 (recurso 314/1997)], en las que se distingue entre lo que es el hecho causante de la situación legal de desempleo, y lo que constituye el problema de su acreditación. A tal efecto, se parte de la base de que el hecho causante de la situación se produce el día de la notificación al trabajador de la decisión empresarial de extinción del contrato, de donde será dicha fecha la determinante del derecho a la prestación, de conformidad con el art. 208.1.d) de la LGSS. Por su parte, la previsión contenida en el art. 209.1 LGSS, condicionando el nacimiento del derecho a las prestaciones a que la solicitud y la inscripción como demandante de empleo se realicen dentro del plazo de 15 días, se entiende por la jurisprudencia como aplicable únicamente en el caso de que el despido no hubiera sido impugnado (en cuyo caso coincide la realidad del hecho causante con la posibilidad de la solicitud de inscripción y de prestación), puesto que si el despido objetivo se impugna judicialmente habrá que esperar a la resolución del pleito para la acreditación del hecho. En base pues a esta diferenciación, la Sala considera que a pesar de que la fecha de la conciliación fuera determinante del definitivo conocimiento de la situación real de desempleado, ello no enerva la realidad de que el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo desde la fecha de despido. En consecuencia,

IX. Seguridad Social

y haciendo prevalecer la fecha de la extinción sobre la de su declaración formal, la Sala resuelve señalando que “en tanto que la prestación de desempleo no puede ser reclamada cuando se encontraba pendiente el proceso instado por el trabajador sobre impugnación del acto extintivo –una vez terminado aquél por conformidad de las partes en el acto conciliatorio judicial– parece lógico retrotraer los efectos económicos de la prestación de desempleo a la fecha de la extinción contractual ‘convalidada’”.

Asimismo, la fecha en la que comienzan los efectos económicos de la pensión de jubilación es la fecha del cese en el trabajo, y no aquella en la que se presentó con posterioridad la solicitud debida a una situación de enfermedad del sujeto, y que deriva en una indudable falta de voluntariedad del mismo en el retraso de la presentación de solicitud de la pensión. **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 1999**, I.L. J 274 (recurso 997/98).

Para una situación de incapacidad permanente total igualmente se considera que los efectos económicos de la pensión correspondiente comienzan desde la fecha de la solicitud de la invalidez y no con la fecha posterior del dictamen de la UVMi. **STS de 18 de enero de 1999**, Sala Cuarta, I.L. J 18 (recurso 1422/98), en unificación de doctrina.

Con relación al alcance de la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social cuando están afectadas por el límite anual de su cuantía previsto en las leyes de presupuestos, y fundamentalmente las consecuencias que pudiera tener que dicho límite deje de ser aplicable, la **STS de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 163, Sala Cuarta (recurso 1981/98) en unificación de doctrina, considera que el verdadero importe de toda pensión es el inicial aumentado por la aplicación de los incrementos porcentuales que la actualizan, sin perjuicio de que anualmente se establezcan determinados topes o límites para su pago. De ahí que la referencia que contienen las disposiciones anuales de revalorización a la pensión recibida en la anualidad anterior, como objeto de aplicación del incremento porcentual, haya de entenderse hecha no al importe limitado por razón de los topes máximos, pues ello haría ficticia la actualización pretendida, sino a la pensión reconocida y actualizada mediante las sucesivas revalorizaciones. Si de conformidad con el art. 49 LGSS el tope opera sobre las pensiones una vez revalorizadas, ello pone de relieve, y así lo afirma la Sala, “que las pensiones han de revalorizarse, aunque los pagos anuales queden limitados por el tope”. No obstante, se recoge un voto particular considerando que el límite no sólo impide de forma total o parcial la revalorización, sino que además actúa de forma permanente, en el sentido de que una vez desaparecido el límite la pensión revalorizada no recupera su cuantía aunque sí lo haga la pensión inicial sometida al tope.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 245 (recurso 280/98) resuelve la cuestión de un trabajador que venía percibiendo el subsidio por desempleo (que le fue reconocido tras el agotamiento de la prestación por desempleo) y que suspendió al integrarse en una cooperativa de trabajo asociado, para realizar una actividad de carácter fijo discontinuo, y a cuya conclusión se le denegó la reanudación de aquel derecho por la entidad gestora, al no considerarlo en situación legal de desempleo, según la normativa reglamentaria aplicable a los socios cooperativistas. Sin embargo, en la Sentencia se declara que la situación en la que se encuentra el trabajador es asimilable al supuesto contemplado en el art. 1.5 RD 625/1985, puesto que el sujeto se encuentra sin

trabajo, pudiendo y queriendo trabajar, reconociéndole en consecuencia el derecho a reanudar el subsidio interrumpido por el tiempo que le reste.

En un caso similar en que el trabajador, percibiendo el subsidio por desempleo, lo suspende en virtud de un contrato de duración determinada, al término del cual se le deniega la reanudación del subsidio alegándose que el importe de la renta del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen, es superior al 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional, la **STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 304 (recurso 552/96) declara que en tal supuesto no se está ya ante un mismo acto, el inicial de la concesión del beneficio, sino que se produce otro segundo, separado e independiente, que precisa una declaración sobre si la situación familiar sigue siendo la misma o ha variado. Y si se varía la situación, la nueva resolución de la entidad gestora no constituye una revisión, por sí misma, del acto declarativo del derecho que inicialmente se otorgó que es lo que el art. 145 LPL no autoriza.

La realización de un trabajo por cuenta ajena provoca la suspensión de la percepción de desempleo. **STSJ de Asturias de 19 de marzo de 1999**, I.L. J 346 (recursos 2586 y 2812/98).

El recargo por faltas de medidas de seguridad que establece el art. 123. 1 y 2 de la LGSS tiene un carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad, de ahí que dicho recargo no pueda resultar aplicable sobre los aumentos y mejoras que experimente la pensión básica. Por otro lado, y aun cuando es doctrina de la misma Sala [STSJ de Galicia de 28 de julio de 1994 (recurso 2952/1994)] que el recargo establecido por falta de medidas de seguridad se extiende al 150 por ciento de la prestación de gran invalidez, en el presente caso no resulta aplicable por cuanto se renunció expresamente al 50 por ciento a cambio de sustituir dicho incremento por el alojamiento y cuidado en una clínica. **STSJ de Galicia de 30 de enero de 1999**, I.L. J 284 (recurso 5582/98).

La **STS de 25 de enero de 1999**, I.L. J 401 (Sala Cuarta), en unificación de doctrina, resuelve la cuestión del alcance de la responsabilidad empresarial de la pensión de jubilación de la Seguridad Social cuando el asegurado no ha podido completar el periodo de carencia por incumplimiento de la obligación de alta y cotización de uno de los empresarios para los que prestó servicios. En tal supuesto, la Sala considera que no es proporcionado ni adecuado a la magnitud de la falta cometida imputar la responsabilidad íntegra del pago de la pensión de jubilación a una de las empresas, teniendo en cuenta que la carrera de seguro del actor transcurrió en más de cuatro quintas partes en otras empresas, y en consecuencia, declara que la responsabilidad de la prestación debe ser repartida entre la entidad gestora y la entidad empleadora incumplidora, siendo la parte alícuota de ésta proporcional al tiempo de cotización que restaba al asegurado para completar el periodo de carencia de la prestación de jubilación.

Afirmando la doctrina jurisprudencial en torno a la revisión de oficio por la entidad gestora, por la cual ésta se encuentra facultada para ajustar las cuantías abonadas a partir del

IX. Seguridad Social

momento en que comprueba fehacientemente que el beneficiario supera el importe máximo anualmente señalado para las pensiones públicas, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de marzo de 1999, I.L. J 522 (recurso 1112/98), considera no obstante que:

“el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por no aplicación de los topes legales, teniendo en cuenta que han sido satisfechas de modo voluntario y consciente por la entidad gestora, pasando a formar parte del patrimonio del pensionista, no puede reconocerse al INSS la potestad para ordenar el reintegro con carácter imperativo y fuerza ejecutiva, pues esa potestad únicamente corresponde a los Tribunales de Justicia”.

9. ASISTENCIA SANITARIA

A) Indemnización por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios

Según la STSJ de Navarra de 26 de abril de 1999, I.L. J 613, existe una responsabilidad objetiva del Estado en indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Para que pueda predicarse esa responsabilidad, es necesaria la concurrencia de algunos requisitos tales como la efectiva realización de un daño, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que el mismo no se hubiera producido por fuerza mayor. Teniendo en cuenta que la finalidad de la indemnización es la de reparar al perjudicado deben valorarse todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

B) Reintegro de gastos médicos por recurso a la medicina privada

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 1999, I.L. J 56, para que proceda el reintegro de los gastos sanitarios es requisito imprescindible que se haya producido una urgencia vital que ponga en peligro la vida del beneficiario o su curación definitiva y supone una imposibilidad auténtica de acudir a la medicina oficial de la Seguridad Social y principalmente cuando no existen, en el lugar donde se halla el beneficiario, médicos ni centros asistenciales o si están lejanos. Y una vez que se ha acudido a la medicina privada, se debe comunicar expresa y claramente esta asistencia para tener derecho al reintegro de los gastos. Cabe también el reintegro en los supuestos de internamiento por razones psiquiátricas en un centro de salud privado tal y como establece la STSJ de Galicia de 1 de marzo de 1999, I.L. J 350.

La STSJ de Extremadura de 20 de enero de 1999, I.L. J 62 cuestiona la posibilidad de solicitar el reintegro de gastos médicos a la Seguridad Social, en aquellos casos en que existe una denegación injustificada de asistencia por parte de los correspondientes servicios del Sistema Nacional de Salud, por no aparecer contemplada esta causa en el RD 63/1995. Según dicha sentencia pese a la falta de previsión normativa se podría dar derecho al reintegro por otra vía como podría ser la indemnización por daños y perjuicios.

La STSJ de Valencia de 12 de enero de 1999, I.L. J 334 señala que los posibles intereses en el caso de reclamación del reintegro de gastos médicos, previa autorización del servi-

cio de Salud, sólo se devengan desde que la cantidad reclamada es líquida y concreta, o sea desde la sentencia, y si los intereses se fijan en una sentencia anterior, debieron reclamarse en aquel proceso.

Para la STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 1999, I.L. J 382, no procede el reintegro de gastos médicos cuando no exista urgencia vital que pueda poner en peligro la vida o integridad física de la persona, ni tampoco cuando no existe una autorización para acudir a la medicina privada, la cual sólo puede ser concedida por los organismos competentes del INSALUD. Igualmente, si el tratamiento recibido por el beneficiario por el centro privado no era de tal entidad que no permitiera su curación a cargo del INSALUD, se entiende que no existe urgencia vital ni procederá por tanto el reintegro de gastos (STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 1999, I.L. J 383).

10. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Competencia de la Entidad Gestora para la calificación del hecho causante y para el pago de la prestación

En la STS de 26 de enero de 1999, I.L. J 42, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal entiende que cabe atribuir al INSS y no a la mutua de accidentes de trabajo, la competencia para la calificación del origen o hecho causante de las lesiones generadoras de incapacidad temporal, precisamente por la condición de entidad gestora de aquél y de entidad colaboradora de ésta, lo que comporta distintas facultades de uno y de otra, de acuerdo con la legislación vigente (arts. 57 y 67 de la LGSS, art. 1 del RD-L 36/1978 y art. 2 del RD 2609/1982).

La STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 1999, I.L. J 89, estudia un supuesto específico: El Ente Gestor, y en concreto el INEM, abonó a la trabajadora las prestaciones por desempleo durante la situación de incapacidad temporal de la misma, abonando la Mutua en concepto de incapacidad temporal una cuantía residual. Según la sentencia, el INEM, al abonar las prestaciones por desempleo, no se propuso zanjar la deuda que la mutua tenía con la trabajadora. Por tanto, no es de aplicación al supuesto el art. 1158 del Código Civil, al no haber habido pago por tercero de la deuda reclamada por la trabajadora y sin que ello obste al INEM a ejercitar las acciones oportunas contra la trabajadora y, si sospecha fraude, solicitar en el proceso que se inste el embargo preventivo de las sumas concedidas.

B) Incapacidad temporal en los Regímenes Especiales

En la STS de 27 de enero de 1999, I.L. J 43, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal se cuestiona si es posible impedir el reconocimiento de prestaciones por incapacidad temporal en el Régimen Especial de

IX. Seguridad Social

Trabajadores Autónomos, en base al argumento de que existían cuotas atrasadas por parte del trabajador, cuyo pago había sido rehusado por aquél cuando fue requerido por el INSS para que las pagara. El Tribunal Supremo admite dicha posibilidad, negando la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que sirvió de contraste por inexistencia de falta de sustancial igualdad fáctica ex art. 217 de la LPL.

La STS de 23 de diciembre de 1998, I.L. J 125/1999, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo señala que conforme al art. 46.2 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario, aprobado por Decreto 3772/1972, para causar derecho a las prestaciones del Régimen Especial Agrario es requisito indispensable estar al corriente en el pago de las cuotas, y en este punto la Sala no dispone de margen para la ponderación de consideraciones de equidad.

La STS de 1 de febrero de 1999, I.L. J 157, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, establece que debe reconocerse el derecho a la prestación de incapacidad temporal a un asegurado del Régimen Agrario del grupo de los trabajadores por cuenta propia, el cual, habiendo sido dado de alta por el médico tras el agotamiento de un período anterior de percepción de incapacidad temporal por causa de enfermedad común, vuelve a causar baja por recaída en la misma enfermedad después de algo más de seis meses. Y ello por aplicación del art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967.

La STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 1999, I.L. J 425, señala que en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la prestación de incapacidad temporal está condicionada a la solicitud previa, y no nace de manera directa o automática, y, al ser necesaria la presentación de solicitud es de aplicación el período de retroacción de tres meses del art. 43.1 de la LGSS. Otro requisito imprescindible es que el interesado se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, de manera que proceda el descuento del 20 por ciento en los casos en que el trabajador no efectúe el ingreso de las cuotas (art. 3.2 del RD 2110/1994, de 28 de octubre).

Por aplicación de la normativa vigente (RD 2530/1979), la STS de 16 de abril de 1999, I.L. J 565, estima que ha de considerarse como una situación asimilada al alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el período de noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produce la baja de dicho régimen, y por tanto, es perfectamente posible acceder a la incapacidad temporal, desde esta situación. Y ha de rechazarse que agotado este período no concurriera el alta cuando se emite el informe médico de síntesis y el dictamen del EVI.

C) La prestación económica de Incapacidad Temporal: sujetos, hecho causante, requisitos de acceso, duración y plazos de reclamación

La STS de 1 de febrero de 1999, I.L. J 68, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina establece en términos generales, que en el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal, rige por mandato del art. 95 de la LGSS de

1966, el principio de automaticidad de prestaciones, que impone a la entidad gestora el pago del subsidio de forma directa e inmediata, siempre que se trate de trabajador en alta.

En la **STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 1999**, I.L. J 102, se analiza la posibilidad de si el trabajador adquiere el derecho a las prestaciones por incapacidad temporal, cuando, encontrándose en dicha situación, cesa en la relación laboral. Y según esta sentencia, ello es perfectamente posible. Y por lo que se refiere a la responsabilidad del abono del subsidio, el mismo está a cargo del empresario (desde el día cuarto al decimoquinto, según el art. 131 de la LGSS), sin que pueda pensarse que carece de esta obligación por haber cesado el trabajador pues una cosa es la relación de trabajo y otra la de Seguridad Social.

Según la **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 137, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, a efectos de completar el período de carencia preciso para tener derecho a las prestaciones de invalidez permanente puede computarse como efectivamente cotizado el período de los dieciocho meses del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, aun cuando en realidad el presunto inválido no hubiera llegado a acceder a esa situación.

Para la **STS de 1 de febrero de 1999**, I.L. J 162, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, una vez agotado el período de dieciocho meses de incapacidad temporal, y continuándose en situación de prórroga durante la tramitación del expediente de invalidez permanente, si se deniega la pensión de invalidez por no poderse calificar el estado como constitutivo de una situación de incapacidad permanente, y tras ello el trabajador se reincorpora a la empresa, es perfectamente posible que el trabajador vuelva a causar baja médica y a solicitar la prestación por incapacidad temporal. No existe en ese caso una aplicación indebida del art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967.

En términos parecidos la **STS de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 184, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que es posible que al asegurado al que se denegó en una primera ocasión el subsidio de incapacidad temporal por no cumplir uno o varios de los requisitos legales para su obtención (alta o situación asimilada), tenga derecho a dicho subsidio al recaer en idéntica dolencia tras un intervalo de alta médica o recuperación de la salud durante el cual ha conseguido integrar el requisito cuya omisión le impidió anteriormente el reconocimiento de tal derecho. Tal conclusión también se desprende del art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967.

Según la **STS de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 204, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de acuerdo con la legislación vigente, es posible continuar percibiendo el subsidio por incapacidad temporal en aquellos casos en que se diera de alta al trabajador y se emitiera informe propuesta en el que se considerase al trabajador afectado de una presunta invalidez permanente, de modo que quedarían excluidos aquellos casos de alta médica con propuesta de secuelas no invalidantes, extinguiéndose el subsidio por incapacidad temporal en tales casos.

IX. Seguridad Social

De modo paralelo la STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 1999, I.L. J 374, señala que el hecho de que se haya tramitado un expediente de invalidez permanente total, cualquier que sea su resultado, no obsta a que el trabajador, con posterioridad y en tanto que haya surgido una nueva enfermedad que le inhabilite temporalmente para la capacidad residual de trabajo que conserva, pueda causar derecho a la prestación económica de incapacidad temporal, compatibilizándose el cobro de ambas prestaciones. En estos casos el derecho a la prestación a cargo del INSS no abarca todo el período de baja sino sólo a partir del decimosexto día. En cambio no se estará en situación de incapacidad temporal cuando lo que ha habido es un agravamiento respecto a la situación primitiva previamente calificada de invalidez permanente.

La STSJ de Asturias de 16 de abril de 1999, I.L. J 362, insiste en que el trabajador no tiene la obligación de reintegrar las prestaciones básicas y complementarias por incapacidad temporal satisfechas por la empresa, a la vez que percibía la pensión vitalicia de invalidez permanente, si la primera de estas prestaciones se pactó como mejora voluntaria en el convenio colectivo.

La STSJ de Asturias de 30 de abril de 1999, I.L. J 363, señala igualmente que durante el plazo de prórroga de treinta meses de la incapacidad temporal, subsiste el derecho del trabajador a continuar percibiendo las prestaciones económicas máxime si se deduce la necesidad de asistencia sanitaria del trabajador y la imposibilidad de llevar a cabo una prestación de trabajo, y ello porque la temporalidad es definitiva de la incapacidad temporal, frente a las notas de presunción de indefinición de la invalidez.

Para la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 1999, I.L. J 372, en los casos en que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal en la fecha en que el empresario decide poner fin a la relación laboral que les une, ese día inicial de cómputo del plazo de caducidad para demandar por despido no se altera, sin que sea posible esperar a que finalice la situación de incapacidad temporal. Naturalmente dicha regla general se exceptúa si el empresario comunica al trabajador que pospone los efectos de su decisión al momento del alta médica, o que el propio trabajador no esté en condiciones de salud para darse por enterado de la decisión empresarial.

Según la STS de 18 de marzo de 1999, I.L. J 471, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, los fallos cardíacos, vasculares o circulatorios, se incorporan dentro del concepto de lesión corporal y por tanto son constitutivos de accidente laboral a los efectos de calificación que ha de darse a la situación de incapacidad temporal.

Según la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 1999, I.L. J 527, el alta médica expedida por los servicios facultativos de la mutua de accidentes que pone fin al proceso de incapacidad temporal, sin alusión expresa ni concreta y por tanto sin la consiguiente cuantificación de la base reguladora a efectos de cuantificación del futuro subsidio, genera en el acto de juicio indefensión para el trabajador.

La STS de 26 de abril de 1999, I.L. J 588, Sala Tercera, señala que no cabe el reintegro de prestaciones por incapacidad temporal abonadas en régimen de pago delegado, máxi-

me cuando la empresa solicitante no estaba al corriente en el pago de las obligaciones con la Seguridad Social.

Por último, para la **STSJ de Murcia de 21 de abril de 1999**, I.L. J 611, una empresa carece de legitimación activa para solicitar la declaración de accidente de trabajo de un operario suyo y ello porque la titularidad corresponde en exclusiva al trabajador enfermo o accidentado, su representante legal, las mutuas aseguradoras y las empresas colaboradoras, pero en este último caso, sólo en aquellos asuntos que les afecten directamente. De esta manera, la legitimación de los empresarios se limita exclusivamente a los supuestos en que sean responsables de las prestaciones (art. 4.1 del RD 1300/1995).

11. MATERNIDAD

La **STJCE de 11 de junio de 1998**, I.L. J 1/1999, resuelve una cuestión prejudicial de Seguridad Social sobre los trabajadores migrantes referida al ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y subsidio por maternidad, sobre el derecho a seguir recibiendo las prestaciones después de haber trasladado la residencia a otro Estado miembro.

La cuestión se suscita en el marco del litigio entre una nacional finlandesa y el Instituto sueco de la Seguridad Social, relativo al derecho de aquélla a seguir percibiendo prestaciones de Seguridad Social, abonadas con arreglo a la legislación sueca después de que la interesada hubiera trasladado su residencia a Finlandia sin ejercer en este último país una actividad profesional.

La Sra. K. había trabajado en Suecia y era beneficiaria de prestaciones por desempleo cuando dio a luz. A partir de ese momento empezó a cobrar un subsidio por maternidad reconocido con ocasión del nacimiento de su hijo y que se regulaba en la legislación finlandesa. Por ésta, el progenitor tiene derecho, con motivo del nacimiento de un hijo, y durante un máximo de 450 días, hasta que el niño tenga 8 años, o, a más tardar, hasta el término de su primer año escolar, siempre que haya estado en alta como asegurada en una Caja General de Seguridad Social durante al menos 180 días ininterrumpidos con anterioridad a la fecha en la que empiecen a pagarse las prestaciones. El Gobierno sueco, en las observaciones que se desprenden del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, de 1 de enero de 1994, por el que pasa a ser aplicable en Suecia el Reglamento 1408/71, reconoció que el citado subsidio de maternidad era una prestación de maternidad conforme al art. 5 del citado Reglamento.

Cuando estaba recibiendo las prestaciones la Sra. K. se traslada a Finlandia, el día 1 de julio de 1994, y solicita a la Seguridad Social sueca seguir recibiendo el subsidio; la Caja General de la Seguridad Social sueca le deniega la solicitud argumentando que al haber abandonado Suecia ha sido dada de baja el día 2 de julio de 1994 en el Registro de la Caja General de la Seguridad Social. La denegación se justifica por la aplicación del art. 3

IX. Seguridad Social

del Capítulo I de la Ley, que establece que estarán asegurados los ciudadanos suecos y las personas que sin poseer la nacionalidad residan en el territorio; si la estancia es inferior a un año se entiende que sigue siendo residente. A la Sra. K. se le había denegado el derecho a seguir percibiendo el subsidio, así como el derecho a seguir permaneciendo en alta en la Seguridad Social sueca.

La Sra. K. basa su reclamación en el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del art. 22 del Reglamento 1408/71, que establece que: 1.– “el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones teniendo en cuenta en su caso las disposiciones del art. 18 y (...) b) que, después de haber admitido el disfrute de las prestaciones a cargo de la institución competente, sea autorizado por esta institución a regresar al territorio del Estado miembro en que reside o a trasladar su residencia al territorio de otro Estado miembro (...) tendrá derecho ii) a las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que se aplique.

La Sra. K. alega que en virtud de esta disposición tendrá derecho a recibir las prestaciones en metálico de subsidio de maternidad aunque se haya trasladado a Finlandia durante el período que las personas residentes en Suecia pueden disfrutar del derecho.

El Instituto sueco de la Seguridad Social alega que el derecho al abono del subsidio por maternidad ha dejado de existir porque la Sra. K. ha perdido la residencia en Suecia y por tanto no cumple los requisitos. El Instituto se remite a la letra f) del apartado 2 del art. 73 del Reglamento 1408/71 introducido mediante el Reglamento 2195/91, el cual prevé que: “la persona a la que deje de ser aplicable la legislación de un Estado miembro y pase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro de conformidad con una de las reglas enunciadas en las letras anteriores o con una de las excepciones o normas en los arts. 14 a 17, quedará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, de conformidad con las disposiciones de esta legislación únicamente”; y por otra parte, en el art. 10 ter del Reglamento 574/72, introducido asimismo por el Reglamento 2195/91, se establece que “la fecha y las condiciones en que la legislación del Estado miembro deja de ser aplicable a una de las personas contempladas en la letra f) del apartado 1 del art. 13 del Reglamento se determinarán de conformidad con las disposiciones de dicha legislación”.

La necesidad de interpretación de determinados preceptos de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 para resolver el litigio obligó al órgano jurisdiccional nacional a suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales en torno al ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71, a la interpretación de la letra f) del apartado 2 de art. 13 del Reglamento 1408/71, en relación con el art. 10 ter del Reglamento 574/72 en cuanto al requisito de residencia, y a la interpretación del art. 22 del Reglamento 1408/71, en el sentido de si una persona que ha empezado a percibir prestaciones en metálico por razón de maternidad en un determinado Estado (Estado competente), tiene derecho a seguir percibiendo dichas prestaciones en metálico al trasladar su residencia a otro Estado miembro.

La primera cuestión se resuelve por el Tribunal manteniendo que el Reglamento 1408/71 se aplica a una persona que, en el momento de entrar en vigor dicho Reglamento en un Estado miembro, residía en dicho Estado miembro como trabajador desempleado, después de haber ejercido anteriormente en él un empleo y percibir una prestación por desempleo en virtud del régimen de Seguridad Social del Estado miembro.

En cuanto a la segunda cuestión, sobre la letra f) del apartado 2 del art. 13 del Reglamento 1408/71, el Tribunal interpreta que, esta disposición está redactada en términos generales para cubrir todos los supuestos en los que la legislación de un Estado miembro debe ser aplicable a una persona, por la razón que sea y no sólo porque la persona de que se trate haya puesto fin a su actividad profesional temporal o definitivamente en un Estado miembro determinado. El precepto, mantiene el Tribunal, no se opone a que la legislación de un Estado miembro supedita el derecho de una persona que ha dejado de ejercer toda actividad profesional en su territorio, a seguir sometida a la legislación de ese Estado miembro, al requisito de que dicha persona conserve en él su residencia.

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial planteada, el Tribunal recuerda la STJCE de 17 de mayo de 1984 en la que se reconoce al trabajador sometido a la legislación de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio residen los miembros de su familia, un verdadero derecho a la concesión de las prestaciones familiares previstas por la legislación aplicable, derecho del que no puede verse privado mediante la aplicación de una disposición de dicha legislación, que excluye de las prestaciones familiares a las personas que no residan en el territorio del Estado miembro de que se trate. También en SSTJCE de 19 de febrero de 1981 y de 16 de julio de 1992 se mantiene que esta disposición es aplicable asimismo a un trabajador que viva con su familia en un Estado miembro distinto de aquel cuya legislación le sea aplicable. Lo mismo sucede con el art. 74 del Reglamento 1408/71, modificado por el Reglamento 3457/89, que aplica la regla del art. 73 al trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el desempleo, que disfruta de las prestaciones por desempleo al amparo de la legislación de un Estado miembro.

Una vez destacado todo lo anterior el Tribunal reconoce que una persona que se encuentre en la situación de la demandante no cumple los requisitos ni del art. 73 ni del 74 del Reglamento 1408/71, ya que ni ella, ni los miembros de su familia han residido nunca en un Estado distinto de aquel cuya legislación le era aplicable y una vez que traslada su residencia a otro Estado miembro, queda sujeta a la legislación de ese Estado miembro por aplicación de la letra f) del apartado 2 del art. 13 del Reglamento 1408/71, según se establece en la segunda cuestión. Así pues, el Tribunal mantiene que no se opone al Reglamento 1408/71 que la legislación de un Estado miembro establezca que una persona que ha cesado de ejercer toda actividad profesional en su territorio, pierda el derecho a seguir percibiendo prestaciones familiares abonadas en virtud de esta legislación por el hecho de haber trasladado su residencia a otro Estado miembro en el que vive junto con los miembros de su familia.

IX. Seguridad Social

En la STSJ del País Vasco de 9 de febrero de 1999, I.L. J 368, sobre descanso parental de cuatro semanas y pago de la prestación económica de maternidad, se solicitó por el demandante el derecho a disfrutar el descanso parental y la prestación económica correspondiente a la situación de maternidad, una vez que su esposa se reincorporase al trabajo, superado el periodo de descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto según lo establecido en el art. 48.4 ET. La petición le fue denegada por entender, que al estar la esposa afiliada a la Mutualidad de la Abogacía, no queda incluida dentro del ámbito de aplicación del citado artículo, ni en el número 3 del art. 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

La STSJ recoge la STS de 11 de mayo de 1998 que hace un estudio histórico sobre la evolución de las normas que, en materia laboral y de Seguridad Social, han venido regulando la maternidad y que considera es interesante de ver cara a clarificar el tema a resolver.

La normativa del ET, mantiene el Tribunal, se aplicará al contrato de trabajo del demandante con su empleador y la entidad gestora deberá o no declarar protegida tal situación y conceder o denegar la prestación económica instada en base al citado Capítulo IV bis de la Ley General citada.

Al art. 48.4 del ET, ya citado, hay que añadir que el art. 133 LGSS recoge como situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento previo, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten de acuerdo con lo previsto en el ET. El Tribunal entiende que la interpretación del precepto no conlleva el que se requiera que ambos padres deban estar vinculados por contrato de trabajo. En el art. 133 bis de la Ley no se fija ninguna condición para el acceso a la prestación, sino que se fijan las distintas situaciones protegidas y su duración.

Por otra parte, la Disposición Adicional Undécima bis de la misma Ley, fija la aplicabilidad de dicha normativa del régimen general a los regímenes especiales, en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen general en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley, por tanto no limitándose la aplicabilidad a los beneficiarios trabajadores por cuenta ajena, sino también a otros colectivos caracterizadamente profesiones liberales. El TSJ mantiene en su Sentencia que no parece pues razonable que pese a la vocación de universalización en orden al beneficiario, se condicione su derecho a que el cónyuge esté incluido en un concreto régimen de la Seguridad Social.

12. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STS de 28 de enero de 1999, I.L. J 48, Sala Cuarta (recurso 2186/98), en unificación de doctrina, estima que instaurada en España la libertad de asociación sindical no puede perdurar la obligatoriedad de afiliación al RETA derivada de la antigua afiliación sindical obligatoria de los Administradores de Fincas. Carece de validez la Circular de 20 de

marzo de 1987 por no haber sido publicada en el BOE, por ser su doctrina errónea y por contradecir normas superiores; la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, concede un derecho de opción entre el RETA y permanecer en la Mutualidad de su Colegio Profesional, de lo que se deduce que no es obligatoria la afiliación al RETA, por lo que debe anularse el alta de oficio cursada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Un ciudadano extranjero ejercía su actividad por cuenta propia (una academia de artes marciales) desde 1994 y estaba dado de alta en la correspondiente licencia fiscal. Mediante la Ley 44/1997, de 30 de diciembre, se dio nueva redacción al art. 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social, lo que permitía que dicho ciudadano de nacionalidad coreana solicitase su afiliación al Sistema de Seguridad Social. Instada el alta por el interesado en el mes de junio de 1997, se solicita que la misma tenga efectos desde el día 1 de enero, ya que la demora en la solicitud fue debida al desconocimiento de que se había producido tal modificación legal. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 107 (recurso 355/98), accede a la retroacción de la fecha de efectos en base a la dificultad que para todo ciudadano —especialmente si es extranjero— presenta el puntual conocimiento de las modificaciones legales, y a que constando su actividad en los bancos de datos de la Administración municipal y tributaria podía haberse notificado al interesado su nuevo derecho, por lo que estimando el plazo razonable y no constando mala fe por parte del afectado, accede a que el alta en el RETA tenga efectos desde el día 1 de febrero de dicho año.

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia de que la legislación aplicable en Seguridad Social es la vigente en el momento de producirse el hecho causante, para quienes causaron una pensión de jubilación después del 1 de enero de 1994 y antes de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, las cotizaciones al RETA correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta deben computarse a todos los efectos, si tales cotizaciones fueron pagadas al formalizarse el alta o con posterioridad al haberse concedido un aplazamiento en el pago. **STSJ de Madrid de 4 de marzo de 1999**, I.L. J 540 (recurso 6420/98).

B) Régimen Especial Agrario

En la **STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 1999**, I.L. J 88 (recurso 790/98), previa una modificación de los hechos probados, se considera que si se realizaron trabajos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social inmediatamente antes a la solicitud de una prestación, es en base a este último Régimen que procede conceder el subsidio solicitado; ya que no procede considerar que, cesado en estos últimos trabajos, el interesado continúa inscrito en el Régimen Especial Agrario, y por consiguiente no procede la alegación de que no se hallaba al corriente de pago de sus cuotas.

La Entidad Gestora denegó la prestación por el solo motivo de no hallarse el beneficiario al corriente de las cotizaciones en el momento del hecho causante, lo que es deses-

timado por hallarse prescritas las cotizaciones reclamadas, y no habiéndose aludido a la falta de cotizaciones suficientes, debe concederse la prestación de jubilación. STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de abril de 1999, I.L. J 597 (recurso 953/98).

C) Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

La STS de 3 de marzo de 1999, I.L. J 518 (recurso 3388/93), Sala Tercera, resuelve de acuerdo con las normas aplicables en su tiempo un caso de responsabilidad por sucesión empresarial e impago de cotizaciones de largo iter judicial: veinte años desde el primer embargo anotado sobre el buque de pesca.

Primeramente (FJ 1º), y tras señalar que no son “cuestión nueva” los cambios en los fundamentos de derecho alegados si permanecen invariables los elementos que delimitan el contenido material de las pretensiones, descarta la aplicación al caso del art. 44 del ET, ya que al no constar que el adquirente haya ejercido con el buque adquirido ninguna actividad pesquera, no puede hablarse de sucesión en la actividad empresarial; tampoco es aplicable al caso el art. 68.1 de la LGSS de 1974 por cuanto dicho precepto era de aplicación al Régimen General de la Seguridad Social y no al Especial de los Trabajadores del Mar; por consiguiente, en base al art. 1137 del Código Civil que remite el establecimiento de la responsabilidad solidaria a que tal solidaridad figure en pacto o en norma bastante, debe entenderse aplicable el art. 24.2.b) del Reglamento del Régimen Especial (Decreto 1867/1970, de 9 de julio), que siendo preconstitucional sin ser anticonstitucional tiene rango bastante por la habilitación contenida en el art. 10.5 de la LGSS de 1966. El art. 24.2.a) del citado Reglamento establece un doble título de responsabilidad en la cotización: por razón de la propiedad de la embarcación, y por razón de la titularidad de la explotación, señalándose expresamente que la responsabilidad es solidaria, y no existiendo límite alguno ni temporal ni en cuanto al número de transmisiones.

Seguidamente (FJ 2º) descarta que la responsabilidad por las cotizaciones insatisfechas pueda enervarse por haber sido adjudicado el buque en el proceso ejecutivo de hipoteca naval con levantamiento de las cargas posteriores a la hipoteca adjudicada, ya que la empresa adquirente no es un tercero hipotecario adquirente de buena fe, sino que es parte de una relación legal (de pago de cotizaciones) por ministerio de la ley.

Finalmente, en el FJ 3º la sentencia, al examinar la prescripción alegada, considera que la buena fe determina que el deudor que haya de beneficiarse de la prescripción debe ser conocido por el acreedor, concordante con el art. 1969 del Código Civil que refiere al inicio de la prescripción el momento en que la acción pueda ejercitarse, y concordante con el art. 25 del Reglamento de 1970 del Régimen Especial que prevé limitar la responsabilidad de los adquirentes fiados de la información proporcionada por la Entidad Gestora, que en este caso no fue solicitada, antes bien la primera actividad de relación de la adquirente con el ente gestor fue indirecta y reciente por las dificultades halladas en la venta del buque a una sociedad en Casablanca, por lo que estima sólo parcialmente la prescripción solicitada.

13. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La STSJ de Galicia de 26 de enero de 1999, I.L. J 281, resuelve la cuestión de determinar el orden jurisdiccional que tiene competencia para conocer el recurso frente a la resolución del Director provincial de trabajo de sancionar al trabajador con la extinción del subsidio de desempleo en base al acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo frente al trabajador por falta muy grave por ocultación de sus ingresos en la solicitud del subsidio. La Sala advierte que el art. 233.2.c) de la LGSS limita la competencia de la jurisdicción social para las sanciones por infracciones leves y graves impuestas por el organismo gestor (INEM), por lo que debe entenderse que para las sanciones por faltas muy graves, las que impone la Administración laboral, son de conocimiento de la jurisdicción contenciosa.

14. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

En la STSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de abril de 1999, I.L. J 593 (recurso 1294/98), la Tesorería recurrente postula la nulidad de actuaciones, al no haberse formulado contra ella reclamación previa, solicitando que se repongan al momento anterior a la celebración del juicio para subsanar dicho defecto formal.

Se rechaza este motivo del recurso, en base a que puede entenderse cumplida tal exigencia mediante el traslado de la demanda a la Administración de la Seguridad Social demandada acordado en la providencia judicial de admisión (art. 82.1 LPL), mediante la que se le hace saber la exigencia y contenido del conflicto, con sólo un retraso breve respecto del momento en que la formal reclamación previa hubiera podido darle noticia del propósito de formular demanda. Por otra parte, la falta de interposición formal de la reclamación previa no puede constituir, como pretende la única entidad recurrente, un vicio insubsanable a posteriori que comporte la nulidad de todo lo actuado y obligue a la retroacción de las actuaciones hasta el momento inicial de la presentación de la demanda origen del procedimiento, con la que tampoco se lograría una mayor garantía o plenitud en el ejercicio de su derecho de defensa por parte de la Administración de la Seguridad Social demandada.

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 Incompatibilidad. 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 presta-

ción. e) Compatibilidad e Incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto

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

- 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.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 1 a 5 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 750).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

A) Introducción

La posición central que, tanto por razones cuantitativas como cualitativas, la prestación por desempleo ocupa en todo sistema de Seguridad Social hace que sobre ella se vierta una especial conflictividad, lo que suscita, además de un permanente y agrio debate de política social y legislativa, un extremadamente elevado grado de litigiosidad ante los Tribunales de Justicia. La adecuada comprensión del régimen jurídico y de la dinámica de funcionamiento efectivo de esta prestación pasa, pues, por un estudio particularmente analítico y atento de la ingente producción de sentencias judiciales obtenida en estos últimos años, cuyo valor creativo, si bien no siempre evaluable de forma lineal o unívoca, resulta más que reseñable, yendo frecuentemente más allá de la simple función complementadora del ordenamiento prevista en el art.1.6 CC. No obstante, nos limitaremos en este momento a exponer las principales orientaciones seguidas por estas sentencias en los años 1997, 1998 y 1999 (primer semestre).

B) Cuestiones Generales

– Jurisdicción competente

Pese a lo extremadamente artificioso que resulta que una misma materia sea recurrible ante dos jurisdicciones distintas, la social y la contencioso-administrativa, en función de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la Entidad sancionadora, la Entidad Gestora y la Administración Laboral respectivamente, la jurisprudencia ha venido manteniendo de forma reiterada, en aplicación de la continuidad en las sucesivas legislaciones del mismo sistema de entidades sancionadoras. Así, lo recuerda la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 1999**, I.L. J 281, en la que, además, se hace referencia a la vigencia aplazada del cambio de situación normativa derivada de las reformas introducidas o promovidas por la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 28/1998, de 13 de julio). En todo caso, las decisiones de la Entidad Gestora relativas al reconocimiento, denegación, reintegro de prestaciones indebidas, suspensión o extinción de cualesquiera prestaciones por desempleo, serán de conocimiento del orden social de la jurisdicción, incluidas las pretensiones sobre la prestación de desempleo en su modalidad de pago único. (En este sentido SSTS de 30 de mayo y 4 de noviembre de 1997 y 27 de marzo y 3 de junio de 1998, entre otras.)

C) Prestaciones de Nivel Contributivo

a) Sujetos beneficiarios: determinación de la ajenidad

– Socios trabajadores

Las cada vez más frecuentes situaciones de compatibilización o de concurrencia de relaciones societaria y laboral no implican, si se acredita el predominio de esta última sobre la primera, la exclusión del derecho a la prestación por desempleo dada la condición de ajenidad del socio/trabajador (STS de 14 de abril de 1997, en relación a un trabajador que es accionista y fundador; con elaborada argumentación para socios trabajadores en una sociedad laboral, vid. STSJ de Andalucía de 26 de mayo de 1997). Así ocurriría particularmente ante la proliferación de nuevas formas de creación de empleo, como son las denominadas “sociedades de trabajadores” en general (v.gr. **STS de 14 de octubre de 1998**, I.L. J 1448), y las sociedades laborales en particular (STS de 20 de octubre de 1998), en las que la asunción de cargos directivos o sociales “representa más la continuidad de la colaboración que una situación de poder específico frente a los restantes socios trabajadores”.

Precisamente, éste es el criterio que acoge la **STS de 17 de mayo de 1999**, I.L. J 781, reforzando esta consolidada doctrina judicial (v.gr. SSTS de 11 de noviembre de 1997; con la nueva regulación procedente de la Ley 50/1998. En este sentido, la nueva redacción dada al art. 21 de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales, dada por el art. 34 de la Ley 50/1998, “que aclara la ambigüedad y llena el vacío de la anterior redacción de este precepto (...)”, reconoce el derecho a las prestaciones de desempleo del socio y consejero delegado, no retribuido por el desempeño de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad. Lo que, además, “puede contraponerse a lo dispuesto en la nueva redacción dada por la antes citada Ley, al contenido de la letra k) del apartado 2 del art. 97 LGSS, que excluye de la protección por desempleo a los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas ‘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’”. (vid. para la originaria

construcción judicial excluyente sobre los administradores de sociedades capitalistas, excluidos de la prestación cuando desempeñaban funciones de gestión ejecutiva o directa, *vid.* SSTs de 14 y 26 de mayo y 6 de junio de 1997, entre otras muchas.) Exclusión que ha de estimarse también en aquellos supuestos en que la cooperativa, en este caso de trabajo asociado, deja de tener 3 socios mínimos exigidos para existir como tal cooperativa, por lo que, dada su prolongación por más de 6 meses:

“cabe entender extinguida su personalidad jurídica con lo cual la situación laboral de las actoras sólo puede tener la consideración de trabajador por cuenta propia, situación no protegida por desempleo conforme a lo establecido en el art. 205 LGSS” –STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 1999, I.L. J 535–.

– Delimitación del concepto de funciones ejecutivas

De conformidad con una consolidada doctrina del TS, los cargos de gerente, director general financiero, comercial, etc., aparecen como funciones diferentes a las desempeñadas por el Consejo de Administración, subordinándose a éste. Por tanto, las funciones de director comercial resultan perfectamente compatibles con la relación laboral por cuenta ajena, “protegida e incardinada en el art. 205...” LGSS. **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1999**, I.L. J 719.

– Trabajos familiares

Significativamente más restrictiva es, por lo general, la interpretación judicial dominante en relación a la cobertura de la prestación en situaciones de prestación de servicios para empresas de carácter familiar, de modo que, tanto los TSJ cuanto el TS, vienen ofreciendo una férrea configuración de la presunción de ausencia de laboralidad de la relación (art. 1.3 ET en relación con el art. 7.2 LGSS). La **STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1998** recoge esta orientación consolidada, según la cual para la destrucción de la presunción legal de los referidos artículos, carga que corresponde al que demanda el reconocimiento de la prestación:

“puede no ser bastante la mera concurrencia de determinadas circunstancias formales, ya que ni la materialización de una relación jurídica entre las partes como supuesto contrato de trabajo ni la atribución de una categoría profesional, ni la cotización a la Seguridad Social, son elementos bastantes para calificar aquélla de laboral” (En el mismo sentido SSTs de 23 de abril de 1984 y de 17 de abril de 1997 y SSTSJ Andalucía de 30 de enero de 1997 y 12 de febrero de 1998, entre otras).

Dos serían los datos relevantes para la configuración del trabajador como por cuenta ajena en el caso de que concurra con relaciones parentales, a saber, “que no ostente cargo de administrador de la sociedad y que no conviva con el empresario” (**STSJ de Andalucía de 14 de enero de 1999**, I.L. J 677). En todo caso, como recuerda la **STSJ de Galicia 25**

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de enero de 1999, I.L. J 280, al no existir reglas generales o fijas acerca de las situaciones en que cabe apreciar dependencia y ajenidad en el trabajo de quien está vinculado por lazos de parentesco con el titular de la empresa:

“habrá de estarse a los hechos definitorios de cada caso para poder estimar si los mismos son suficientes o no para destruir la presunción legal de la naturaleza extra laboral (...)”.

Desde esta perspectiva, más flexible parece ser, respecto de situaciones de hecho parcialmente diferentes, la interpretación realizada en la **STS de 18 de marzo de 1998**, I.L. J 493, que recoge un amplio abanico de supuestos en los que cabe entender destruida tal presunción, de modo que, conforme a una línea jurisprudencial más aperturista, ni la posesión de una parte minoritaria del capital social, ni la existencia de una relación de parentesco con los titulares de la sociedad, desvirtuarían la nota de ajenidad de los servicios prestados a una Sociedad de propiedad familiar, al tiempo que se facilita la acreditación del elemento de la independencia económica, por un lado, y del conflicto de intereses propio de la relación laboral, por otro. (En el mismo sentido SSTs de 14 de enero, 25 de noviembre y 22 de diciembre de 1997 y STSJ de Andalucía de 12 de enero de 1998.) A tal fin, la convivencia del hijo con el empresario para el que afirma trabajar por cuenta ajena, si bien hace presumir la extralaboralidad no excluye la posibilidad de destruir tal presunción, como sucede en el caso analizado por la **STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999**, I.L. J 530. Sin embargo, como reconoce la **STSJ de Madrid de 6 de julio de 1999**, no cabe reconocer la prestación de desempleo cuando la constitución de una auténtica relación laboral en una sociedad de propiedad familiar se mantiene durante un reducido tiempo, “que no alcanza siquiera los antecitados dos meses de duración, período insuficiente al respecto conforme a lo preceptuado en el art. 210.1 de la LGSS”.

b) Requisitos de acceso: situación legal de desempleo

– Determinación de la voluntariedad en el cese

Aunque no existe una línea suficientemente inequívoca y uniforme en nuestros Tribunales a la hora de interpretar de forma rígida o estricta el requisito de la involuntariedad en el cese para declarar la situación legal de desempleo, o bien, al contrario, de forma flexible, sí parece primar esta segunda opción de política jurídica sobre la primera. En esta dirección flexibilizadora destaca aquella línea jurisprudencial que, como recoge la **STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1998**, interpreta cumplido el requisito de la impugnación del despido, aunque se hubiese seleccionado “una vía formalmente errónea”, como sucede cuando no se hubiere formalmente interpuesto la pertinente reclamación previa contra una Administración Pública, pero sí estuviese “satisfecha la principal finalidad de la reclamación previa, que es poner en conocimiento de la concreta Administración Pública implicada el asunto discutido”. De este modo, quedaría igualmente cumplida la finalidad por la que el art. 208.2 LGSS exige tal requisito impugnatorio para poder acceder al desempleo.

– Prevención frente al fraude de ley

Para que se produzca la situación legal de desempleo por despido improcedente reconocido como tal en conciliación administrativa no es preciso que se acuerde a favor del trabajador una indemnización no inferior a 35 días de salario, como venían manteniendo determinados Tribunales Superiores de Justicia e incluso el propio TS (v.gr. STS de 22 de septiembre de 1992), pues se admite que pueda ser inferior a este límite cuando también lo sea el importe de la indemnización legal procedente en función del tiempo trabajado. En este sentido, recogiendo la doctrina sentada en unificación de doctrina por la STS de 5 de julio de 1998, la **STS de 1 de junio de 1999**, I.L. J 873, interpreta el art. 1.1.c) del RD 625/1985, en el sentido de que la acreditación de la situación legal de desempleo, con causa en acto de conciliación administrativa en que se reconozca la improcedencia del despido, ha de evidenciar que la indemnización pactada se ha determinado con arreglo al mínimo legal establecido en el art. 56.1.a) del ET.

No se entiende, sin embargo, cubierto el requisito de situación legal de desempleo, cuando, pese a derivar la situación actual de paro por el cese producido durante el periodo de prueba, sin embargo, el trabajador no reclama contra el cese en la relación laboral anterior. Así lo estima la **STSJ de Galicia de 30 de julio de 1999**, que configura los requisitos exigidos en el art. 208.g) LGSS, para aquellos casos en los que se parte de la existencia de dos contratos sucesivos, como instrumentos orientados a “evitar el riesgo de fraude de ley suscribiendo un segundo contrato que se extinga durante el periodo de prueba (...)”.

– Periodo de carencia

La consideración de la prestación por desempleo como un derecho público subjetivo de naturaleza sustantiva y no adjetiva o procedimental, ha llevado a una reiterada jurisprudencia a aplicar las reglas del art. 5.2 CC para computar el periodo de carencia, por lo que se incluyen los días naturales. No obstante, ha venido aplicando la doctrina del paréntesis en determinadas situaciones, tales como el relativo a la prestación del servicio militar, que refleja una especial aplicación del principio de efectividad del tiempo trabajado, como sucede en relación al trabajo a tiempo parcial, respecto del cual ha venido computando exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. La finalidad racionalizadora del sistema ha estado particularmente presente en aquella jurisprudencia que, con vista a evitar la doble valoración de determinados periodos de cotización, ha excluido del cómputo del periodo de carencia para la situación de desempleo las cotizaciones determinantes para la obtención de una pensión del sistema, en particular, las anteriores a la percepción de una pensión de invalidez permanente total, cuando se pierde el trabajo subsiguiente y compatible con tal pensión →v.gr. STS de 26 de febrero de 1997–.

c) Contenido y modalidades de la prestación

– Desempleo parcial

Qué duda cabe que en los últimos años una de las modalidades de prestación por desempleo más litigiosa es la del desempleo parcial, destinada a experimentar un significativo crecimiento en lógico paralelismo al crecimiento de la figura del trabajo a tiempo parcial. Así, la reducción de jornada de trabajo en 1/3 con la minoración en la misma proporción del salario correspondiente constituye una situación legal de desempleo que, tras la reforma del art. 41 ET en 1994, no precisa en modo alguno de autorización administrativa ni el acuerdo de los representantes de los trabajadores, cuando se trate de modificación de carácter individual. Ésta es la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo –por ejemplo SSTs de 24 de febrero y 22 de octubre de 1997 y 11 de mayo de 1998, entre otras– que recuerda recientemente la **STSJ de Galicia de 10 de febrero de 1999**, I.L. J 305, que estima además que la trabajadora afectada no tiene obligación de optar por la rescisión contractual indemnizada.

No se ha considerado incluíble en los supuestos de desempleo parcial el caso en que un trabajador, al finalizar el contrato de trabajo a tiempo completo hasta el momento desarrollado, continúa trabajando en la misma empresa con un contrato de trabajo a tiempo parcial, en la medida en que no sería “encajable en ninguno de los supuestos previstos en el (...) art. 15 del RD 625/1985 (...); sin que tampoco sea de aplicación lo dispuesto en el art. 208.3 LGSS (...)”. (v.gr. **STSJ de Andalucía de 30 de enero de 1998**). En cambio, con doctrina más que discutible en el plano legal, sí se ha reconocido la prestación por desempleo parcial para un supuesto de extinción de un contrato de duración determinada a tiempo parcial que venía desarrollando una trabajadora que a su vez había suscrito otro contrato de trabajo a tiempo parcial con la misma empresa, si bien éste de carácter indefinido –vid. **STSJ de Castilla y León/Burgos de 16 de noviembre de 1998**–. En realidad, se trataría más bien de una prestación por desempleo total, proveniente de periodos de cotización acumulados con anterioridad a la suscripción de los dos contratos de trabajo, con reducción de la prestación para poder compatibilizarla, que prestación por desempleo parcial, pues no se cumplían ninguno de los requisitos del art. 203.3.2 LGSS.

– Modalidad de pago único

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

– Nacimiento del derecho

Sin duda, una de las cuestiones que en los últimos tiempos ha suscitado mayores dudas interpretativas ha sido la relativa a la determinación de la fecha de nacimiento del derecho a la prestación cuando, producido un despido por causas objetivas, el trabajador impugna la decisión empresarial. A este respecto, y en aplicación de principios constitucionales como el de *efectividad de la tutela judicial* ex art. 24 CE; el *principio de igualdad en aplicación de la ley* ex art. 14 CE y el *principio de favor hacia el beneficiario* ex art. 41 CE, la jurisprudencia del

TS (SSTS de 27 de octubre y de 10 de noviembre de 1997, I.L. J 1455), ha optado por primar los criterios materiales o sustanciales sobre los elementos formales, de modo que *la fecha de extinción prevalece sobre la de su declaración formal*. Consecuentemente, partiendo de la consolidada distinción entre “lo que es el hecho causante de la situación legal de desempleo, y lo que constituye el problema de su acreditación”, la **STS de 27 de enero de 1999**, I.L. J 43, considera obligado retrotraer los efectos económicos de la prestación al momento del cese (vid. en el mismo sentido **STS de 22 de marzo de 1999**, I.L. J 479).

– Determinación de la base reguladora

En el marco de una opción de política judicial del derecho flexibilizadora de las normas aplicables para determinar la base reguladora, la jurisprudencia del TS, ha extendido el beneficio del límite del 220 por ciento del SMI a los abuelos que deben hacerse cargo de los nietos por fallecimiento de sus padres, procediendo a una interpretación extensiva del tenor literal. Y eso pese a que:

“una interpretación literal del artículo 211.3 LGSS, conduce a sostener que sólo a los padres con hijos a su cargo se les puede reconocer (...) Pero si nos atenemos a criterios de razón y si se tiene en cuenta la finalidad que la norma comentada persigue, es preciso dotar a ésta de una cierta flexibilidad que permita incluir a supuestos que, partiendo de la existencia de un grado de parentesco muy próximo al que la ley señala, concurren las restantes condiciones exigidas por ésta” –v.gr. STS de 13 de junio de 1998, I.L. J 916–.

En el caso de realización simultánea de varios trabajos a tiempo parcial, la jurisprudencia recurre al criterio del promedio de cotización en los 6 meses anteriores en los distintos trabajos –vid. **STSJ de Andalucía de 8 de enero de 1998**–.

– Cuantía y duración

La aplicación del principio de proporcionalidad resulta habitual en la jurisprudencia para determinar la cuantía y duración de la prestación para situaciones de desempleo de trabajadores fijos discontinuos. Así, la duración se estima proporcional al número de meses cotizados al año inmediatamente anterior al tiempo de solicitud –STS de 20 de marzo de 1997–, de la misma manera que la cuantía que percibe es proporcional a las horas trabajadas en cómputo anual –**STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 1998**–.

– Revisión, compensación y reintegro de prestaciones indebidas

De conformidad con una consolidada jurisprudencia del TS, seguida por los TSJ, no es posible la revisión por el INEM de los actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, requiriendo necesariamente la revisión judicial –art. 114.1 LPL; **STS de 7 de mayo de 1997**–, si bien se admite la suspensión cautelar de la prestación ante una eventual transgresión de las obligaciones a cargo del beneficiario o pérdida de los requi-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

sitos de acceso, por cuanto se trata de situaciones que, a juicio de esta doctrina, cabe diferenciar netamente de la actividad de gestión y del principio de no revisibilidad de oficio. Por su parte, cualquier actividad dirigida a obtener la compensación o descuento requiere una previa resolución administrativa en la que se afirme la cualidad del carácter indebido de la prestación, sin que se admita la simple vía de hecho –art. 233 LGSS y art. 24 CE–. En este marco, el art. 145.3 LGSS, en sede de autotutela dispone que la acción de revisión prescribirá a los 5 años, computándose el *dies a quo* desde que pudo ejercitarse, aunque queda este plazo interrumpido cuando se reconoce una nueva prestación por desempleo “no se le abonaba por procederse a compensar la cantidad de ésta con la indebidamente percibida, según la Entidad Gestora”. (STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 1999, I.L. J 687.)

Del mismo modo que, el empresario, de la indemnización empresarial por falta de readmisión, no puede descontar por derecho propio las prestaciones por desempleo contributivo percibidas por el trabajador durante la tramitación judicial del despido, sin perjuicio de la eventual reclamación por el INEM de tales cantidades por enriquecimiento injusto –STS de 23 de diciembre de 1997–.

En materia de reintegro de prestaciones indebidas la doctrina judicial sigue pronunciándose todavía, incluso bajo la vigencia del nuevo art. 45.3 LGSS –redacción dada por el art. 37 Ley 66/1997–, que establece un plazo general de prescripción de 5 años incluso en los supuestos de error imputable a la Entidad Gestora, de forma favorable al reconocimiento de excepciones a este plazo quinquenal, según estableció de forma reiterada y bien elaborada el TS (SSTS de 30 de octubre de 1995, 24 y 30 de noviembre y 23 de diciembre de 1996 y 6 de marzo de 1997, entre otras muchas). Así, descartada expresamente la aplicación del referido precepto por “evidentes razones cronológicas”, la STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 1998, se decide por la aplicación del plazo excepcional de prescripción de 3 meses, en cuanto constata la existencia, a cargo de la Entidad Gestora, de:

“una falta de diligencia en detectar el error, sin que pueda alegar desconocimiento, pues todos los datos estaban en su poder ya en el momento de reconocerse el subsidio y a lo largo de toda su percepción”.

Por eso, cuando la falta de conocimiento de la situación determinante del carácter indebido de la prestación se produzca “como consecuencia de la infracción de su deber de comunicar a la gestora la variación producida (...); la cual, de haberse realizado a su debido tiempo, habría acarreado, desde tal momento y para el futuro, el cese en el abono periódico de cualquier cantidad”, ha de estimarse exigible, a juicio de la STSJ de Aragón de 15 de febrero de 1999, I.L. J 86, el reintegro de todas las cantidades indebidamente percibidas, “con independencia de la fecha del acuerdo administrativo” extintivo y “con independencia de la prueba sobre las rentas de la infractora durante los años (...)” en litigio (v.gr. 1997 y 1998, años en los que, a diferencia de lo sucedido en los años 1995 y 1996, no existía la debida justificación probatoria de ingresos que excedieran el límite legal –v.gr. 75 por ciento SMI–).

La anulación de la resolución administrativa dictada en un Expediente de Regulación de Empleo implica, como consecuencia del criterio de que lo nulo ningún efecto produce, que la actividad de la empresa no debía haberse suspendido porque la empresa carecía de derecho a tal efecto. Por tanto, como recoge la **STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1998**, “tampoco los trabajadores vinieron a la situación legal de desempleo” (art. 209 LGSS), produciéndose tan sólo en tal periodo “una falta de aportación de su trabajo a la empresa, por decisión unilateral de ésta, incumbiéndole a ella, por tanto, las responsabilidades que se derivaren de tal situación”. Consecuentemente, y al margen de cualquier consideración sobre el principio de respeto a la confianza legítima, a nuestro juicio pertinente en este caso, se entiende que “el demandante carecía del derecho a percibir la prestación por desempleo que se le abonó, pasando a cobrar el carácter de prestación indebida”. En cambio, la **STSJ de Andalucía de 8 de abril de 1999**, entiende que no cabe cuestionar la situación legal de desempleo generada por una resolución administrativa extintiva, con todas las consecuencias a ello inherentes, cuando se produce una posterior Resolución que revoca aquélla parcialmente, puesto que ni la suspende:

“ni se anula la misma, sino que simplemente se modifica (...) sin efecto retroactivo alguno, debiendo otorgarse a dicha Resolución la misma trascendencia práctica y jurídica que a la que en parte revoca, es decir, la de hacer aflorar una nueva situación que no afecta a los efectos ya consumados de las medidas extintivas adoptadas al amparo de la recurrida, provocando tan sólo (...) la reanudación del vínculo contractual de las trabajadoras afectadas, las cuales, en consecuencia, han cobrado correcta y válidamente la prestación por desempleo (...)”.

e) Supuestos Especiales

– Condición de fijeza para los trabajadores agrarios por cuenta ajena

La normativa jurídica vigente requiere para obtener las prestaciones económicas del nivel contributivo del desempleo, además de la cotización mínima de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo, la condición de fijeza o el carácter indefinido cuando se trate de trabajadores agrarios por cuenta ajena, reputándose como tales a los que han sido contratados para prestar servicios por tiempo indefinido y estén adscritos a una o varias explotaciones del mismo titular –arts. 1.1 y 2 RD 1469/1981–. Esta condición de fijeza se adquiere, en el caso de previos contratos temporales, cuando éstos se convierten en indefinidos. Ahora bien, como indica la **STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 381, la transformación de un contrato temporal en otro indefinido, realizado exclusivamente por la voluntad de las partes, calificable como “novación modificativa”, “no puede suponer que a los efectos de percibir las prestaciones de desempleo los trabajadores tengan la condición de ‘fijos’ desde el inicio de la relación laboral de tipo temporal (...)”. A estos efectos, califica de “dato irrelevante el que la empresa donde prestaban servicios los actores hubiera cotizado a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo (...)”.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

f) Compatibilidad e Incompatibilidad

A tenor del art. 221.1 LGSS, resulta incompatible la prestación por desempleo, sea en el nivel contributivo sea en el nivel asistencial, con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización, como recuerda la STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de marzo de 1999, no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social. Igualmente resulta irrelevante, para encontrarse incurso en la incompatibilidad legal señalada, el resultado lucrativo que el ejercicio de la actividad profesional –abogacía en el supuesto de autos– le proporcione:

“bastando su capacidad potencial de rendimiento. Máxime en estos supuestos de actividad no sometida a dependencia empresarial alguna sino por cuenta propia, en que tan difícil es determinar de forma inconcusa la existencia de una cuantía remuneradora concreta”.

Del mismo modo, el alta en el RETA y en el IAE, en cuanto que supone una actividad por cuenta propia, implica la extinción de la prestación por desempleo, dada la finalidad de las prestaciones de este tipo –STJ de Andalucía de 19 de enero de 1998 y STS de 4 de noviembre de 1997–.

D) Nivel Asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos Generales

– Situación de desempleo: inscripción en las oficinas de empleo y periodo de espera

La conexión entre las políticas activas y pasivas de empleo, y la función de control de la protección por desempleo, así como la necesidad de acreditar de manera efectiva la voluntad de trabajar, ha llevado a requerir como condición de acceso al subsidio, en línea con lo que sucede en el nivel contributivo, la inscripción en la oficina pública de empleo –además de la inexistencia de rechazo a una oferta de empleo adecuada–. Así lo reitera la STS de 3 de junio de 1997 (también STSJ de Andalucía de 22 de abril de 1997). Esta garantía de efectividad de la involuntariedad de la situación de desempleo vendría reforzada con la exigencia de un periodo de espera de un mes, en el que el trabajador debería mantener la inscripción y no rechazar las ofertas. No obstante, la aplicación de este requisito de permanencia de la inscripción ha sido objeto de una fuerte controversia judicial, de modo que si tradicionalmente la doctrina del TCT había venido exigiendo la continuidad, el TS ha venido mostrando una actitud más abierta y flexible desde finales de la década pasada. Así, la STS de 27 de febrero de 1997 descarta la necesidad de que esta inscripción tenga que ser ininterrumpida.

– Insuficiencia de rentas: cómputo de rendimientos para determinar el umbral del 75 por ciento del SMI

La necesidad de constatar, para acceder a un subsidio de desempleo, una concreta o efectiva situación de necesidad, evidenciada a través de la comprobación de la carencia de

rentas superiores en importe mensual al 75 por ciento del SMI, ha llevado a una interpretación judicial excesivamente amplia del concepto legal, ya de por sí vago, impreciso y omnicomprendivo, de “rentas de cualquier naturaleza” ex art. 215.1 LGSS (vid. STSJ de Andalucía de 12 de febrero de 1998), entendiéndose englobados conceptos tales como los pluses de transporte –STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 1997– o cualquier rentabilidad que el patrimonio pueda originar y los incrementos regulares o irregulares que se produzcan con su transmisión. Así, la STSJ de Madrid de 18 de febrero de 1999, I.L. J 315, no sólo considera computables en la determinación del límite antes señalado “los rendimientos o frutos generados por la indemnización percibida a consecuencia de la resolución de la relación laboral (...)”, sino que también, y “tratándose de una prestación de naturaleza asistencial, quien pretenda ser beneficiario, deberá actuar con la diligencia requerida al denominado buen padre de familia en la administración de sus bienes, lo que, en casos como el de autos, implica la colocación o inversión del capital de forma y modo que, en todo caso, produzca rentas y, como es lógico, en la cuantía más elevada (...)”.

No se descartan, sin embargo, algunas manifestaciones del principio “pro beneficiario”. Así sucede en aquellas líneas jurisprudenciales que requieren estrictamente el criterio de caja y no el de devengo, esto es, la necesidad de un ingreso real y efectivo, no meramente devengado o reconocido, ni tampoco simples expectativas. De la misma manera que se excluye del concepto de ingreso aquellas cantidades percibidas en concepto de indemnizaciones o suplidos por gastos realizados, por cuanto no implicarían aumento patrimonial alguno. También cabe apreciar la inspiración de este principio flexibilizador y equitativo en la exigencia de un periodo de tiempo para delimitar el umbral del 75 por ciento SMI suficientemente representativo, como es el del cómputo anual, por ser menos aleatorio y equilibrado –STS de 13 de mayo de 1997–. No se respeta este principio, en cambio, cuando se realiza el cómputo sobre ingresos brutos o íntegros y no sobre ingresos netos –ATS de 13 de noviembre de 1997, donde recoge jurisprudencia precedente, como STS de 31 de mayo de 1996–.

Esta condición habrá de mantenerse durante toda la vida del subsidio; consecuentemente, la percepción de ingresos superiores al 75 por ciento del SMI permitiría la extinción del subsidio por el INEM, sin tener que acudir al art. 145 LPL –SSTS de 22 de diciembre de 1997 y 24 de febrero de 1998–. Más flexible parece el criterio de la STSJ de Andalucía de 27 de octubre de 1997, que considera que la situación de necesidad objetivada ha de acreditarse única y exclusivamente en el momento de solicitar la prestación o en el momento de la prórroga de la misma.

– Periodo de carencia

Las múltiples disfunciones derivadas de la mezcla de lógicas asistenciales y lógicas contributivas en estas prestaciones ha llevado, en un significativo número de ocasiones, a impulsar una interpretación flexibilizadora o extensiva de las reglas relativas al cómputo

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

del periodo de cotización. Así, cabe destacar el principio pro beneficiario que inspira la interpretación dada en aquellos supuestos en que se solicita una prestación de desempleo cuando no se reúne las cotizaciones necesarias por no haberse abonado las cuotas por la empresa. En estos casos se hace descargo de interpretaciones estrictas o literales, haciendo una cierta aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones pese a su carácter eminentemente asistencial –vid. SSTS de 30 de marzo y 7 de mayo de 1998–.

b) Beneficiarios

a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares

El concepto de “unidad familiar” es objeto de una interpretación dinámica y evolutiva, de modo que pretende responder “al concepto constitucional de familia” y al “principio de protección integral de los hijos”, así como al propio “espíritu de la normativa de la seguridad social”. Desde esta perspectiva, se acepta la inclusión de aquellos hijos privativos de uno de los cónyuges que convivan en el domicilio familiar –v.gr. STS de 23 de noviembre de 1997 y STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 1999, I.L. J 694–.

b') Subsidio de “prejubilación”

– Inexigibilidad del periodo de cotización mínima de 1 año

Una especial litigiosidad judicial viene ofreciendo en los últimos años el subsidio de desempleo para mayores de 52 años –también llamado, con mayor o menor propiedad, “subsidio de prejubilación”–, llamando particularmente la atención la radical divergencia de interpretaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior a 1997, y la jurisprudencia del TJCE (STJCE de 20 de febrero de 1997 –Asunto Martínez Losada–). A este respecto, la **STS de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 169, partiendo del carácter asistencial de esta prestación del sistema, supone la plena confirmación de la nueva doctrina legal del Tribunal Supremo resultante del principio de primacía del Derecho Comunitario, en virtud de la cual resulta innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la Seguridad Social española (art. 48.1 Reglamento Comunitario 1408/1971), habiendo existido previamente periodos de cotización en otros países de la Unión Europea (vid. SSTS 7 de mayo, 21 de septiembre y 13 de octubre de 1998 y 27 de enero de 1999, en relac. STS de 17 de diciembre de 1997).

– Constatación de un periodo de seguro mínimo

Por su parte, a diferencia de lo que sucede con este requisito de cotización mínima de un año, que la jurisprudencia comunitaria y española declaran ahora inaplicable al subsidio para mayores de 52 años, el requisito previsto en el art. 67.3 del citado Reglamento, que exige una vinculación mínima de las cotizaciones del asegurado con la rama de la Seguridad Social que concede la prestación, sí puede condicionar la concesión de este subsidio especial de desempleo, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional la apreciación de su concurrencia. A este respecto, la **STS de 25 de marzo de 1999**, I.L. J 486, recoge la doctrina consolidada del TS, según la cual la afiliación y cotización limi-

tadas a la prestación de asistencia sanitaria, y en su caso de protección familiar, “constituyen, por restringido que sea su ámbito de cobertura, un periodo de seguro durante el cual se mantiene una vinculación con la Seguridad Social Española”. En el mismo sentido, la **STS de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 404, que igualmente recuerda la consolidada doctrina del TJCE, recibida por el TS, según la cual la cotización al desempleo exigida por el art. 215.3 LGSS puede cumplirse en cualquier país de la Unión, por tanto no requiere su realización de forma específica en España.

– Responsabilidad empresarial por incumplimiento de cotización

El carácter no estrictamente asistencial que reviste este subsidio, sin embargo, ha servido al TS para aplicar las reglas de responsabilidad de la empresa, cuando por omisión de la cotización no se cumplan los requisitos de carencia. Así, lo estima la **STS de 8 de junio de 1999**, I.L. J 915, que resumiendo la doctrina sentada por la STS de 30 de marzo de 1998, considera aplicables los criterios de responsabilidad derivados de los arts. 94 a 96 TALGSS 1966 y del art. 1902 CC, integrando las insuficiencias del TRLGSS de 1974, a este subsidio, por cuanto no podrían limitarse a las prestaciones contributivas, “sino que alcanza también a cualquiera que dependa de una cotización, legalmente obligada y omitida por el empresario”.

– Doctrina del paréntesis y periodo de carencia específica

En cuanto al requisito relativo a la concurrencia del periodo de carencia específica de 2 años en los 8 años inmediatamente anteriores, exigido en virtud del art. 215.3 LGSS para el reconocimiento del repetido subsidio, la **STS de 25 de mayo de 1999**, I.L. J 793, recoge la jurisprudencia reiterada y consolidada del Alto Tribunal (v.gr. SSTs de 29 de mayo de 1992 y 1 de julio y 10 de diciembre de 1993), según la cual los periodos en los que ha existido inactividad forzosa y, por tanto, falta de obligación de cotizar –v.gr. periodos de IT o periodos de percepción del subsidio de desempleo–, han de “considerarse (...) como paréntesis no computable a efectos de la carencia específica exigible para la prestación que solicita”. La razón de este paréntesis o retroacción se encuentra, por tanto, “en la imposibilidad de cotizar durante el periodo de paro voluntario”, sin que pueda considerarse la situación de subsidio como alta o situación asimilada al alta, según jurisprudencia reiterada del TS.

c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo

– Insuficiencia de rentas

A los efectos de la acreditación del requisito de carencia de rentas, que condiciona la obtención de este subsidio por desempleo, son computables no sólo las rentas del trabajo de inmuebles percibidas el año anterior a la solicitud, sino también, lo cobrado durante igual periodo por el interesado de la Seguridad Social, bien sea en concepto de pres-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

tación periódica compatible con el trabajo, como sería una pensión de viudedad, bien en concepto de prestación periódica incompatible con el trabajo, como sucede con la de incapacidad temporal que compensa la pérdida de ingresos salariales. Así, se desprendería de una “interpretación literal, gramatical, sistemática y teleológica del art. 3, núms. 1 y 4 RD 5/1997, de 10 de enero –de vigencia prorrogada–”, según una “solución lógica que es acorde con el espíritu que informa la norma que trata de evitar que se reconozca el subsidio a quien tiene ingresos que superan el salario mínimo interprofesional (...)”. (STSJ de Andalucía de 29 de enero de 1999, I.L. J 683)

d’) Otros subsidios especiales

– Laboralidad de la relación de emigrantes retornados

No cabe reconocer el subsidio por emigrantes retornados cuando, de conformidad con las reglas generales que rijan la prestación por desempleo, la actividad desarrollada en el extranjero no se prestó en régimen laboral, sino que se trata de “servicios prestados por una becaria”, aunque se reconozca, como hace la **STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999**, I.L. J 279, “que el único e inseguro elemento diferenciador sea el de la finalidad formativa (en tal sentido, la STS de 13 de abril de 1989)”. Frente a la preeminencia de esta dimensión formativa de la actividad “nada significan el hecho de que la recurrente estuviese dada de alta en la Seguridad Social inglesa (...), y que coherentemente con ello se le deduzcan cantidades del estipendio a percibir, o que éste se le denomine *salary* en un documento (...)”.

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio

– Condiciones para la reanudación del subsidio por desempleo

Ante supuestos de suspensión del subsidio, al reanudarse éste, una cuestión particularmente litigiosa en los últimos años ha sido la de precisar si, en ese momento, se precisa o no cubrir nuevamente los condicionamientos establecidos para el nacimiento del derecho. A estos efectos, la **STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 304, reitera la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 6 de noviembre de 1995 y 27 de enero de 1996), según la cual, ante la solicitud de reanudación de la prestación por desempleo previamente suspendida, “no se está ya ante un mismo acto, el inicial de la concesión del beneficio, sino que se produce otro segundo, separado e independiente del primero, (...)”, siendo precisa una declaración sobre si la situación familiar sigue siendo la misma o ha variado”, al objeto de constatar el mantenimiento o no de la “carga familiar” y el límite de renta familiar –inferior al 75 por ciento SMI–, de conformidad con lo preceptuado en el art. 8.2 RD 625/1985 –Reglamento de desarrollo de la Ley 31/1984, hoy derogada por DDU letra i) LGSS y sustituida por Título III de la LGSS, norma vigente y a la que, por tanto, han de entenderse referidas las citas de aquella fenecida, aunque permanentemente rememorada judicialmente, ley–.

Una interpretación pro beneficiario inspira la aplicación de los arts. 213.1.d) y 210.3 de la LGSS, relativos a la extinción de la prestación por desempleo, en aquellos casos en que

el trabajador procede de una actividad por cuenta propia durante más de 1 año y solicita la prestación por desempleo. En aplicación de tal principio, reconoce el derecho a reanudar la percepción de la prestación no consumida hasta su agotamiento total para aquellos trabajadores que han realizado un trabajo por cuenta propia entre dos periodos de desempleo –vid. **SSTS de 18 y 24 de marzo de 1998**, con voto particular masivo–, si bien tampoco descarta una finalidad racionalizadora, al reconocer que:

“esta solución es también, seguramente, la más beneficiosa para la salud financiera de la Seguridad Social, en cuanto que (...) no frena las iniciativas de ocupación por cuenta propia de los desempleados con posibilidad de aliviar las obligaciones de protección del sistema de Seguridad Social”.

– Compromiso de búsqueda activa de empleo

Al igual que la prestación contributiva, también el mantenimiento del subsidio está condicionado a la realización de una conducta que evidencie la voluntad de inserción profesional, de modo que, en caso contrario, se perdería o extinguiría el derecho. Así, la **STSJ de Andalucía de 3 de enero de 1997**, recoge una concepción globalmente presente en la práctica aplicativa de la prestación por desempleo en nuestros días, al afirmar que “quien obtiene dicho beneficio sin contraprestación previa alguna por su parte, ha de adoptar una actitud de especial diligencia ante cualquier posible llamada del INEM o de los demás organismos que cooperan en esta materia”. Así, lo confirma la **STS de 24 de marzo de 1998**, que configura la búsqueda activa de empleo como:

“una de las directrices de la legislación vigente en materia de protección por desempleo”.

d) Compatibilidad e Incompatibilidades

– Con el trabajo por cuenta propia

El Tribunal Supremo en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la incompatibilidad del subsidio de desempleo con los trabajos realizados por cuenta propia, afirmando la regla general del art. 221.1 LGSS de incompatibilidad, así como la restricción del campo de aplicación de la excepción del trabajo a tiempo parcial marginal o no, sólo y exclusivamente al trabajo por cuenta ajena. Esta norma sería, así, como recuerda la **STS de 13 de octubre de 1998**, plenamente coherente con la finalidad de establecer un régimen de incompatibilidad más restrictivo para el trabajo por cuenta propia. (En el mismo sentido STS de 4 de noviembre de 1997.)

– Entre subsidios especiales

En la medida en que el art. 219.1 del LGSS establece que el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, nace, a partir del día siguiente a aquel en que se

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cumpla el plazo de espera de un mes –art. 215, apartado 1.1 LGSS–, o, tras idéntico plazo de espera, desde el agotamiento del subsidio especial para mayores de 45 años, una reiterada jurisprudencia ha considerado que tales subsidios son incompatibles. De ahí que, tras afirmar esta doctrina, la STSJ de Galicia de 9 de marzo de 1999, I.L. J 355, haya considerado que “en el supuesto de que un beneficiario venga percibiendo el subsidio de desempleo para mayores de 45 años, si, una vez agotado, quiere optar al de mayores de 52, deberá esperar, para formular la solicitud, a que transcurra el plazo de espera de un mes”.

E) Prestaciones “acesorias” y complementarias

– Complemento económico a cargo de la empresa

Este complemento es concebido como mejora de la prestación y no como obligación autónoma independiente de ella. Así, se defiende que el compromiso de complementar la prestación por desempleo produce:

“una indemnización compensatoria por pérdida del puesto de trabajo, y complementar no es sustituir, ya que se parte de una pensión pública ya concedida” –STS de 20 de enero de 1998, I.L. J 26–.

G) Valoración Final

Las sentencias analizadas del primer semestre del año 1999 suponen en gran medida la confirmación de algunas de las principales novedades interpretativas introducidas por la jurisprudencia desde 1995, y reforzadas en los años 1996, 1997 y 1998. A este respecto, y sin perjuicio de algunas notorias excepciones, es posible identificar una política judicial del derecho a la prestación por desempleo que responde a los principios de favor hacia el beneficiario-trabajador y efectividad en la tutela del derecho, al margen de formalismos rigoristas, si bien no está ausente una mínima preocupación por la racionalización económica del sistema y el fomento de la búsqueda activa de empleo.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Cómputo recíproco de cotizaciones

No plantea actualmente excesivos problemas, después de una consolidada jurisprudencia y de las modificaciones legales que se han ido introduciendo, el cómputo recíproco de cotizaciones, como técnica de valoración de los sucesivos períodos trabajados y coti-

zados en diversas actividades, y por tanto de intercomunicación o interconexión entre diversos regímenes del sistema. En este sentido, como se plantea en la **STS de 12 de mayo de 1999**, I.L. J 700, en un supuesto en que el trabajador a lo largo de su vida laboral ha cotizado en el Régimen General y en el Régimen de Trabajadores Autónomos y en el momento de solicitar la prestación de jubilación se demuestra que en ninguno de ellos tiene cotizaciones suficientes para causar aquella prestación, pero sí que reúne suficientes cotizaciones en uno y en otro sumándolas todas, se llevará a cabo el cómputo recíproco de las cotizaciones efectuadas en uno y otro régimen, estableciéndose que, en tal caso, “la pensión se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones”.

– Período de carencia

La jurisprudencia del TS, en unificación de doctrina, ha introducido un criterio flexibilizador en el alcance de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones por incumplimiento de la obligación de alta y cotización a través de la aplicación del “principio de proporcionalidad”. La **STS de 25 de enero de 1999**, I.L. J 401, sobre el alcance de la responsabilidad empresarial de la pensión de jubilación de la Seguridad Social cuando el asegurado no ha podido completar el período de carencia por incumplimiento de la obligación de alta y cotización de uno de los empresarios para los que prestó servicios, con una interpretación que atenúa el rigor de la regulación legal prevista en el art. 126.2 LGSS y, ante la falta de desarrollo de este precepto, en el art. 96.2 LGSS de 1974, aplica el principio de proporcionalidad de daños que trae como consecuencia un “reparto de responsabilidad” que, como reconoce la propia sentencia, no está expresamente previsto en la legislación:

“no es proporcionado ni adecuado a la magnitud de la falta cometida imputar la responsabilidad íntegra del pago de la pensión de jubilación del demandante al Ayuntamiento demandado, teniendo en cuenta que la carrera de seguro del actor transcurrió en más de cuatro quintas partes en otras empresas (...) la responsabilidad de la prestación debe ser repartida entre la entidad gestora y la entidad empleadora recurrente. La parte alícuota de esta última debe ser proporcional al tiempo de cotización que restaba al asegurado para completar el período de carencia de la prestación de jubilación solicitada”.

Respecto al período de carencia exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, reiteradamente la jurisprudencia ha declarado la validez y eficacia de las cuotas anteriores a la formalización del alta, y en este sentido se manifiesta la **STSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de febrero de 1999**, I.L. J 695, en este caso dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, aun cuando el abono de las cotizaciones correspondientes al período controvertido, en que se ejerció la actividad que le obligaba a estar afiliada en el RETA sin cursar el alta reglamentaria, con los recargos consiguientes, “respondió a una actuación de la Inspección de Trabajo y no a una emanación de la exclusiva voluntad de la interesada, circunstancia que ninguna incidencia debe tener en cuanto a la eficacia” de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

dichas cotizaciones. Pero el ingreso de las cotizaciones posteriores al hecho causante no convalida la falta de carencia exigida ya que de admitirlo produciría “una injusta compra de pensiones” (STSJ de Canarias/Las Palmas de 12 de febrero de 1999, I.L. J 365, que declara el carácter irrelevante de la solicitud de fraccionamiento de pago de cuotas al RETA realizada por el trabajador en momento posterior al hecho causante, que queda referido al día de la presentación de la solicitud de pensión de jubilación cuando se accede desde la situación de “no alta”, y a tal fecha el trabajador no reunía la carencia específica exigida).

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Incrementos injustificados en la base de cotización

Es jurisprudencia ya consolidada la denegación del derecho a que en la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación se computen cotizaciones incrementadas en tiempo próximo al hecho causante de dicha jubilación, como se pone de manifiesto en la STS de 4 de febrero de 1999, I.L. J 76, considerando que ha existido fraude de ley, que si bien no resultó plenamente probado por parte de la entidad gestora, se aportaron datos en el expediente administrativo de los que se desprende taxativamente su existencia, mediante la prueba de presunciones prevista en el art. 1253 del CC. La línea jurisprudencial mantiene que el carácter fraudulento de esta cotización incrementada no puede presumirse, sin embargo, en este caso, aplicando un criterio flexibilizador, contrario al trabajador, se admite el carácter fraudulento mediante la prueba de presunciones.

– Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación española que corresponde a trabajadores nacionales emigrantes a la Europa comunitaria

Una de las cuestiones más litigiosas que se vienen planteando en los últimos años es la relativa al modo y forma en que han de calcularse las bases reguladoras de la pensión de jubilación correspondiente al período de seguro en España en aquellos casos de trabajadores españoles que acreditan, sucesivamente, períodos de cotización en España y un país miembro de la Unión Europea (en el que realizaron las últimas cotizaciones inmediatamente anteriores al hecho causante). La cuestión, que ha dado lugar a sentencias contradictorias y al planteamiento de diversos recursos de casación para la unificación de doctrina, es si la base reguladora debe calcularse, con referencia al período de los últimos años trabajados en un país de la Unión Europea, por las bases medias de cotización vigentes en España para la categoría profesional del trabajador, o bien ha de hacerse con arreglo a las bases de cotización reales, efectuadas durante el período inmediatamente anterior al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, revalorizadas en la forma reglamentariamente establecida, siendo esto último lo que claramente determina el Anexo VI D-4 del Reglamento 1408/1971, en la versión actualizada por el Reglamento 1248/1992 (y así lo ha declarado la sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1998, resolviendo una cuestión prejudicial).

Frente a este criterio, sin embargo, las **SSTS de 15 de marzo de 1999**, I.L. J 637 y **16 de marzo de 1999**, I.L. J 639, aplican la doctrina establecida por el TJCE (Sentencias 227/1989, caso “Roefeldt”, de 7 de febrero de 1991 y 807/1979, caso “Graving”), según la cual:

“la aplicación de las disposiciones comunitarias no pueden acarrear una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un país miembro”.

y, considerando que, “dentro de estas prestaciones, deben incluirse aquellas dimanantes de los Convenios bilaterales o multilaterales sobre Seguridad Social integrados en el Derecho interno, cuando éstas fueren para el trabajador afectado más beneficiosas que las dimanantes del derecho comunitario”, deben prevalecer, en el caso litigioso, los arts. 25 y 11 del Convenio Hispano-Alemaán, respecto al cálculo de las bases reguladoras de la pensión. También la **STS de 15 de abril de 1999**, I.L. J 561, recoge y aplica la citada doctrina del TJCE considerando que reiteradas sentencias del TJCE:

“dejan claro que se ha de aplicar el correspondiente Convenio bilateral de Seguridad Social cuando sus normas sean más beneficiosas para el trabajador que los preceptos del Reglamento (CEE) referido, prevaleciendo en tal caso aquéllas sobre éstos; ello implica que siempre que el sistema del Convenio correspondiente sea más ventajoso para el interesado que el Reglamento, éste puede pedir la aplicación de dicho sistema y los Tribunales están obligados a reconocérselo, fijando la cuantía de la pensión teórica correspondiente de acuerdo con lo prescrito por el Convenio”.

Este mismo criterio es el que se mantiene en la **STS de 15 de marzo de 1999**, I.L. J 638, (que se refiere al Convenio Hispano-Belga) y en la **STS de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 442 (aunque en este caso no se aplica este criterio ya que no constituye un motivo de casación específico propuesto por la parte recurrente).

Merece destacarse, sin embargo, el criterio mantenido en el Voto Particular formulado a la **STS de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 442, que plantea el carácter inadecuado de una interpretación literal de lo establecido en el Anexo VI D-4 del Reglamento 1408/1971 por dos motivos:

“De un lado, porque es contraria a la directriz de actualización de la base reguladora como si el interesado hubiese seguido trabajando en España [directriz establecida en diversas SSTJCE, que se citan]; y de otro lado porque el referido método de determinación de la base reguladora resulta ser netamente perjudicial para los emigrantes que están accediendo en esta época a la pensión de jubilación, al privarles del muy fuerte crecimiento de las pensiones generadas en la Seguridad Social española desde los años sesenta hasta mediados de los noventa. Tal resultado es consecuencia obligada del fuerte crecimiento de los salarios españoles que han servido de base de cotización en dicho intervalo, y del crecimiento también importante de las cuantías de las pensiones mínimas reconocidas por el sistema de la Seguridad Social española durante el mismo período de tiempo,”

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

El voto discrepante considera, por tanto, la existencia de un trato desigual para el trabajador migrante respecto del trabajador sedentario, que perjudica injustificadamente al primero, con detrimento del derecho de libre circulación de trabajadores, en tanto que el objetivo fijado por el art. 51 del Tratado de Roma implica que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación. Por todo ello, frente al que parece ser el criterio dominante actualmente en la jurisprudencia, el Voto Particular considera que el método de cálculo de la base reguladora debe ser el de bases medias, pero, en aplicación de “razones de equidad”, dichas bases medias se deben calcular:

“sobre las de los trabajadores españoles de la misma categoría que permanecieron en España durante el período o períodos de emigración del trabajador migrante” (“la consideración de la categoría desempeñada en el país de emigración, con los presumibles ascensos y promociones de una carrera profesional, introducía un elemento en el cálculo de la pensión española que ya había sido tenido en cuenta en la pensión del país de emigración”).

b’) Cuantía de la prestación

– Revalorización de las pensiones y tope máximo

Existe discrepancia jurisprudencial respecto al alcance de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social cuando están afectadas por el límite anual de su cuantía previsto en las leyes de presupuestos (“tope máximo” de las pensiones), como se pone de manifiesto en la **STS de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 163, cuyo pronunciamiento es objeto de un Voto Particular que mantiene un criterio discrepante con el que se fija en la sentencia. La citada sentencia establece la doctrina de que la cuantía inicial y revalorizada de la pensión que se tiene reconocida y el límite máximo que, con carácter temporal, se fija en las leyes de presupuestos, son conceptos distintos que no deben confundirse. La sentencia establece que:

“el verdadero importe de toda pensión es el inicial aumentado por la aplicación de los incrementos porcentuales que la actualizan, sin perjuicio de que anualmente se establezcan determinados topes o límites para su pago”.

La sentencia, realizando una interpretación sistemática y finalista sobre la función del límite de la cuantía de las pensiones públicas establecido en las leyes de presupuestos, considera que la finalidad de este límite es establecer cada año el tope “a partir del cual se considera que no debe llegar el nivel de sustitución de rentas del sistema público de protección, pero sin que de ello sea posible derivar un perjuicio adicional y permanente para el pensionista cuando sus rentas de sustitución quedan por debajo del tope”. Por todo ello la sentencia fija el importante criterio de que:

“la referencia a la pensión percibida en la anualidad anterior que, como objeto de aplicación del incremento porcentual, contienen las disposiciones anuales de revalorización ha de entenderse hecha no al importe limitado por razón de los topes máximos, pues ello

haría ficticia la actualización pretendida, sino a la pensión reconocida y actualizada mediante las sucesivas revalorizaciones”.

Criterio este que, sin embargo, no es aceptado en el Voto Particular a la sentencia citada ya que se considera que las leyes de presupuestos expresamente excluyen de revalorización a las pensiones que por su importe o sumadas a otras concurrentes de carácter público exedan del tope máximo fijado en cada momento.

– Eficacia prestacional de cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta en el RETA

La jurisprudencia declara la eficacia prestacional y, en consecuencia, validez en orden a su cómputo para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, de las cotizaciones al RETA correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta y abonadas con posterioridad a la misma, en relación con las prestaciones que se causaron después del 1 de enero de 1994, fecha en que entró en vigor la Disposición Adicional Décima de la Ley 22/1993 (hoy integrada en la Disposición Adicional Novena LGSS), sin que pueda ser aplicable la limitación introducida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (en virtud de la cual aquella eficacia prestacional “únicamente será de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994”), ya que, según reiterada jurisprudencia del TS “la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, es la vigente en el momento de producirse el hecho causante” (STSJ de Madrid de 4 de marzo de 1999, I.L. J 540).

– Concurrencia de pensiones públicas

La concurrencia de dos o más pensiones públicas por un beneficiario ha dado lugar a algunos problemas interpretativos que no siempre han sido resueltos por los tribunales con decisiones coincidentes. Dos de estos problemas son abordados en la STSJ de Navarra de 26 de enero de 1999, I.L. J 105, respecto a la concurrencia entre una pensión de invalidez permanente absoluta satisfecha por el INSS y una pensión de jubilación del Montepío de Funcionarios Municipales de Navarra: por un lado, si el INSS, en el momento en que se percata de que un beneficiario cobra, desde tiempo atrás, dos o más pensiones públicas concurrentes que sumadas superan el tope máximo fijado en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, puede aplicar de oficio y directamente el tope mencionado, rebajando la pensión que él satisface en la cuantía correspondiente; y por otro lado, el alcance cuantitativo de la minoración que han de sufrir las pensiones concurrentes. Respecto a la primera cuestión, después de criterios divergentes aplicados en diversas ocasiones por el TS, la doctrina que este Tribunal aplica actualmente (convocada Sala General para superar divergencias y armonizar criterios, con Sentencia de 10 de febrero de 1997) es que “la entidad gestora puede y debe reducir la cuantía de la prestación que ella viene haciendo efectiva, de modo que el titular de ésta, a partir de ese momento, no cobre más de lo debido; y ello aun cuando el exceso en tal percepción se

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

había venido produciendo desde años atrás”. Respecto a la segunda cuestión, la citada STSJ de Navarra de 26 de enero de 1999 también recoge la doctrina del TS (igualmente armonizada, tras una postura vacilante, a partir de la Sentencia de 10 de febrero de 1997), en el sentido de que “la solución más correcta es la que determina la distribución proporcional entre las pensiones concurrentes del importe de la reducción que proceda”.

c) Dinámica de la protección

– Reconocimiento

Los efectos económicos de la pensión se retrotraen a la fecha de jubilación del actor (el día siguiente del cese en el trabajo), cuando se estima justificado el retraso en la presentación de la solicitud de la pensión. Así lo estima la **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 1999**, I.L. J 274, que considera la situación de enfermedad del actor, que supuso distintos ingresos hospitalarios y una intervención quirúrgica, justificación suficiente para el retraso en la solicitud de pensión.

El reconocimiento de la pensión de jubilación en el Régimen Especial Agrario exige estar al corriente en el pago de las cuotas correspondientes en la fecha del hecho causante. Sin embargo, como señala la **STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 16 de abril de 1999**, I.L. J 597, no cuestionándose el cumplimiento del período de cotización exigido, hay que entender cumplido el requisito de hallarse al corriente al no ser exigibles las cuotas correspondientes (del año 1985 en el caso de autos) por encontrarse prescritas.

– Suspensión

Las sucesivas reformas de nuestro sistema de Seguridad Social que se van superponiendo determinan problemas de vigencia que, en este caso, afectan a la Orden de 18 de enero de 1967 frente a las reformas que se introdujeron con la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social. La **STS de 22 de marzo de 1999**, I.L. J 478, declara la vigencia del art. 16.2.d) de la Orden de 18 de enero de 1967 que prohíbe que se varíe la base reguladora de la pensión de jubilación, ya reconocida, en los supuestos en que ésta haya quedado en suspenso por la realización de trabajos por cuenta ajena por el pensionista, y por los que se hayan ingresado las correspondientes cotizaciones.

d) Derecho transitorio

Reiterada doctrina del Tribunal Supremo viene reconociendo el derecho, en aplicación de la Ley de 26 de diciembre de 1958, del personal que sin tener la condición de funcionario hubiera prestado servicios al Estado, las Corporaciones Locales y sus respectivos Organismos autónomos, en régimen de dependencia, a las prestaciones del extinguido SOVI, al margen de cualquier cuestión sobre cotizaciones [en cuanto que la citada ley declaraba el derecho de este personal a los beneficios de los Seguros Sociales Obligatorios (Subsidio Familiar, Seguro de Vejez e Invalidez y Seguro de Enfermedad) y a los de

Accidentes de Trabajo, Mutualismo Laboral y Plus Familiar]. En esta línea, la **STSJ de Aragón de 24 de marzo de 1999**, I.L. J 121, declara el derecho de una trabajadora que prestó servicios para una Diputación Provincial, desde 1952 a 1961, y que acreditó cotizaciones al Mutualismo Laboral, a una prestación SOVI de vejez, anticipada por invalidez laboral, aun no habiendo estado afiliada al régimen del Retiro Obrero Obligatorio ni acreditar cotización alguna al extinguido Régimen del SOVI.

Tampoco plantea especiales problemas interpretativos el reconocimiento (como hace la **STS de 1 de febrero de 1999**, I.L. J 160) del cómputo recíproco de cotizaciones entre la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria y el Régimen General, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 RD 1879/1978, de 23 de junio, una vez establecido el carácter de entidad de previsión a integrar en el sistema de la Seguridad Social de la citada Mutualidad. La Sentencia declara la asimilación de las cotizaciones realizadas a la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria, con anterioridad a 1967, a las realizadas al Mutualismo Nacional y al Régimen del SOVI a que se refiere la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967, lo que produce como consecuencia no sólo el cómputo de dichas cotizaciones, sino además que el porcentaje sobre la base reguladora que determina la pensión se fije no sólo con arreglo a los años efectivamente cotizados sino con los que la bonificación que la referida disposición transitoria le reconoce.

e) Jubilaciones anticipadas

– Coeficientes reductores de edad

La aplicación de un criterio restrictivo en la aplicación de los coeficientes reductores de edad a efectos de jubilación es mantenido claramente por la jurisprudencia. Y así en la **STSJ de Aragón de 24 de febrero de 1999**, I.L. J 87, no se estima la existencia de un trato discriminatorio en la denegación de pensión de jubilación a un trabajador, piloto de líneas aéreas en el ámbito de la aviación civil, al no aplicar el índice reductor de la edad previsto en el RD 1559/1986, de 28 de junio, para el personal de vuelo de trabajos aéreos. La pretendida incorporación al régimen del RD 1559/1986 del colectivo al que pertenece el actor, ajeno al de “trabajos aéreos” no es posible, pues está sujeto al régimen ordinario de jubilación. La Sentencia indica que los coeficientes reductores de edad “han tenido siempre un tratamiento, expreso, restrictivo (por su misma esencia) y causal, sin previsión alguna de extensión vía jurisdiccional”; pues se exige que se hayan establecido expresamente, mediante Decreto, para aquellos grupos o actividades profesionales que impliquen trabajos especialmente penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres o en los cuales se produzcan elevados índices de mortalidad o siniestralidad, como es el caso de la minería en general y en concreto de la minería del carbón (así, por el contrario, sí se estiman estos coeficientes reductores en la **STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de abril de 1999**, I.L. J 601, respecto de un trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total, derivada de accidente de trabajo, para su profesión habitual de minero-entibador).

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

– De afiliados al Mutualismo Laboral

La STS de 20 de diciembre de 1998, I.L. J 1667, declara el derecho a la jubilación anticipada de quien, conforme a la legislación vigente desde 1964 a enero de 1967, debió tener la condición de mutualista (circunstancia exigida por la Disposición Transitoria Primera.9 de la Orden de 18 de enero de 1967 para gozar del derecho a una jubilación anticipada) aunque no acredite cotizaciones a la misma, cuando la falta de cotización es responsabilidad de la empresa para la que trabajó, declarándose la responsabilidad de dicha empresa en orden a las prestaciones y la obligación de la Entidad Gestora de adelantar la prestación reconocida en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones.

f) Jubilación complementaria

– Derivada de acuerdos colectivos modificados por posteriores pactos colectivos o acuerdos conciliatorios en procesos de suspensión de pagos

Se declara el derecho al complemento de jubilación acordado con motivo de la reconversión del sector de fertilizantes, al que pertenecen las empresas demandadas, aunque posteriormente a través de un acuerdo conciliatorio (alcanzado en proceso sobre conflicto colectivo y que sustituye y deroga en todos sus términos los diferentes acuerdos, convenios y pactos que dieron lugar al complemento de pasivos) se eliminen los complementos de pensiones, en virtud del Convenio de acreedores alcanzado por la empresa, declarada en suspensión de pagos, considerando que el acuerdo conciliatorio no alcanza a complementos correspondientes a fechas anteriores a la de efectos de dicho acuerdo (STS de 4 de febrero de 1999, I.L. J 75). En supuestos similares, considerándose que los pensionistas perceptores de complementos de jubilación no tienen la consideración de acreedores en la suspensión de pagos, las posibles reducciones en las cuantías de estas prestaciones complementarias sí pueden establecerse por acuerdos conciliatorios que tienen la misma eficacia de un convenio colectivo, si bien dependiendo de la fecha de efectos del mismo (STS de 17 de febrero de 1999, I.L. J 181); pero dichos complementos de jubilación (mejoras voluntarias de Seguridad Social) no pueden verse afectados por pactos posteriores que carezcan del valor vinculante *erga omnes* propio de los convenios colectivos al no cumplir los requisitos procedimentales establecidos en el ET (STS de 16 de febrero de 1999, I.L. J 179).

– Mejoras de Seguridad Social establecidas en el convenio colectivo

La STS de 9 de febrero de 1999, I.L. J 410, manteniendo una reiterada y problemática jurisprudencia, declara que los complementos de pensión para los jubilados, como mejoras de Seguridad Social, entran dentro del ámbito de la contratación colectiva, y que, como el TS ha señalado reiteradas veces “la contratación colectiva puede modificar dichas mejoras, reducirlas e incluso suprimirlas” (supuesto similar es el que se plantea en la STS de 30 de abril de 1999, I.L. J 584). En consecuencia, señala la citada STS de 9 de febrero de 1999, entran dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo los jubilados (“trabajadores pasivos o población laboral pasiva”, como se dice en la sentencia), por lo que el TS ya tiene establecida la doctrina de que “los legitimados para celebrar un con-

venio colectivo por parte de los trabajadores representan a los trabajadores jubilados”, que no son, en consecuencia “terceros” a efectos de la impugnación del convenio colectivo y que, por lo tanto, carecen de legitimación activa para impugnar el convenio.

– Cuantía del complemento de pensión: no tiene un carácter fijo e invariable

El carácter fijo o no, variable o invariable, del complemento de pensión de jubilación dependerá de cómo se halla configurado jurídicamente dicho complemento. En la **STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de abril de 1999**, I.L. J 591, se declara el carácter no fijo e invariable del complemento de pensión reconocido en el art. 151 del Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo, ya que, según la doctrina que el TS tiene reiteradamente establecida acerca de este complemento de pensión, el citado art. 151 ha de interpretarse en el sentido de que lo que reconoce al jubilado es “el derecho a percibir un complemento que sumado a la pensión básica de jubilación abonada por el INSS (antes por la Mutualidad Laboral correspondiente) le garantice la percepción de lo que ganaba en activo en el momento de la jubilación”, pero “no asegura que tal complemento mantenga un carácter fijo e invariable en lo sucesivo”. Más aún cuando en este caso el complemento de pensión tiene el carácter de “pensión concurrente”, viéndose afectado por el límite máximo de pensión pública o concurrente establecido legalmente para cada año.

g) Compatibilidad e incompatibilidades

– Incompatibilidad con prestaciones a favor de familiares

La **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 21, recoge la doctrina, ya reiterada, establecida inicialmente por el TCT y posteriormente por el TS, en el sentido de que la incompatibilidad en las prestaciones en favor de familiares no se produce con su reconocimiento, sino en su disfrute, por lo que el beneficiario debe optar entre las distintas pensiones que tenga reconocidas. En este sentido, la STS de 18 de enero de 1999 establece que “la pensión inferior al salario mínimo que el interesado viene percibiendo, no obsta el lucro de la prestación en favor de familiares de importe superior a aquella causada posteriormente”. Y así la sentencia sostiene que “se está ante una nueva pensión contributiva y no asistencial o residual, por lo que unos ingresos inferiores al aludido salario mínimo interprofesional, no deben enervar el concepto legal de ‘vivir a expensas’, ni tampoco hacen que el beneficiario incumpla la condición de no percibir pensión, dada la aludida inferior cuantía”; y ello aunque, como ocurre en el presente caso, el interesado perciba dos pensiones: una de jubilación y otra de viudedad, cuya suma no alcanza el valor del salario mínimo interprofesional. Ahora bien, esto no significa “que pueda cobrar conjuntamente esas tres pensiones (las dos anteriores y la prestación en favor de familiares que ahora se le reconoce), pues la percepción de ésta es incompatible con aquéllas”, por lo que se debe optar entre percibir la nueva prestación o las dos anteriores que viene recibiendo desde tiempo atrás.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

– Superposición de cotizaciones

Para causar pensión de jubilación en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social la ley establece, como recuerda la **STS de 28 de abril de 1999**, I.L. J 671, que “será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años”. El criterio que el TS, en Unificación de Doctrina, aplica en un supuesto de adquisición del derecho a dos pensiones, por pluriactividad, en el Régimen General y en el Régimen de Trabajadores Autónomos, respecto al cómputo del requisito de superposición de cotizaciones, es que dicho cómputo ha de hacerse “por días-cuota”, lo que significa que se tiene en cuenta la cotización por las pagas extraordinarias, ya que la ley exige un período de superposición de cotizaciones y no de superposición de períodos de trabajo.

B) Jubilación no contributiva

a) Situaciones protegidas

Especial interés presenta la **STS de 30 de marzo de 1999**, I.L. J 510, sobre el reconocimiento de una prestación no contributiva de jubilación a un ciudadano marroquí con permiso de residencia y sin permiso de trabajo en la fecha de la solicitud. Dicha prestación no está expresamente incluida en el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, que se aplica a los regímenes general y especiales de la hoy modalidad contributiva de la Seguridad Social, sin que alcance a la no contributiva. Se discute el derecho a esta prestación al entender la parte demandante que las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social sólo se aplican a los españoles residentes en territorio nacional. La Sentencia citada, sin embargo, reconoce el derecho a esta prestación en base al art. 41.1 del Reglamento CEE 2211/1998, que aprueba el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, que establece un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residan con ellos respecto a los nacionales de los Estados miembros donde estén empleados. La cuestión controvertida que se plantea es si dicha igualdad de trato se limita a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, sin extenderse a los regímenes de protección que no tienen en cuenta la condición de trabajador, sino la de nacional. El Tribunal Supremo, con una interpretación muy progresista y aplicando la doctrina sentada al respecto por el TJCE, en diversas sentencias que el TS recoge (SSTSJ de 31 de enero de 1991, asunto Kzibir; 20 de abril de 1994, asunto Yousfi; 20 de junio de 1991, asunto Newton, 3 de octubre de 1996, caso Hallouzi-Choho y 5 de abril de 1995, asunto Krid), considera que:

“el propio tenor literal del art. 41 (del citado Reglamento CEE 2211/1998) está estableciendo la equiparación entre trabajadores marroquíes y nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, lo que indica que su alcance va más allá de la asimilación con los trabajadores: el trabajador marroquí, siempre que mantenga esa condición laboral en el sentido que más adelante se precisará, debe ser tratado como un nacional del Estado donde esté empleado a efectos de Seguridad Social”.

Y, de acuerdo con la interpretación del TJCE, en las citadas sentencias:

“el concepto de trabajador recogido en el art. 41.1 del Acuerdo comprende tanto a los trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar de una pensión de vejez o después de haber sido víctimas de los riesgos que dan derecho a prestaciones con arreglo a otras ramas de Seguridad Social”.

Por todo ello, el TS acertadamente concluye que “el actor es un ciudadano marroquí que por razón de trabajo ha permanecido en España hasta la edad prevista para la jubilación, que cumple el requisito específico de residencia (...) y que ha solicitado una prestación que se encuentra incluida en el art. 41 del Acuerdo CEE-Marruecos, porque se trata de una prestación no contributiva de jubilación que se integra en el ámbito del art. 4.2 del Reglamento CEE 1408/1971 (...)”

b) Requisitos generales

– Carencia de ingresos

Uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación no contributiva es, como recuerda la **STSJ de Andalucía/Málaga de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 529, “la carencia de ingresos del solicitante, entendiéndose que se produce este supuesto, cuando los que éste percibe sean inferiores al importe de la pensión solicitada”. Considera la citada sentencia que no es obstáculo el que anteriormente se le hubiera reconocido el derecho a dicha pensión no contributiva, estableciendo, por un lado, que, según la doctrina del Tribunal Supremo, “la entidad gestora puede actuar de oficio y revisar sus propias resoluciones no sólo en los (supuestos) incluidos en el art. 145 de la LPL sino también (en) aquellos otros en los que la facultad revisoria venga amparada por una norma legal y además, aquellos supuestos, de diferente naturaleza, en los que la revisión proceda en virtud de un hecho nuevo”; y, por otro lado, que “los perceptores de estas prestaciones estarán obligados a comunicar a la entidad que abone la prestación cualquier tipo de variación de su situación (...)”. Por todo ello, establece la Sentencia con claridad que “no se está ante una pensión vitalicia, sino ante una pensión cuya revisión y extinción podrá acordar por sí misma la entidad gestora cuando dejen de concurrir los presupuestos fácticos necesarios para su devengo”.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

c') Incapacidad permanente total

La STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999, I.L. J 272 (recurso 2809/1998), sobre la base de las SSTS de 9 de marzo de 1988, 27 de junio y 22 de diciembre de 1994, viene a recordar la plena vigencia de los arts. 45 y 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962, que, en síntesis, vienen a señalar las alternativas posibles ante la aparición de síntomas de enfermedad profesional: cambio de puesto de trabajo, baja en la empresa u otros medios análogos. Estableciendo la doctrina jurisprudencial que cuando la enfermedad devenga irreversible y le inhabilite con carácter permanente para desarrollar los posibles puestos de trabajo, será cuando proceda la declaración de la invalidez permanente pero no cuando aparezca con problemas circunscritos a un puesto de trabajo solamente.

La STS de 26 de enero de 1999, I.L. J 144, viene a reiterar la doctrina de que no puede tomarse en consideración a efectos de declarar una situación invalidante el proceso patológico que se inició con anterioridad a la fecha de afiliación y de alta del interesado en el sistema de la Seguridad Social, salvo que se haya producido una agravación trascendental posterior. Circunstancia de la agravación que puede o no concurrir en un caso y que, por ende, es cuestión a apreciar en los casos de las Sentencias de contraste, a efectos de unificación de doctrina.

e') Gran invalidez

Aun cuando la STS de 5 de mayo de 1999, I.L. J 746/1999, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sustentado sobre una presunta contradicción respecto al reconocimiento de una gran invalidez, recurso que desestima por ausencia de tal contradicción, la sentencia reseñada viene a incidir en la conocida dificultad de contradicción y, por ende, de contradictoria doctrina a unificar en materia de incapacidad permanente, sobre el no menos conocido argumento de que:

“estamos ante situaciones individuales, que no permiten generalizaciones y extensiones, en donde es muy difícil que exista contradicción” (FJ 3°).

b) Requisitos del beneficiario

Comenzando por los requisitos generales para ser beneficiario de las prestaciones por incapacidad permanente, en el período acotado en esta crónica, aparecen distintas Sentencias atinentes al requisito general del art. 124.1 LGSS, de estar incluido en el campo de aplicación y en alta o situación asimilada.

Así, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de marzo de 1999, I.L. J 423 (recurso 85/1999), desestima el recurso de la actora contra la sentencia de instancia denegatoria de prestaciones por incapacidad permanente absoluta sobre el argumento de que la actora no se encontraba en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante. Aparece como tema escabroso la consideración de la situación de paro involuntario una vez agotadas las prestaciones de desempleo, argumentando el TSJ en este caso en la línea restrictiva, entendiendo el TSJ que la interrupción en la inscripción de demandante de empleo ha de considerarse como excluyente de la situación de asimilada al alta, pues haber dejado transcurrir más de un año, según el TSJ, exterioriza una ausencia de voluntad de trabajo. La no consideración de situación asimilada al alta en el momento del hecho causante tiene, en este caso, como efecto principal, la denegación de la prestación por incapacidad permanente absoluta, al no acreditar la actora los quince años de carencia exigidos en el art. 138.3 LGSS para tal caso.

La STSJ de Aragón de 10 de abril de 1999, I.L. J 253 (recurso 1088/1997), tras recordar la conocida doctrina del TS según la cual cabe una interpretación no formalista del requisito de alta y las situaciones asimiladas a ella, la llamada línea flexible y humanizadora, especialmente en relación con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, desestima la aplicación de tal doctrina al supuesto enjuiciado, en que el actor es beneficiario de una pensión por invalidez no contributiva, sin que tal situación permita soslayar el requisito de alta o situación asimilada a la misma, pues no se puede hablar de una situación de desprotección.

La STS de 16 de abril de 1999, I.L. J 565, contiene interesantes declaraciones que se despliegan en un doble orden de cuestiones. De una parte, el recordatorio de que la exigencia del alta ha de entenderse referida al momento de emerger la contingencia invalidante, que el alta ha de referirse al momento en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida, y no al posterior en que, mediante solicitud del trabajador o de oficio por la entidad gestora, se inicia el procedimiento de declaración de dicha situación (SSTS de 15 de diciembre de 1986, 12 de febrero de 1990, 21 de noviembre de 1992 y 9 de octubre de 1995), pues de contrario, “podrían producirse supuestos generalizados de desprotección” (STS de 9 de octubre de 1995). Tal doctrina, aplicada al caso enjuiciado, el de un trabajador encuadrado en el régimen especial de autónomos (RETA), que accede a la anterior situación de ILT (hoy Incapacidad Temporal) dentro del período de noventa días naturales siguientes al último del mes en que se produce la baja en dicho régimen, supone que el trabajador accede al estado de ILT contando con el requisito del alta en Seguridad Social, por la vía de la asimilación, rechazando la Sentencia que no concurra el alta por asimilación cuando, agotado el período máximo, se emite el informe médico de síntesis y el dictamen del EVI.

En el ámbito del período de carencia se inscribe la STS de 18 de enero de 1999, I.L. J 137, que resuelve como cuestión esencial la de si a efectos de completar el período de carencia para tener derecho a las prestaciones de invalidez permanente puede computar-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

se como efectivamente cotizado el período de dieciocho meses del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, aún cuando en realidad el presunto inválido no hubiera llegado a acceder a esa situación, cuestión que es resuelta afirmativamente en línea con la doctrina unificada establecida por las SSTS de 26 de marzo y 22 de septiembre de 1997 y 6 de marzo de 1998. La misma doctrina se mantiene en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de abril de 1999, I.L. J 604 (recurso 234/99).

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

La STSJ de Cataluña de 21 de abril de 1999, I.L. J 721 (recurso 4325/1998), sigue la doctrina de la STS de 14 de marzo de 1994 respecto a la cuestión de si es posible compensar lo percibido en concepto de prestación económica por Incapacidad Permanente Total con la prestación a tanto alzado por Incapacidad Permanente Parcial, declarando que si la situación de Invalidez Permanente fijada definitivamente por el Tribunal es la de Invalidez Permanente Parcial derivada de accidente de trabajo con derecho a indemnización a tanto alzado, en estos términos debe cumplirse el mandato judicial, “sin que sea dable, ni en vía administrativa ni en vía judicial, el proceder a la verificación de compensación alguna con lo percibido por el beneficiario de la cuestionada prestación de Seguridad Social desde su inicial reconocimiento y hasta la resolución del recurso interpuesto frente a la sentencia de instancia” y que “ así como no es lógico ni legal –art. 292 LPL– exigir del beneficiario de la Seguridad Social la devolución de pensiones percibidas en concepto de una Invalidez Permanente que luego es dejada sin efecto en una superior instancia judicial, tampoco resulta aceptable el llevar a efecto una compensación”.

La STS de 5 de marzo de 1999, I.L. J 437, resuelve la contradicción entre la STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 1998 y la STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 1997, que mantienen criterios distintos respecto a la cuantía de la indemnización a percibir por un trabajador afectado por invalidez permanente parcial derivada de accidente de trabajo, en virtud del contrato de seguro de accidentes por muerte e invalidez suscrito por el empresario con una compañía aseguradora, mejora voluntaria pactada en el convenio colectivo. El problema de determinación de la cuantía de la indemnización correspondiente al grado de invalidez es resuelto por el TS, con buen criterio, remitiendo a los términos del contrato entre la empresa, que cumple su obligación ex convenio colectivo, y la compañía aseguradora, siendo el caso que la existencia de criterios de valoración de la indemnización específica por incapacidad permanente parcial en el contrato suscrito hace que deban ser estos criterios los que se apliquen, sin que quepa la indemnización referida genéricamente a incapacidad permanente, pues el contrato (la póliza) se refiere a dos situaciones: la de invalidez total o absoluta (que a sus efectos equipara) y la parcial.

La STSJ de Galicia de 14 de abril de 1999, I.L. J 705 (recurso 1588/96), incide en el ámbito de los complementos por mínimos, declarando que el percibo de la cantidad complementaria correspondiente a la circunstancia de cónyuge a cargo del pensionista, no seguirá percibiéndose cuando desaparece la situación de dependencia económica, por ser el cónyuge pensionista de la Seguridad Social, momento a partir del cual ha de repu-

tarse improcedente tal complemento, deviniendo, por ende, percepción indebida a partir de entonces y, en consecuencia, procedente su reintegro.

b') Base reguladora de las prestaciones

Como es sabido, la cuestión del modo en que han de calcularse las bases reguladoras de las pensiones correspondientes al período de cotización en nuestro país en aquellos casos de trabajadores españoles que acreditan, sucesivamente, períodos de cotización en España y en otro país miembro de la Unión Europea en el que se realizaron las cotizaciones previas al hecho causante, se ha revelado especialmente litigiosa. La cuestión, sobre la que se han producido sentencias contradictorias, con el subsiguiente planteamiento de recursos de casación para la unificación de doctrina, es si la base reguladora debe calcularse, con referencia al período de los últimos años trabajados en un país de la Unión Europea, por las bases medias de cotización vigentes en España para la categoría profesional del trabajador, o bien ha de hacerse con arreglo a las bases de cotización reales, efectuadas durante el período inmediatamente anterior al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, revalorizadas en la forma reglamentariamente establecida, orientación esta última en que se inscribe el Anexo VI D-4 del Reglamento 1408/1971, en la versión actualizada por el Reglamento 1248/1992. En este ámbito de problematismo respecto a la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente se inscribe la **STS de 10 de marzo de 1999**, I.L. J 446, para el caso de un trabajador que prestó servicios en España y Alemania, siendo declarado en este último país en situación de invalidez permanente para todo tipo de trabajo y que solicita del INSS pensión de invalidez permanente por el tiempo que cotizó en España antes de su migración a Alemania. La cuestión litigiosa está en la aplicación por la Gestora de las bases mínimas de cotización de acuerdo con lo establecido en el art. 47 del Reglamento 1408/1971, versión actualizada de 1992 y lo previsto en el Anexo VI D-4.b que determinaba que el cálculo de la pensión teórica española se efectuará sobre las bases de cotizaciones reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (bases remotas). Ante la reclamación del actor de que la determinación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total (que es la reconocida por la entidad gestora) debe partir de las bases medias de cotización vigentes en España para un trabajador de su misma categoría en el período elegido. La Sentencia reseñada, tras un análisis histórico de la jurisprudencia tanto comunitaria (destacando al respecto el alcance del asunto Lafuente Nieto y el caso RonFeldt) como de la propia Sala, dando cuenta de su evolución incorporando el sentido de las resoluciones comunitarias, y tras sintetizar el contenido de la STJCE de 17 de diciembre de 1998, que resuelve la cuestión prejudicial ante el CEE planteada por Auto de 17 de marzo de 1997, lleva a concluir que la versión del Reglamento de 1992 es menos favorable para el trabajador que la del art. 25.1.b) del Convenio Hispano-Alemán, por contener expresiones que reconducen a las bases medias, mientras que si se aplicase el Reglamento de 1992 y su anexo VI-D, las bases a aplicar serían las mínimas o remotas, declarando, por tanto, aplicable lo preceptuado en el Convenio Hispano-Alemán, por ser más favorable para el trabajador, y estableciendo como base reguladora las bases medias

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de cotización vigentes en España para un trabajador de la misma categoría o grupo profesional del actor. En la misma línea doctrinal se inscribe la **STS de 13 de marzo de 1999**, I.L. J 636, que, ahora respecto a la base reguladora de una pensión de invalidez permanente absoluta, reitera el itinerario argumental y las conclusiones de la anterior.

A la base reguladora de la pensión de invalidez (ahora incapacidad permanente) se refiere también la **STS de 18 de marzo de 1999**, I.L. J 470, que ante la cuestión de si los efectos de las diferencias económicas de una pensión de invalidez, ya reconocida y objeto de posterior revisión, como consecuencia de una resolución judicial *ex post facto*, de la que se deriva modificación de la cuantía inicial, deben retrotraerse a la fecha inicial del reconocimiento de la pensión o a los cinco años anteriores a la solicitud, declara aplicable el plazo de prescripción contenido en el art. 43 LGSS, que fija en cinco años el plazo de prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones, sin que en el caso enjuiciado conste acontecimiento alguno capaz de interrumpir tal plazo, de manera que los efectos de la resolución judicial modificadora de la base reguladora se retrotraen a los cinco años anteriores a la solicitud, no a la fecha del reconocimiento de la pensión, si ésta fue anterior.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

En el siempre litigioso ámbito de la responsabilidad del pago de las prestaciones (en este caso por incapacidad permanente), litigiosidad derivada de la complejidad e insuficiencia de la regulación actual de la cuestión, insuficiencia que se viene resolviendo, como es sabido, con la aplicación de los arts. 94 a 97 del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966, degradado a nivel reglamentario.

En este ámbito se inscriben varias Sentencias del período acotado en esta crónica. Así, la **STS de 17 de marzo de 1999**, I.L. J 468, aborda la cuestión de la responsabilidad del pago de la prestación por invalidez permanente total en el supuesto de incumplimiento de la obligación de cotizar. En la sentencia recurrida se declaró responsable del pago a la empresa, en tanto que en la sentencia de contraste (STS de 1 de junio de 1992) se declaraba responsable a la Mutua Aseguradora, doctrina del TS reiterada en otras posteriores (STS de 8 de mayo de 1997, 10 de marzo y 20 de abril de 1998, entre otras), sobre tal contradicción, la sentencia reseñada, sobre el recuerdo de la doctrina atemperadora (“dulcificando el rigor de la norma”) del tenor literal del art. 94.2.b) de la Ley Articulada de la Seguridad Social (Texto de 1966) contenida en la STS de 1 de junio de 1992, vuelve a reiterar que la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido para causar derecho a la prestación, considerando que en el caso de autos si bien existe un incumplimiento por presumibles dificultades de liquidez, no existe un supuesto de resistencia al cumplimiento, que, además, no tuvo repercusión sobre el derecho del trabajador a las pretensiones reclamadas, procediendo a declarar que debe ser la Mutua aseguradora quien debe responder directamente del pago de la prestación. Idéntica doctrina se contiene en la **STS de 25 de enero de 1999**, I.L. J 633, en la que respecto a la prestación por incapacidad permanente parcial

se declara responsable directa a la Mutua aseguradora, reiterando el mismo itinerario argumental que la sentencia anterior, entendiendo que el descubierto empresarial de ocho meses no se puede configurar como un caso de resistencia empresarial, sino que se trata sólo de un impago ocasional y esporádico.

d) Dinámica de la protección

En el período acotado en esta crónica las sentencias aparecidas que vengan directamente referidas a la dinámica de la protección se circunscriben básicamente a la cuestión del momento a partir del que deben desplegarse los efectos de la declaración de incapacidad. Así, la **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 18, desestimatoria de un recurso de casación interpuesto por la Entidad Gestora, pues como excepción a la regla general que vincula el hecho causante de la incapacidad permanente a la fecha de emisión del dictamen de la UVMI, según reiterada doctrina del TS, también es doctrina del TS que cuando el beneficiario no haya pasado por la situación de incapacidad temporal, ha de considerarse causada la prestación cuando, con anterioridad a tal dictamen, las lesiones hayan quedado fijadas con carácter irreversible y dotadas de efectos invalidantes desde la fecha de solicitud. Excepción, pues, de la regla general que comporta la ausencia de contradicción. Igualmente se exceptiona de la regla general, que anuda la fecha de los efectos económicos de la declaración de invalidez a la correspondiente al dictamen de la UVMI, el retraso anormal en la emisión de tal dictamen, como viene a recordar la **STS de 26 de marzo de 1999**, I.L. J 495.

En el ámbito de los efectos de la declaración se inscribe, igualmente, la **STS de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 634, donde se suscita la cuestión de la determinación de la fecha del hecho causante en los supuestos de seguros colectivos concertados por las empresas como mejora de las prestaciones de Seguridad Social en favor de sus trabajadores y en relación con las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional. La sentencia reseñada, tras advertir de la existencia de sentencias que habían seguido líneas divergentes respecto a los efectos de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, señala que las sentencias más recientes han entendido que las consecuencias derivadas de los seguros privados siguen la misma suerte que las prestaciones básicas de la Seguridad Social a que sirven de complemento, cuando se trate de fijar el momento inicial de la incapacidad permanente que, como regla general, será la fecha de emisión del dictamen de la UVMI, lo cual no significa que tal regla general no admita excepciones. Y así ocurre en el supuesto analizado, donde el TS considera que la fecha de efectos de la invalidez permanente reconocida no puede retrotraerse al día en que fue reconocido por la UVMI, sino a aquél a partir del cual debe considerarse en tal situación, porque así se dispone en una sentencia firme que no fue recurrida por el interesado, con el estrambótico resultado de que la solicitud de revisión judicial del grado otorgado por la UVMI tiene como resultado la pérdida de las mejoras correspondientes, toda vez que, en la fecha declarada judicialmente como de inicio del despliegue de los efectos de la declaración de invalidez permanente total, ya no estaba vigente la póliza de seguro.

e) Compatibilidad e Incompatibilidades

En el período acotado en esta crónica destaca la STS de 27 de junio de 1999, (recurso 3128/1998) I.L. J 907, que declara la compatibilidad entre la prestación por incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo y la pensión por incapacidad total derivada de enfermedad profesional, en el supuesto en que profesiones habituales del beneficiario a efectos de las incapacidades reconocidas sean distintas en una y otra situación, declaración de compatibilidad que la sentencia sustenta en una argumentación construida sobre la aplicación analógica del art. 152 LGSS, el rechazo de la objeción de posible incompatibilidad ex art. 122.1 LGSS y la vigente conceptualización legal de la profesión habitual (art. 137 LGSS de 1994, toda vez que la nueva redacción dada por la Ley 24/1997 no está aún vigente, arg. ex Disposición Transitoria Quinta bis del texto refundido LGSS, añadido por el art. 8.2 Ley 24/1997 y Disposición Adicional Trigesimonovena de la Ley 50/1998, que deberá ser nuevamente prorrogada, habida cuenta de que no ha aparecido la regulación reglamentaria prevista en el art. 137.3 LGSS).

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Como es sabido, entre los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, el legislador exige que el solicitante esté afectado por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65 por ciento. Al respecto ha de observarse que se presume afecto de una minusvalía igual al sesenta y cinco por ciento a quien le hubiera sido reconocida, en la modalidad contributiva, una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo pero que no pueda ser declarado en tal situación por no tener derecho a pensión contributiva, y del setenta y cinco por ciento al no calificable gran inválido por igual problema (Disposición Adicional Tercera, párrafo segundo, del RD 357/1991). Por tanto, el requisito del grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento exigido por el artículo 144.1.c) LGSS o del 75 por ciento a los efectos del complemento previsto en el art. 145.6 LGSS se tiene por cumplido, en virtud de la mentada Disposición Adicional Tercera del RD 357/1991, cuando el reconocimiento de la invalidez permanente absoluta se haya producido con ocasión de haberse solicitado previamente una pensión de invalidez permanente en su modalidad contributiva y tramitado el correspondiente expediente, la misma haya sido denegada por no concurrir alguno o algunos de los demás requisitos exigidos para obtener la pensión de invalidez contributiva. Tal traslación de efectos de la declaración ha suscitado múltiples litigios, pudiendo detectarse contradicciones interpretativas en las decisiones judiciales al respecto. A efectos de arrojar luz en la cuestión, resulta relevante la STSJ de La Rioja de 21 de abril de 1995, interesando sobre todo el argumento utilizado para desestimar el recurso: “lo cierto es que el actor-recurrido no tiene reconocida una situación de invalidez permanente absoluta, en la modalidad contributiva, de modo que no puede ser de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional. A mayor abundamiento, como tiene declarado el TS en Unificación de Doctrina, “las declaraciones de invalidez permanente

realizadas por la Entidad Gestora sin derecho a prestaciones por falta de carencia, no tienen efectos jurídicos” (Vid. por todas SSTs de 14 de octubre de 1991, 7 de febrero de 1994, y 16 de marzo de 1995), con más razón “carecerá de cualquier efecto jurídico la no declaración de invalidez permanente absoluta por los motivos que sean”, argumento que, si no se matiza, comportaría la imposibilidad aplicativa de la Disposición Adicional Tercera del RD 357/1991.

Sin embargo, y resultando inatacable la fundamentación realizada por el TS respecto a la inadmisibilidad de declaración de incapacidad permanente cuando no se reconoce derecho a la pensión, y cáusticamente certera, sobre el recuerdo de tal doctrina, la STSJ de La Rioja de 21 de abril de 1995 nada empuja, a nuestro entender, a que determinadas fases del procedimiento puedan desplegar otros efectos jurídicos si resultan asimilables en la lógica del sistema y, además, coadyuvan a la realización del fin del sistema de la Seguridad Social, la protección del sujeto incurso en una situación de necesidad, de forma que si la declaración de la situación de invalidez requiere la concurrencia de un dato fáctico, la constatación médica de la circunstancia invalidante, si el mismo es apreciado, pese a la imposibilidad jurídica de configurar la existencia de la situación de incapacidad permanente, por no concurrir otros requisitos legalmente requeridos, el dato fáctico no desaparece, por lo que el ordenamiento puede utilizarlo a otros efectos (distintos a los efectos jurídicos de una declaración de incapacidad sin derecho a prestación económica, que no existen, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, con la consiguiente nulidad de las resoluciones administrativas que contenían declaraciones de tal tipo). En buena lógica jurídica parece que, salvo mejor criterio, el iter normal para dar por cumplido el requisito del art. 141.1.c) será la existencia de un previo expediente administrativo en demanda de una pensión contributiva en el que se acredita el dato fáctico de las lesiones permanentes invalidantes, sin que se declare la incapacidad permanente por no acreditarse los otros requisitos exigidos legalmente, solicitándose, posteriormente, una pensión de invalidez no contributiva, en cuya tramitación administrativa se tendrá por acreditado el grado de minusvalía con el dato fáctico constatado en el anterior expediente. Y sólo en defecto de tal solicitud previa, será preciso acreditar que se padece, con arreglo a los criterios del art. 146 LGSS como mínimo, un grado de minusvalía del 65 por ciento. Pues, de contrario, estaríamos incurso en el absurdo de tener que interpretar que resulta un requisito legalmente exigible el previo reconocimiento de la pensión de invalidez permanente absoluta para todo trabajo en la modalidad contributiva (para que el dato fáctico tuviera efectos jurídicos).

En tal lógica se entiende que la citada Disposición Adicional Tercera, en su párrafo primero, establezca que “cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación e invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente Entidad Gestora cursará al Organismo encargado del reconocimiento del Derecho a las pensiones no contributivas copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva, de forma

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

que, ante la denegación de la solicitud de pensión contributiva, el RD 357/1991 subordina el inicio del expediente para el reconocimiento de una pensión no contributiva a la conformidad del interesado. Con tales precisiones, es claro que la Disposición Adicional Tercera RD 357/1991 no autoriza un sistema alternativo de valoración por los órganos judiciales, por el cual éstos pudieran optar por la calificación propia de la modalidad contributiva frente a la valoración por baremo, sino que es una regla excepcional para coordinar las valoraciones en las dos modalidades de protección (SSTS de 2 de diciembre de 1997 y 23 de noviembre de 1998), de manera que no es posible acudir al sistema de valoración propio de la modalidad contributiva cuando no ha existido ninguna calificación previa en el procedimiento correspondiente y menos aún si tal procedimiento no ha existido, doctrina que viene a reiterar la **STS de 9 de diciembre de 1998**, I.L. J 128/1999 (FJ 3º), señalando que la equiparación entre la invalidez no contributiva y el grado de minusvalía exigido para la pensión no contributiva precisa que se haya calificado la primera con anterioridad a la no contributiva.

d) Dinámica de la prestación

La **STS de 18 de marzo de 1999**, I.L. J 223, viene a unificar la contradicción aplicativa del art. 146 LGSS, precepto que, por lo demás, no reviste especiales dificultades interpretativas, pues determina, con meridiana claridad, el momento a partir del cual se producirán los efectos económicos del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez no contributiva, momento que queda establecido en el primer día del mes siguiente a aquel en que se presente la solicitud. No obstante la claridad del precepto, se han venido planteado cuestiones litigiosas respecto al momento a partir del cual se deben producir los efectos económicos del reconocimiento del derecho, cabiendo como única hipótesis explicativa de tal litigiosidad, el hecho de que el art. 156 bis LGSS, incorporado al Texto Refundido de 1974 por la Ley 26/1990, establecía que los efectos económicos del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se presente la solicitud, sin que existiese un precepto que fijase la fecha de los efectos económicos de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, hasta la aparición del RD 357/1991, cuyo art. 15.2, inserto dentro de las normas comunes a las pensiones de invalidez y jubilación, sí lo establece, produciéndose, entretanto, una laguna legal que queda circunscrita temporalmente al periodo de tiempo que media entre la LPNC y la aparición del RPNC. Distinto es el caso del actual texto de la LGSS, cuyos art. 146 y 169 establecen la fecha de efectos económicos de las pensiones de invalidez y jubilación, respectivamente, en la misma forma en que lo hacía el art. 156 bis LGSS en su redacción anterior. La existencia de criterios judiciales contradictorios respecto al momento desde el que hayan de desplegarse los efectos económicos de la pensión explica que se hayan dictado SSTS en unificación de doctrina, así **STS de 26 de enero de 1996**, y la **STS de 18 de marzo de 1999**, I.L. J 223, aquí reseñada, que declara, obviamente, como fecha de efectos económicos de la pensión la del día primero del mes siguiente a aquel en el que el sujeto presente su solicitud, casando y anulando la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de febrero de 1998, que marcaba como fecha de efectos económicos la del día de solicitud del reconocimiento de la pensión.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

La exigencia de estar en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante es objeto de tratamiento flexible y modalizado por los tribunales, criterio interpretativo lato que es consecuencia de las pautas que en unificación de doctrina ha venido marcando reiteradamente el Tribunal Supremo. Así se considera como situación asimilada al alta el paro involuntario, aunque no sea subsidiado, o aunque existan periodos de no inscripción. Tal línea flexibilizadora encuentra tronco legal en la nueva redacción del art. 174.1 LGSS dada por la Ley 66/1997, y aún más por la Ley 50/1998. Y en esta línea flexible y humanizadora se inscribe algún pronunciamiento habido en el período acotado en esta crónica. Así la **STSJ de Aragón de 8 de febrero de 1999**, I.L. J 84 (recurso 819/1997), impregnada de tal estado de opinión, sobre el recuerdo de que el sujeto causante se encontraba en paro involuntario, quedando acreditado su deseo de volver a trabajar, añade que aun cuando las mentadas reformas normativas son posteriores al fallecimiento del sujeto causante, éste reunía sobradamente el período de carencia exigido (cotización de 22 años, período luego reducido a 15).

Frente a tal interpretación, existen otras interpretaciones menos flexibles, considerando que no se cumple este requisito cuando se da un largo período de inactividad sin inscripción como demandante de empleo, así ocurre en el período acotado en esta crónica en la **STSJ de Murcia de 25 de enero de 1999**, I.L. J 63 (recurso 89/1998), que estima el recurso del INSS contra la Sentencia de instancia que reconocía pensiones de viudedad y orfandad, sobre el argumento de que el causante, si bien inscrito como demandante de empleo, no se encontraba en situación asimilada al alta, toda vez que:

“Para que el paro involuntario pueda ser considerado como situación asimilada al alta, como mínimo debe acreditarse no sólo que tal involuntariedad en el paro es originaria, sino también sucesiva (...) la mera inscripción como demandante de empleo no supone sin más quedar amparado o constituir tal situación asimilada al alta. No basta un mero estado de desocupado” (FJ 4º).

Y ello sin atender al dato, aunque no suficientemente documentado sí deducible de la exposición fáctica, de reclusión en centro penitenciario por cumplimiento de condena del sujeto causante, situación sobre la que existe un línea judicial que ha reconocido la analogía con la imposibilidad de trabajar que caracteriza al desempleo (por todas, STS de 12 de noviembre de 1996).

En esta línea ha de meritarse la **STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 313 (recurso 5239/1998), que estima el derecho a la pensión de orfandad por reunir el padre del beneficiario los tres requisitos que la jurisprudencia ha fijado para apreciar la situación de desempleo involuntario total y subsidiado asimilada al alta: la voluntariedad

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

en la falta de ocupación, la inscripción en la Oficina de Empleo y la continuidad de tal inscripción (SSTS de 1 de abril y 1 de julio de 1993 y 28 de octubre de 1994, entre otras), siendo el caso que el causante era beneficiario de la prestación asistencial de desempleo tras su permanencia como recluso en un establecimiento penitenciario, situación que, igualmente debe considerarse como asimilada al alta.

En el mismo ámbito (situación asimilada al alta) incide la **STS de 23 de febrero de 1999**, I.L. J 187, que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina 2636/1998, que considera como situación asimilada al alta la de paro involuntario de quien ha dejado de pertenecer al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por cese de actividad, y se inscribe a continuación como demandante de empleo en la oficina de colocación correspondiente, sobre el argumento principal de que el cese en la actividad y la consiguiente baja voluntaria en el RETA no puede interpretarse inconcusamente imputable al asegurado como cese voluntario en la actividad directamente imputable al asegurado, amén de que la regulación legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustiva, debiendo atenderse a las especificaciones normativas del RETA al respecto.

En otro orden de cuestiones, la **STS de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 203, reitera la doctrina de las SSTS de 18 de febrero de 1994 y 10 de abril de 1995, señalando que en las pensiones de muerte y supervivencia la declaración de invalidez con posterioridad al fallecimiento del causante no afecta a los derechos de los causahabientes, quienes deben ver reconocidas sus pensiones como derivadas de la muerte de un trabajador, y no como causadas por un pensionista, declaración importante toda vez que de la resolución en uno u otro sentido pende la determinación de la base reguladora de las pensiones causadas.

A los requisitos del sujeto causante se refiere, también, la **STSJ del País Vasco de 20 de abril de 1999**, I.L. J 618, que deniega la pensión en favor de familiares pretendida por la actora, separada legalmente de su esposo, en beneficio del hijo común, nieto del pretendido causante (el padre de la actora), toda vez que el nieto solicitante de la pensión en favor de familiares ha de ser huérfano de padre, sin que a tal situación pueda equipararse la situación de separación legal de los esposos ni la falta de abono de la pensión fijada por sentencia civil a cargo del padre equivale a desaparición del cabeza de familia del solicitante de la pensión en favor de familiares mientras viva la madre y no esté incapacitada (arg. ex STC 128/1987, de 16 de julio).

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

Respecto a los requisitos de los beneficiarios de pensión de viudedad, la **STSJ de Asturias de 29 de enero de 1999**, I.L. J 152, incide en la cuestión del tiempo de convivencia con el cónyuge fallecido regulada en el art. 174.2 LGSS. Al respecto declara que los efectos de la separación dictada por un Tribunal eclesiástico produce sobre la vida común y el vínculo matrimonial igual efecto que los previstos en el Código Civil para la separación, la suspensión de la vida en común de los casados, añadiendo que la reanudación de la con-

vivencia por reconciliación, según el art. 84 CC, deja sin efecto ulterior lo resuelto en procedimiento de separación, de manera que la convivencia reanudada después de su separación eclesiástica con efectos civiles, no puede ser calificada ni como mera convivencia de hecho ni como irrelevante, declarando, como conclusión, que el derecho del viudo es “pleno”, esto es, que tiene derecho al percibo de la pensión íntegra de viudedad.

Derecho a la pensión íntegra de viudedad que igualmente estima la **STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 311, para el cónyuge supérstite separado cuando no concurre con otro beneficiario, sobre el argumento principal de que la distribución de la pensión en cuantía proporcional al tiempo de convivencia sólo procede efectuarla en el supuesto de que, en la fecha de fallecimiento del causante, pervivieran quienes fueran o hubieran sido cónyuges de aquél, por lo que el importe íntegro de la pensión sólo puede ser minorado o reducido en la cuantía que resulte de tener en cuenta el tiempo de convivencia de los otros beneficiarios.

b) Orfandad

Respecto a los requisitos para ser beneficiario de la pensión de orfandad, en el período acotado en esta crónica merecen reseñarse dos pronunciamientos del TS respecto a los beneficiarios mayores de dieciocho años. Como es sabido, tras la reforma introducida en el art. 175 por la Ley 24/1997, además de los hijos del causante menores de dieciocho años, tendrán derecho a causar pensión de orfandad, los mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo (que no sean beneficiarios de pensión de invalidez, arg. ex art. 179.3 LGSS) y aquellos hijos que no realicen trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena y que, al momento de fallecer el causante, sean menores de veintiún años, o de veintitrés, en caso de orfandad absoluta.

La **STS de 28 de abril de 1999**, I.L. J 672, aquilata el alcance de la dicción legal respecto a los hijos incapacitados, señalando que la incapacidad para el trabajo debe ser para todo trabajo, incapacidad permanente absoluta, pues. Por su parte la **STS de 12 de mayo de 1999**, I.L. J 744 (recurso 3717/1998), atiende a la situación derivada de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, ampliadora de los beneficios de orfandad a los hijos del causante mayores de dieciocho años en los términos más arriba expuestos, si bien los límites de edad señalados se aplicarán de forma paulatina en 1997 –diecinueve y veinte años, respectivamente–, y 1998 –veinte y veintiún años, respectivamente–, de acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta bis LGSS. Sobre el análisis de la nueva regulación la **STS de 12 de mayo de 1999** estima la recuperación del derecho a la prestación de orfandad de los huérfanos a quienes se les extinguió el derecho al percibo de la pensión de orfandad por haber cumplido dieciocho años días antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, quienes pueden recuperar el derecho al percibo de la prestación por orfandad.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

c) Pensión en favor de familiares

La configuración del derecho a causar la pensión en favor de familiares en la normativa vigente está plagada de conceptos jurídicos indeterminados y de combinaciones de elementos circunstanciales —y de extremada casuística— a la idea básica de dependencia económica, circunstancias que explican el notable grado de litigiosidad en torno a esta prestación, así como la conformación jurisprudencial de los difusos contornos legales.

En el periodo acotado en esta crónica, ilustran tal situación las sentencias que a continuación se reseñan. La **STS de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 212, que desestima la pretensión de causar prestación en favor de familiares sobre el argumento de que el demandante no reunía el requisito reglamentario (Orden de 13 de febrero de 1967) de convivir con el causante y a sus expensas durante los dos años anteriores, pues el demandante trabajó en los siete meses anteriores al fallecimiento de su padre, y convivía con su madre quien percibía una pensión de viudedad.

En la materialización del concepto jurídico indeterminado “vivir a expensas” incide la **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 21, erigiendo en módulo objetivo la cuantía del salario mínimo interprofesional, al señalar que la pensión (o pensiones) inferior al mismo no obsta al lucro de la prestación en favor de familiares, de importe superior, de manera que unos ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, no deben enervar el concepto legal vivir a expensas, reiterando la doctrina contenida en las SSTS de 17 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998, entre otras; si bien se ha de optar entre percibir la nueva prestación o las dos anteriores que se venían recibiendo. Al alcance de la expresión vivir a expensas se refiere también la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 692, abogando por una interpretación flexible al requisito de vivir a expensas del causante cuando se lucra pensión de escasa cuantía o se tienen ingresos modestos.

C) Cuantía de las pensiones

Respecto a la cuantía de las pensiones por muerte y supervivencia, merecen reseñarse dos sentencias atinentes a la pensión de viudedad. La **STSJ de Madrid de 18 de febrero de 1999**, I.L. J 316, que desestima la pretensión de causar una pensión complementaria de viudedad de la Mutualidad de la Previsión, por no cumplir la actora el requisito que la normativa específica (art. 38.3 del Reglamento de la Mutualidad de la Previsión) exigía para adquirir el derecho a la pensión complementaria solicitada, requisito que se concreta en el transcurso de, al menos, dos años desde la celebración del matrimonio hasta la del hecho causante, cuando el causante lo hubiese celebrado teniendo cumplida la edad de 65 años, salvo que quedase descendencia común de los cónyuges. La **STSJ de Cataluña de 19 de abril de 1999**, I.L. J 720, refiere también a la pensión complementaria de viudedad de la Mutualidad de la Previsión, de la que es sucesor legal el INSS, declarando, en línea con la doctrina de las SSTS de 21 de junio y 12 de noviembre de 1993 y 20 de diciembre de 1994, que la pensión complementaria percibida no es susceptible de revalorización.

D) Dinámica de la protección

La última sentencia a reseñar respecto a las pensiones por muerte y supervivencia es la STS de 8 de marzo de 1999, I.L. J 438, que afectando a la cuantía de las pensiones por viudedad y orfandad, refiere nuclearmente a la determinación de la fecha de efectos de la revisión de la base reguladora, como resultado de la actualización de una infracotización empresarial, declarando la Sentencia, en línea con anteriores pronunciamientos, SSTS de 25 de marzo y 7 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995, que cuando ya se ha reconocido la procedencia en sí de la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de tal suerte que si después se pretende y se consigue un aumento de la cuantía, los efectos de este aumento deben retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho, doctrina que parece entrar en contradicción con otras sentencias del propio TS respecto al juego de la prescripción, respecto a los efectos del aumento de la base reguladora con posterioridad al reconocimiento de la prestación, señaladamente en la STS de 18 de marzo de 1999, I.L. J 470, respecto a la incapacidad permanente.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE
ÁNGEL GALLEGO MORALES

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Organización.** A) Administración laboral estatal y administración laboral autonómica. B) Inspección de Trabajo. **3. Intervención administrativa en las relaciones laborales.** A) Relaciones individuales. a) Seguridad e Higiene. b) Procedimientos en materia de despidos colectivos, traslados, suspensiones y casos de fuerza mayor. B) Relaciones colectivas. a) Conflictos colectivos. b) Negociación colectiva. **4. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social.** A) Organización. B) Afiliación, recaudación y temas afines. a) Actos de encuadramiento. b) Cotización. c) Supuestos de exoneración o reducción de cuotas. d) Procedimiento recaudatorio. C) Prestaciones. **5. Derecho Administrativo Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. a) Contenido y requisitos. b) Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Seguridad Social. b) Empleo y prestaciones de desempleo. c) Migración y trabajo de extranjeros. **6. Relaciones entre la jurisdicción social y la jurisdicción contenciosa.** A) Contratación por las Administraciones Públicas. B) Seguridad Social. C) Tratamiento fiscal de indemnizaciones por despido.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los pronunciamientos relacionados con la Administración Laboral emitidos tanto por la Jurisdicción social como por la contencioso-administrativa en el primer cuatrimestre del año 1999. En su mayor parte, se encuentran publicados en los números correspondientes a los meses de mayo, junio, julio y septiembre de *Información Laboral-Jurisprudencia*. Sin embargo, algunos no aparecen recogidos en ella, quedando entonces identificados por el número de recurso.

Entre tales pronunciamientos destaca la STS de 17 de marzo de 1999, I.L. J 465, Sala Cuarta, por cuanto introduce un criterio novedoso en relación con la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de la selección de afectados por un despido colectivo.

2. ORGANIZACIÓN**A) Administración laboral estatal y administración laboral autonómica**

Varios de los pronunciamientos analizados se centran en examinar los problemas de reparto de competencias que se suscitan entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Con

carácter general, la **STC 50/1999, de 6 de abril**, I.L. J 126, se pronuncia respecto a determinados preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de ciertos artículos que van más allá de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que el art. 149.1.18ª CE atribuye al Estado, por cuanto que, al contener una regulación excesivamente detallada, impiden que las Comunidades Autónomas implanten criterios propios en el ejercicio del desarrollo legislativo del que son titulares. Esta declaración de inconstitucionalidad alcanza al art. 17.1 –relativo a la suplencia de los titulares de órganos administrativos– y también a algunos apartados de los arts. 23, 24, 25 y 27 –referidos a la organización y funcionamiento de los órganos colegiados–.

En el área específica de la Seguridad Social, la **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 51, Sala Tercera, se ha ocupado de la Administración competente para sancionar la infracción muy grave consistente en la obtención indebida de exenciones y reducciones en las cuotas de Seguridad Social como medida de fomento de empleo (art. 28.3 LISOS). Haciendo aplicación de la doctrina sentada en la STC 195/1996, el Tribunal Supremo concluye que es la estatal:

“la potestad sancionadora, en lo que a esta infracción se refiere, con independencia de su posición sistemática en la Ley corresponde (...) al Estado en cuanto supone una detracción indebida del patrimonio único de la Seguridad Social”.

Idéntico criterio de solución se utiliza en la **STS de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 240, Sala Tercera, en relación con la atribución al INSS de la competencia para la declaración de la invalidez permanente (art. 143 LGSS). El Tribunal entiende que el procedimiento de declaración de invalidez no se ubica dentro de la competencia autonómica sobre sanidad e higiene (art. 148.1.21ª CE), sino que constituye un trámite dirigido al otorgamiento de una prestación económica. Y, por tanto, al afectar directamente al régimen económico de la Seguridad Social, se trata de una materia correspondiente a la Administración estatal.

B) Inspección de Trabajo

Las **SSTS de 16 de marzo de 1999**, I.L. J 242 y 243, Sala Tercera, abordan la impugnación de determinados preceptos del RD 396/1996 –sobre procedimiento sancionador–, por entender los recurrentes que su contenido restringe las funciones y atribuciones correspondientes a los antiguos Controladores Laborales. Aparte de desestimar en el fondo la pretensión de anulación de estas normas, las propias sentencias aclaran que esta cuestión carece actualmente de objeto, por cuanto que la nueva Ley Inspectora 42/1997 –art. 8.4– y el posterior RD 928/1998 –art. 12.3– han reiterado que determinadas actas practicadas por los ahora denominados Subinspectores de Empleo y Seguridad Social precisan el visado del Inspector de Trabajo del que técnicamente dependen.

Interesa destacar además que una de las sentencias niega que la Federación de Servicios Públicos de la UGT esté legitimada para impugnar el RD 396/1996 ya que no se aprecia la existencia de un interés directo y específico por resultar difícil entender que entre sus fines

XI. Administración Laboral

se encuentre incluido un aspecto tan técnico y específico como determinar si las actas levantadas por los controladores laborales requieren o no ser verificadas por un inspector.

3. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS RELACIONES LABORALES

A) Relaciones individuales

a) Seguridad e Higiene

En este apartado, las SSTs de 14 y de 28 de abril de 1999, Sala Tercera (recursos de apelación 10438/1991 y 59/1993), reiteran algo que ya es un criterio consolidado: la declaración relativa a que un puesto de trabajo es tóxico, penoso o peligroso, en cuanto incide en los derechos y deberes de la relación laboral, no es competencia de la Administración, sino de la Jurisdicción social.

b) Procedimientos en materia de despidos colectivos, traslados, suspensiones y casos de fuerza mayor

Más interesantes resultan los pronunciamientos que en el período analizado han aparecido en relación con este núcleo de cuestiones. En primer lugar, cabe destacar dos resoluciones que inciden en la delimitación de lo que puede entenderse o no como fuerza mayor. En este sentido, por un lado, la STS de 9 de febrero de 1999, Sala Tercera (recurso de casación 2721/1993), niega que pueda considerarse como fuerza mayor extintiva el fallecimiento del titular de una farmacia que determina el cierre de la misma cuando, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la muerte de aquél —en el supuesto, cuarenta años—, tal acontecimiento no puede considerarse como un hecho imprevisible. Por su parte, la STS de 24 de febrero de 1999, I.L. J 235, Sala Tercera, considera que una huelga “externa” a la empresa, en ocasiones, atendiendo, por ejemplo, a su desarrollo, puede tener tal consideración y justificar la suspensión de las relaciones laborales.

“es cierto que la huelga anunciada de transportes era una circunstancia previsible, sin embargo, su prolongación sin aviso y la incidencia que generó, entre otras, el corte de carreteras y el cierre de las fronteras (...), ya era una circunstancia imprevisible y que aun pudiendo ser prevista era inevitable para la sociedad recurrente”.

Un segundo grupo de sentencias incide en ciertos efectos derivados de los expedientes de regulación de empleo. Al margen la STS de 8 de marzo de 1999, I.L. J 207, Sala Cuarta, pues si bien plantea un problema interesante —el de si la indemnización prevista en el art. 51 ET debe abonarse incluso si el afectado ha impugnado la resolución administrativa que autoriza la extinción—, no entra en el fondo del asunto al no apreciarse contradicción con la sentencia de contraste aportada, la STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999, I.L. J 371, Sala Social, aborda las consecuencias de la anulación en sede contenciosa de la resolución administrativa que autoriza la suspensión de las relaciones laborales. Al respecto, el tribunal entiende que el afectado no puede exigir de la empresa una indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir, pues en el momento de proceder a la suspensión la empresa estaba amparada por una resolución adminis-

trativa y, por tanto, su actuación no puede tacharse de ilegal ni generar responsabilidades. En cierto modo, esta sentencia constituye el reverso de la STS de 30 de noviembre de 1998, Sala Cuarta, en la que se sostuvo, con base en el art. 19.2 RD 696/1980 –cuyo contenido no se reitera en su sucesor, el RD 43/1996–, que la anulación de las resoluciones autorizatorias en sede contenciosa no originaban la obligación de devolver las prestaciones por desempleo obtenidas a consecuencia de la autorización inicial.

Finalmente, existe un tercer grupo de sentencias en las que se cuestiona el orden jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de ciertos actos relacionados con el expediente de regulación de empleo. Al margen la **STS de 25 enero de 1999**, I.L. J 53, Sala Tercera, en la que, sobre la base del art. 14.2 RD 43/1996, se declara la incompetencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa para resolver la pretensión relativa a que se declare la nulidad del acuerdo de regulación alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores por disponer ilícitamente de la indemnización prevista en el art. 51 ET, destacan los referidos a la cuestión del orden jurisdiccional competente para enjuiciar la impugnación de la selección de trabajadores afectados por el expediente.

La **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 19, Sala Cuarta, sigue la doctrina “tradicional” (Sentencia del Tribunal de Conflictos de Competencia de 26 de diciembre de 1988) y sostiene la incompetencia del orden social para resolver la reclamación presentada por un representante de los trabajadores en la que se impugna su inclusión entre los afectados por un expediente extintivo que había concluido con acuerdo homologado por la autoridad laboral. Por el contrario, la **STS de 17 de marzo de 1999**, I.L. J 465, Sala Cuarta, abre una importante brecha en dicha doctrina “consolidada” y admite, al menos bajo ciertas circunstancias, que la competencia en esta materia corresponda al orden social. En esta segunda sentencia, y sobre la base de las diferencias existentes entre el RD 696/1980 y su sucesor, el RD 43/1996 –que sólo exige determinar el número y categoría de trabajadores que pueden verse afectados, así como los criterios que vayan a tomarse en consideración en el momento de proceder a la selección–, el Tribunal afirma que existe la posibilidad de que existan resoluciones administrativas no nominativas, en las que la autoridad laboral no haya determinado los trabajadores concretos cuyos contratos quedarán extinguidos. Y, en tales casos, dado que la determinación de afectados no se contiene en el acto administrativo, atacar la selección no supone atacar la resolución sino la decisión empresarial y, por tanto, cabe acudir al orden social.

B) Relaciones colectivas

a) Conflictos colectivos

La **STS de 27 de enero de 1999**, I.L. J 55, Sala Tercera, debía resolver la impugnación del laudo dictado como resultado del arbitraje obligatorio impuesto por el Gobierno durante una huelga en el sector de limpieza. Según el tribunal, al no impugnarse al acuerdo de imposición del arbitraje obligatorio, ni el nombramiento del árbitro, la competencia no corresponde al orden contencioso-administrativo sino al social.

b) Negociación colectiva

Próxima a la sentencia anterior, la **STS de 30 de noviembre de 1998**, I.L. J 127, Sala Cuarta, afirma la competencia del orden social para conocer de la demanda presentada por una entidad sindical que fue excluida de la negociación de un acuerdo por el empleo en la comunidad andaluza. Para ello se parte de que el mencionado pacto no constituye una manifestación de la participación institucional, sino que es una expresión de la negociación colectiva. La sentencia de instancia no había entrado en el fondo del asunto al entender que no se estaba ante un convenio colectivo, sino ante la aplicación de un pacto social que constituía una especie de concierto entre la administración y los administrados.

4. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

La actividad de los Tribunales se refiere a las auditorías practicadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En su mayor parte, los pronunciamientos recaídos se ocupan de cuestiones de detalle relativas a criterios de contabilidad –gastos, reintegros, etc.– (**SSTS de 17 de febrero de 1999**, recurso de casación 3122/1993, **de 3 de marzo de 1999**, recurso de casación 3095/1993, **de 17 de marzo de 1999**, recurso 4015/1993, y **de 25 de marzo de 1999**, recurso de casación 3073/1993, todas ellas de la Sala Tercera). Otras, en cambio, se pronuncian sobre aspectos de alcance más general. De este segundo grupo destaca la **STS de 26 de febrero de 1999**, recurso 89/1996, Sala Tercera, que declara la adecuación a Derecho de diversas previsiones del Reglamento de colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (RD 1993/1995), relativas al nuevo régimen del canon de utilización de bienes inmuebles del patrimonio histórico de las Mutuas (art. 4.1, DA Tercera y DT Tercera).

De otro lado, varios pronunciamientos abordan cuestiones procedimentales en este mismo terreno. La **STS de 25 de marzo de 1999**, (recurso de casación 3157/1993), Sala Tercera, manifiesta que el traslado del informe emitido al practicar la auditoría satisface ya el derecho de audiencia de la mutua, no siendo necesario dar traslado del resto de trámites internos a realizar hasta la emisión de la resolución definitiva. En segundo lugar, la **STS de 15 de febrero de 1999**, (recurso de casación 3243/1993), Sala Tercera, remarca que la participación en la auditoría de una empresa privada, sin que dicha intervención se autorizase en acto o norma publicada en el BOE, constituye una irregularidad no invalidante. Por último, son varias las sentencias que manifiestan que la orden de modificar determinadas partidas o asientos de la contabilidad del ente auditado no constituye en ningún caso un acto administrativo sancionador, por lo que no son aplicables en este procedimiento los principios propios del Derecho punitivo [**SSTS de 25 de enero de 1999**, (recurso de casación 3210/1993), **de 15 de febrero de 1999**, (recurso de casación 3243/1993), **de 25 de marzo de 1999**, (recursos de casación 3073/1993 y 3157/1993, todas de la Sala Tercera)]:

“Aunque los reajustes ordenados puedan llevar consigo consecuencias no favorables a la Mutua, ello no implica que estemos ante la imposición de una sanción administrativa y

que deban aplicarse a la misma las garantías que para las sanciones se encuentran previstas en la Constitución y las leyes ordinarias.”

B) Afiliación, recaudación y temas afines

a) Actos de encuadramiento

Contiene doctrina de alcance general la **STS de 12 de abril de 1999**, (recurso de apelación 6632/1992), Sala Tercera, que se ocupa de los efectos invalidantes que recaen sobre las resoluciones de la Tesorería derivadas de actas de infracción o liquidación declaradas nulas:

“como, según se ha dicho, han sido anuladas las actas de la Inspección de Trabajo de que traen causa el alta y baja de oficio a que se refiere la resolución cuestionada de la Seguridad Social (...), también este acto administrativo consecuencia de aquéllas debe dejarse sin efecto”.

El resto de los pronunciamientos se refiere a supuestos concretos de encuadramiento. La **STS de 25 de enero de 1999**, I.L. J 54, Sala Tercera, se pronuncia respecto al encuadramiento de los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado. El Tribunal recuerda que el hecho de que estos trabajadores presten servicios y estén dados de alta por cuenta de otra empresa no constituye obstáculo para dirigir a la cooperativa la correspondiente liquidación por falta de alta y cotización en el Régimen General, si es por éste por el que ha optado la cooperativa.

Por su parte, la **STS de 13 de abril de 1999**, I.L. J 585, Sala Tercera, aborda la siempre difícil ubicación de unos Consejeros Delegados de Sociedad Anónima con facultades ejecutivas y de gestión. Sumándose al criterio de pronunciamientos anteriores, el Tribunal Supremo declara la obligatoriedad de afiliación y cotización de estos sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, en tanto que cada uno de ellos sólo posee una cuarta parte de las acciones de la sociedad. Con ello, pues, el Tribunal no hace sino acoger la doctrina unificada de la STS, Sala Cuarta, de 29 de enero de 1997, al declarar que:

“los Administradores y Gerentes de empresas, que sean al tiempo propietarios de más de la mitad de las acciones de la Sociedad, no están obligados a la afiliación al Régimen General de la Seguridad Social”.

En fin, la **STS de 14 de abril de 1999**, I.L. J 586, Sala Tercera, precisa el encuadramiento de los vendedores del cupón de la ONCE. El Tribunal declara la validez de la OM de 20 de julio de 1997 –reiterada por la DA Segunda del RD 2064/1995–, y en consecuencia, refuerza el criterio de que dichos vendedores no se rigen por las específicas reglas de los representantes de comercio, sino que quedan dentro de las normas comunes del Régimen General de la Seguridad Social:

“la relación de los vendedores del cupón con la ‘ONCE’ es de naturaleza laboral ordinaria que entra de lleno en el campo de aplicación del Régimen General (...) ya que materialmente cum-

XI. Administración Laboral

plen los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y no tanto en realidad los de representantes de comercio delimitados en el artículo 2.1.f) del mismo cuerpo legal”.

b) Cotización

Por lo que se refiere a las específicas cuotas a abonar, las **SSTS, Sala Tercera, de 9 de febrero de 1999**, I.L. J 232, de **10 de febrero de 1999**, I.L. J 233 y de **13 de abril de 1999** (recurso de casación 3533/1993), han precisado el alcance del epígrafe 117 de la Tarifa de Primas de cotización a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (RD 2930/1979), referido al personal de limpieza de edificios:

“Atendiendo, en primer lugar, al tenor literal del epígrafe 117 debe entenderse que la expresión ‘limpieza de edificios’ engloba toda clase de limpieza de los mismos tanto interna como externa, (...); diferenciar estas dos modalidades de limpieza implicaría crear una distinción artificiosa sin que ninguna de tales modalidades pudiera encuadrarse en un epígrafe claramente ajeno a ellas como el 124, que se refiere a: ‘limpieza y planchado de ropas, tintes y quitamanchas químicos. Limpieza y conservación de tapices, muebles, etc.’.”

En cuanto a los sujetos responsables de las cuotas, la **STS de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 518, Sala Tercera, aborda la cuestión respecto a un supuesto de transmisión de un buque de pesca que no prosigue su anterior actividad pesquera. Aunque inicialmente la sentencia niega la aplicación del art. 44 ET por no existir sucesión en la actividad, el Tribunal acaba declarando la responsabilidad solidaria del adquirente en la obligación de cotizar, puesto que el art. 24.2.a) del Reglamento del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar establece que dicha responsabilidad nace no sólo por ser sucesor en la explotación, sino también por ostentar el título de propietario de la embarcación.

c) Supuestos de exoneración o reducción de cuotas

Entre los pronunciamientos examinados, dos de ellos hacen aplicación de la exoneración de cuotas prevista normativamente como medida ligada a las situaciones de regulación de empleo. De un lado, y de acuerdo con la Ley 31/1984, la **STS de 24 de febrero de 1999**, I.L. J 235, Sala Tercera, confirma esta exención respecto a un supuesto de suspensión de las relaciones laborales por causa de fuerza mayor [*supra*, 3.A.b)]. De otro lado, la **STS de 25 de marzo de 1999**, (recurso de casación 3842/1993), Sala Tercera, aplica la doctrina sentada en la STS de 12 de marzo de 1998, Sala Tercera, y, en consecuencia, reconoce que, conforme a la Ley 27/1984, las empresas incluidas en el sector declarado en reconversión tienen derecho a la exoneración de cuotas siempre que hayan obtenido la suspensión o reducción de la jornada, sin necesidad de que presenten un concreto plan.

Existen también otros pronunciamientos que contemplan la bonificación de cuotas de la Seguridad Social como medida de fomento de empleo. Por una parte, la **STS de 10 de febrero de 1999**, I.L. J 234, Sala Tercera, niega dicho beneficio respecto a la contratación de un trabajador minusválido que es socio fundador y Consejero Delegado de la sociedad y que, por tal razón, se considera que carece de la necesaria condición de desempleado. Por otra parte, la **STS de 24 de febrero de 1999**, I.L. J 236, Sala Tercera, reitera

su consolidada doctrina sobre el ámbito del RD 799/1985, sobre incentivos a la contratación de jóvenes trabajadores, señalando que las bonificaciones previstas en esta norma afectan al Régimen General, no extendiéndose a empresas encuadradas en los regímenes especiales de la Seguridad Social.

d) Procedimiento recaudatorio

En este punto, los pronunciamientos examinados se manifiestan sobre dos figuras concretas de los actos de recaudación: la compensación y el embargo. Respecto a la primera, la **STS de 26 de abril de 1999**, I.L. J 588, Sala Tercera, aplicando el Reglamento de Recaudación de 1986, establece que las prestaciones por incapacidad laboral transitoria abonadas por el empresario en régimen de pago delegado no podrán ser objeto de compensación con las cuotas devengadas en el correspondiente período, en los casos en que la empresa afectada no esté al día en sus obligaciones con la Seguridad Social:

“no basta con acreditar la presentación dentro de plazo de los documentos de cotización en la Tesorería de la Seguridad Social, sino que es necesario justificar que se encontraba efectivamente al corriente en el pago de sus obligaciones a la Seguridad Social”.

Asimismo, en relación en este caso a unas cuotas adeudadas por un Ayuntamiento y en referencia al anterior Reglamento de Recaudación de 1991, la **STS de 28 de abril de 1999**, I.L. J 589, Sala Tercera, indica que, dado el silencio que la norma específica guarda en estas situaciones respecto al recargo de apremio del 20 por ciento, se hace necesario efectuar una aplicación subsidiaria del art. 106.3 del Reglamento General de Recaudación del Estado de 1990, según el cual, el recargo de apremio queda excluido de los procedimientos de compensación.

En segundo término, por lo que se refiere a un embargo de bienes por deudas a la Seguridad Social, la **STS de 3 de marzo de 1999**, I.L. J 239, Sala Tercera, aclara que, al tratarse de un acto de gestión recaudatoria, es necesario que, antes de interponerse el recurso jurisdiccional contencioso-administrativo, se haya seguido previamente la vía económico-administrativa.

C) Prestaciones

Aparte de recordar la ya comentada **STS de 8 de marzo de 1999**, I.L. J 240, Sala Tercera, mediante la que se considera ajustada a Derecho por no desconocer el reparto constitucional de competencias la atribuida al INSS ex art. 143 LGSS para declarar la situación de invalidez permanente [*supra*, 2.A)], hay que señalar la **STS de 25 de marzo de 1999**, Sala Tercera (recurso de casación 3264/1993). Esta sentencia efectúa una precisión respecto al alcance subjetivo del art. 21 del Estatuto Minero (RD 3255/1983), por el que se establecen los coeficientes reductores de la edad de jubilación en atención a determinadas circunstancias de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad. De manera específica, el Tribunal afirma que la aplicación de estos coeficientes se extiende también a los trabajadores que prestan sus servicios en la sección de metalurgia de las empresas mineras:

XI. Administración Laboral

“la exclusión en bloque de la clasificación de las categorías profesionales que son propias del Departamento de la Metalurgia de la empresa Minas de (...), no es ajustada a derecho (...), debiendo pronunciarse la Administración demandada acerca de cada uno de los puestos de trabajo del Departamento de la Metalurgia”.

5. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Aparte de la STS de 18 de enero de 1999, I.L. J 51, Sala Tercera, sobre la competencia para sancionar la infracción tipificada en el art. 28.3 LISOS –obtención indebida de bonificaciones en cuotas– *supra*, 2.A)], cabe subrayar la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 52, Sala Tercera: además de recordar doctrina reiterada respecto a la imposibilidad de que la Administración funde sus sanciones en el anterior e inconstitucional art. 57 ET (Ley 8/1980), se inclina por la solución más favorable al recurrente a la hora de decidir, existiendo dudas, si la notificación de la resolución sancionadora se había producido de forma defectuosa o no, a efectos de determinar el carácter extemporáneo del recurso contencioso-administrativo:

“esta Sala, ante la duda que una y otra constancia ofrecen, y al no poder analizar la notificación, ha de optar por la tesis que favorece el análisis de la cuestión de fondo, a fin de evitar cualquier perjuicio definitivo al administrado, en el caso de que la notificación no reuniera los requisitos exigidos para su validez, entre los que se encuentran (...), los que el propio apelante cuestiona, la identificación de la persona que recibe la notificación y el carácter o relación que pudiera tener con la empresa a quien iba dirigida la notificación”.

B) Actas de la Inspección de Trabajo

a) Contenido y requisitos

En cuanto a su formalización, la STS de 31 de marzo de 1999, (Sala Tercera, recurso de casación 3966/1993), considera ajustado el criterio seguido por la Administración de que el empleo de treinta trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo exige la extensión de un acta por cada uno de ellos. Como consecuencia, el Tribunal decide no admitir el recurso de casación, dado que la cuantía de cada multa no alcanza el umbral económico mínimo para la interposición del recurso, no siendo posible acceder a esa cifra mediante la suma en un mismo proceso de las pretensiones impugnatorias de las diversas sanciones.

Por lo que se refiere a los criterios de graduación de la sanción, la STS de 18 de enero de 1999, Sala Tercera (recurso de apelación 3461/1992), entiende que, ante la imputación a una Mutua de una infracción consistente en no reunir los nuevos requisitos exigidos por la normativa vigente, ha de considerarse que venir disfrutando previamente de una autorización administrativa de colaboración constituye un elemento que reduce la culpa del infractor:

“dicho acto administrativo tenía una cierta virtualidad para inducir a error que, si bien podía disiparse con una diligencia que era exigible a la recurrente, sirve para excluir el dolo y atenuar, en definitiva, la responsabilidad. De manera que, (...), lo procedente es apreciar la infracción de que se trata en su grado mínimo”.

b) Presunción de certeza

Las sentencias analizadas mantienen los criterios jurisprudenciales que vienen siendo habituales en esta materia. De un lado, la **STS de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 241, Sala Tercera, confirma la presunción de veracidad que cabe atribuir a las actas practicadas por los Controladores Laborales. De otro lado, la **STS de 19 de abril de 1999**, I.L. J 587, Sala Tercera, niega dicha presunción de certeza a un acta de liquidación en la que sólo consta la calificación jurídica de que el trabajador es “administrador”, sin que se describan las funciones que realizaba ni se especifiquen los medios probatorios utilizados para alcanzar tal conclusión:

“en relación con el que la Administración consideraba administrador, (...) no estaban acreditadas las funciones que realizaba, ya que ni el acta ni el informe complementario de la Inspección concretaban aquéllas. En consecuencia, el acta no estaba dotada de presunción ya que tal valor sólo es predicable de los hechos que refleja y no de la calificación jurídica que de los mismos realiza el Inspector. (...) la referida acta (...) no sirve para acreditar suficientemente los hechos a que se refiere la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional, que no eran susceptibles de observación directa por el Inspector, (...), por lo que no puede servir de medio de prueba en relación con tal período cuando, además, no se indica en el acta de qué medios probatorios admisibles se sirvió para llegar a la conclusión que incorpora”.

Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999**, I.L. J 398, Sala Social, aborda la eficacia probatoria que las actas merecen en los procesos laborales de oficio a los que dan origen. Tras recordar la doctrina sentada por la **STC 76/1990** y su asimilación por el Tribunal Supremo, la sentencia concluye que ningún reproche merece que, en el caso enjuiciado, el órgano judicial de instancia haya concedido a las actas menor crédito probatorio que a la prueba documental y de confesión practicada.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Seguridad Social

Junto al hecho de remarcar el carácter atenuante de contar con previa autorización [*supra*, 5.2.A)], la **STS de 18 de enero de 1999**, Sala Tercera, (recurso de apelación 3461/1992), resulta de interés por cuanto que, levantada un acta de infracción contra una Mutua por no cumplir los requisitos exigidos por el **RD 1509/1976** durante los ejercicios 1983 y 1984, el Tribunal acepta la posibilidad de eludir la sanción si la entidad demuestra reunir los nuevos requisitos de constitución y desarrollo introducidos en 1990 en el art. 203 LGSS de 1974:

XI. Administración Laboral

“modificación a la que en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora debe darse eficacia retroactiva, en cuanto pudiera suponer la desaparición del ilícito apreciado por la concurrencia en la apelante de las nuevas exigencias establecidas para la colaboración”.

b) Empleo y prestaciones de desempleo

Aparte la reiteradamente aludida **STS de 18 de enero de 1999**, I.L. J 51, Sala Tercera, sobre competencia para sancionar la obtención indebida de reducciones en las cuotas de Seguridad Social (art. 28.3 LISOS), en un supuesto en que la Inspección aprecia la falta de formalidades de la contratación en el primer día de trabajo y, seguidamente, dentro del plazo de cinco días, el empresario subsana los requisitos de inscripción en el Libro de Matrícula, anotación en la Oficina de Empleo y alta en la Seguridad Social, la **STS de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 241, Sala Tercera, estima que no se puede apreciar la infracción prevista en el art. 29.3.2 LISOS, en tanto que el tipo sancionable no sólo requiere la existencia de connivencia, sino que también exige que dicha conducta haya llegado a proporcionar determinados beneficios:

“lo que la norma valora es la connivencia para obtener determinadas ventajas o beneficios o no cumplir sus obligaciones y si esto, no se ha conseguido ni podido conseguir, poco importa la razón o causa que lo haya motivado, pues lo que la norma valora y sanciona, es la obtención de beneficios o incumplimiento de obligaciones y si, ni uno ni otro se han podido obtener, es claro, que no se puede aplicar la norma (...). El citado precepto no sanciona por la connivencia y sí por la connivencia para algo, y ese ‘algo’ ni se ha cumplido en las actuaciones ni había posibilidad de que se cumpliera, y por tanto la sanción impuesta a partir sólo de la existencia de connivencia no es adecuada a derecho.”

c) Migración y trabajo de extranjeros

En relación a este tema, ya se ha comentado que la **STS de 31 de marzo de 1999**, Sala Tercera, (recurso de casación 3966/1993), ha admitido que la infracción consistente en dar empleo a treinta trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo requiere la formalización de un acta respecto a cada uno de ellos [*supra*, 5.B.a)].

6. RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA

La cuestión de la delimitación de la esfera de competencias propias del orden social y las del contencioso-administrativo se plantea en un volumen importante de las sentencias analizadas. A algunas ya se ha hecho referencia al hablar de regulación de empleo [*supra*, 3.A)] o de la intervención administrativa en las relaciones colectivas, [*supra*, 3.B)]; las restantes pueden ser agrupadas como sigue:

A) Contratación por las Administraciones Públicas

En primer lugar, debe señalarse que el conocimiento de los conflictos derivados de los contratos administrativos corresponde al orden contencioso-administrativo. Así se

recuerda en las SSTS de 18 de enero de 1999, I.L. J 17, de 22 de enero de 1999, I.L. J 33, de 16 de marzo de 1999, I.L. J 461 y de 29 de marzo de 1999, I.L. J 502, todas de la Sala Cuarta, así como en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999, I.L. J 525, Sala Social, referidas todas ellas a la aplicación del RD 1465/1985. Asimismo, establecen esta solución las SSTSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999, I.L. J 302, Sala Social, relativa a un cargo de confianza nombrado al amparo de la normativa de régimen local (art. 104.2 Ley de Régimen Local) y de 4 de febrero de 1999, I.L. J 301, Sala Social, respecto a la demanda por despido interpuesta por un árbitro contra la Real Federación Española de Fútbol. Ahora bien, cabe recordar, que recogiendo la doctrina unificada por la STS de 2 de febrero de 1998, puede ocurrir que, cuando se esté ante una flagrante utilización desviada de la figura, el contrato, a pesar de su apariencia administrativa, se reputa laboral y, en consecuencia, la competencia respecto los conflictos derivados corresponde al orden social. Precisamente, es lo que sucede en las SSTS de 20 de enero de 1999, I.L. J 24, de 21 de enero de 1999, I.L. J 29, de 18 de febrero de 1999, I.L. J 185 y de 29 de marzo de 1999, I.L. J 502, todas ellas de la Sala Cuarta.

En segundo lugar, cuando se impugnan las contrataciones efectuadas por entes públicos sin tener en cuenta la lista de espera existente o se reclama una indemnización por tal incumplimiento la competencia corresponde al orden social. Como exponente de la primera afirmación, se encuentran la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 140, Sala Cuarta, y la STSJ de Asturias de 8 de febrero de 1999, I.L. J 154, Sala Social; en relación con la segunda, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999, I.L. J 342, Sala Social. Dichas sentencias siguen la doctrina sentada por las SSTS de 23 de junio de 1997, de 17 de noviembre de 1997 y de 12 de diciembre de 1997. Por el contrario, cuando el objeto de la impugnación es la convocatoria para la provisión de plazas laborales de nuevo ingreso o las incidencias que surjan en relación con la misma, la competencia corresponde al contencioso-administrativo. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999, I.L. J 246, Sala Social, y la STSJ de Extremadura de 16 de abril de 1999, I.L. J 258, Sala Social.

Finalmente, puede señalarse que la reclamación interpuesta contra el Ministerio de Defensa exigiendo una indemnización por los perjuicios sufridos al retrasarse éste en la tramitación de la jubilación de un trabajador entra en el ámbito de la jurisdicción social, pues no se trata de una demanda derivada de un funcionamiento anómalo de la Administración, sino de una reclamación contra ésta en su calidad de empleadora (STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 1999, I.L. J 244, Sala Social).

B) Seguridad Social

En esta materia, como señala la STSJ de Aragón de 30 de enero de 1999, I.L. J 230, Sala Social, recogiendo los términos de la STS de 27 de mayo de 1991:

“las esferas competenciales del orden social y del orden contencioso-administrativo tienen como punto de conexión, respectivamente, la acción protectora de la Seguridad Social y las obligaciones contributivas a la misma”.

XI. Administración Laboral

Desde esta perspectiva, se excluye la competencia del orden social respecto de la exigencia de cuotas correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta por el actor (**STSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 16 de marzo de 1999**, I.L. J 384, Sala Social) o de otras pretensiones administrativas de recaudación de cuotas, aunque se discutan con carácter previo cuestiones respecto a la posible compensación con las prestaciones de ILT abonadas de forma delegada (**STS de 26 de abril de 1999**, I.L. J 588, Sala Tercera).

Ahora bien, como recuerda la **STS de 2 de febrero de 1999**, I.L. J 164, Sala Cuarta:

“no todo acto de gestión emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, sino sólo aquellos que persigan el cobro de los recursos o que se refieran al ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social”.

Por ello, entiende que las discrepancias sobre el número de cuotas pendientes para que el hijo de un pensionista por invalidez permanente en el RETA fallecido pueda acceder a la prestación en favor de familiares previo pago de las cuotas debidas por el causante, no es un acto recaudatorio, sino que afecta a la determinación de los requisitos de acceso a una prestación y, por tanto, recae en el ámbito del orden social. Del mismo modo, tampoco pueden reputarse como actos de recaudación los relativos a la devolución o reintegro de prestaciones percibidas indebidamente, ni siquiera cuando la devolución se reclama a los herederos de un pensionista (**STSJ de Aragón de 30 de enero de 1999**, I.L. J 230, Sala Social) o cuando el responsable subsidiario es un organismo público como el Servicio Vasco de Salud (**SSTSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999 y de 2 de marzo de 1999**, I.L. J 370 y 393, respectivamente, ambas de la Sala Social). Igualmente, quedan excluidas del indicado concepto las cuestiones relacionadas con la distribución de la responsabilidad en orden a las prestaciones causadas: la **STS de 7 de abril de 1999**, I.L. J 556, Sala Cuarta, entiende que el orden social es el competente para conocer de la pretensión de una Mutua dirigida a obtener una declaración judicial por la que, de un lado, se condene a la empresa responsable de un accidente de trabajo a que le reintegre la cantidad abonada al trabajador y, de otro, se declare la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia.

Más espinosa parece la delimitación competencial en punto a la impugnación de sanciones impuestas al sujeto receptor de prestaciones indebidas. Al respecto, la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 1999**, I.L. J 281, Sala Social, declara la incompetencia del orden social para conocer de la impugnación de la sanción impuesta por la autoridad laboral a un sujeto que percibió de forma indebida el subsidio para mayores de cincuenta y dos años; solución distinta se habría dado, según la sentencia, si la sanción procediera de la entidad gestora. Inicialmente, la impugnación se había presentado ante el orden contencioso-administrativo, que también se declaró incompetente. Por dicho motivo, el Tribunal informa de la posibilidad de plantear recurso por defecto de jurisdicción ante la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Finalmente, puede llamar la atención que la **STSJ de Aragón de 22 de marzo de 1999**, I.L. J 120, Sala Social, declare la incompetencia del orden social para conocer de la demanda presentada por un minusválido a quien el Instituto Aragonés de Servicios Sociales le deniega una

ayuda para la adquisición de una prótesis dentaria. El fundamento de este pronunciamiento reside en el hecho de que dicha ayuda no forma parte del sistema de Seguridad Social.

C) Tratamiento fiscal de indemnizaciones por despido

Al respecto, la **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1999**, I.L. J 314, Sala Social, declara la competencia del orden social para determinar, en ejecución de sentencia, si la empresa había procedido adecuadamente al descontar de los salarios de tramitación adeudados las retenciones correspondientes a efectos del IRPF. Esta sentencia parte de atribuir a los salarios de tramitación naturaleza indemnizatoria; en consecuencia, entiende el tribunal que se trata de rentas exentas del impuesto. Esta sentencia diferencia dos cuestiones:

“La jurisdicción social es la competente para determinar si el condenado por una sentencia dictada por un órgano de este orden, ha cumplido o no con el fallo de la misma (...) estando obligado el Juzgado a conocer respecto a si procede o no efectuar alguna retención y en caso positivo si la realizada ha sido ingresada en la Hacienda Pública.

La Jurisdicción de lo contencioso-administrativo es sin duda la competente para determinar, en caso de discrepancia, la cuantía que el empresario ha de retener de las cantidades abonadas al trabajador y sujetas al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.”

Diversamente, la **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 1999**, I.L. J 545, Sala Social, en un asunto similar, afirma:

“No puede el juez de la ejecución social entrar a conocer si procede o no realizar descuentos de IRPF y Seguridad Social, ni sobre la cuantía en su caso procedente. Se trata de cuestiones de naturaleza fiscal, y de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, respectivamente, excluidas del ámbito jurisdiccional social, como han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990, 27 de noviembre de 1989, 25 de mayo de 1992, 20 de junio de 1992, 17 de octubre de 1994, 16 de marzo de 1995, 5 de mayo de 1995, 23 de noviembre de 1996 y 6 de julio de 1998.”

El mismo criterio recoge la **STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1999**, I.L. J 538, Sala Social, en relación con una indemnización por traslado. No obstante, en el supuesto resuelto por dicha sentencia, el tribunal se declara competente pues no se trataba de determinar si procedían o no las retenciones efectuadas, sino si la indemnización prevista en la convocatoria era bruta o neta.

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

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Contratos administrativos. B) Regulación de empleo. C) Impugnación de laudo arbitral. D) Indemnización de daños y perjuicios. Otros supuestos. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Transportistas con autorización administrativa. B) Relaciones jurídicas de naturaleza civil. C) Contrato de agencia. **4. Conciliación y reclamación previa. 5. Actos de comunicación procesal. Notificación defectuosa. 6. Demanda. Ampliación. 7. Acumulación.** A) Acciones. B) Autos. **8. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. Impugnación de convenios colectivos. B) Litisconsorcio pasivo necesario y voluntario. C) Inadecuación de procedimiento. Conflicto colectivo e impugnación de convenios. D) Litispendencia. E) Prescripción. **9. Práctica de la prueba. Carga. Vulneración de derechos fundamentales. 10. Sentencia.** A) Aclaración de sentencia. Límites. B) Incongruencia extra petita. Principio de contradicción. **11. Audiencia al rebelde. Citación edictal. 12. Despido improcedente. Salarios de tramitación.** A) Personal de alta dirección. B) Consignación. C) Reclamación al Estado. **13. Recurso de reposición. Falta de cita del precepto procesal infringido. 14. Recurso de suplicación.** A) Procedencia contra autos. B) Consignación de condena. C) Revisión de hechos probados. D) Infracción de normas. **15. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Admisibilidad. 16. Recurso de revisión.** A) Documentos recobrados. B) Maquinación fraudulenta. C) Independencia del orden social y penal en orden a la valoración de la prueba. **17. Recurso de amparo. Agotamiento de la vía judicial ordinaria. 18. Ejecución de sentencia.** A) Liquidación de intereses. B) Condena. Retenciones y deducciones. C) Sucesión procesal de las partes.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica aborda los pronunciamientos del orden jurisdiccional social y constitucional relativos a los aspectos procesales del derecho laboral, y abarca las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, dictadas desde el 1 de enero al 30 de abril de 1999. Ante las numerosas resoluciones recaídas en dicho periodo con tras-

cendencia procesal, se han seleccionado aquéllas de mayor relevancia en supuestos de interés, bien por su carácter innovador, bien por constituir confirmación de la doctrina ya establecida.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Contratos administrativos

La STS de 20 de enero de 1999, Sala Cuarta, I.L.J. 24, siguiendo la doctrina de la misma Sala de 2 de febrero, 27 de abril, 19 de junio, 13 de julio y 24 y 29 de septiembre de 1998, declara la competencia del orden jurisdiccional social en los supuestos en los que, aun cuando una Administración Pública se acoge a la contratación administrativa regulada en el Real Decreto 1465/1985 (el llamado contrato administrativo para trabajos específicos), se evidencia que la actividad desarrollada por el trabajador no se ajusta al objeto de dicho contrato, por corresponder a servicios genéricos y no a resultados productivos específicos. En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 21 de enero de 1999, I.L.J. 29, Sala Cuarta. Más concisamente, la STS de 18 de febrero de 1999, I.L.J. 185, Sala Cuarta (FJ 3º), declara la competencia de la jurisdicción social:

“(…) en supuestos en que la apariencia formal de un contrato administrativo del RD 1645/1985 deja ver de manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo, en el que el objeto del contrato no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación (…)”.

B) Regulación de empleo

La STS de 25 de enero de 1999, I.L.J. 53, Sala Tercera, establece la competencia del orden jurisdiccional social si el empresario no abona las indemnizaciones o existe disconformidad en cuanto al quantum de las mismas; atribución de competencia que ha de considerarse, según la Sala, excepcional. También será competente el orden social en los supuestos en que la resolución administrativa autorice la extinción de un cierto número de contratos, en un determinado período de tiempo y condiciones, sin especificación de personas, así como toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores afectados por dichas resoluciones: STS de 17 de marzo de 1999, I.L.J. 465, Sala Cuarta.

C) Impugnación de laudo arbitral

La STSJ de Navarra de 29 de enero de 1999, I.L.J. 106, tras destacar que el arbitraje laboral carece de una regulación sustantiva, limitándose en las leyes laborales el tratamiento de la cuestión a referencias al procedimiento arbitral sin establecer un régimen unitario de los recursos pertinentes frente a ellos, afirma que:

“(…) no puede dudarse de la existencia de un recurso ordinario ante la jurisdicción laboral en salvaguardia de las garantías formales del proceso arbitral (…)”.

XII. El Proceso Laboral

En esta materia, la STS de 27 de enero de 1999, I.L. J 55, Sala Tercera, también declara la competencia del orden jurisdiccional social, entendiéndose que el cauce procesal hábil tiene relación con el proceso de impugnación de convenios colectivos.

D) Indemnización de daños y perjuicios. Otros supuestos

Tercia la STSJ de Asturias de 19 de marzo de 1999, I.L. J 347, en la conocida polémica sobre la jurisdicción competente en la responsabilidad del empresario por los daños y perjuicios sufridos por un trabajador y derivados de un accidente de trabajo, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional social por entender que dicha responsabilidad es contractual (ilícito laboral). También afirma la competencia del orden jurisdiccional social la STSJ de Galicia de 8 de marzo de 1999, I.L. J 354, cuando la empresa reclama al trabajador los daños y perjuicios derivados de un ilícito laboral causados por éste en su prestación de servicios. La STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999, I.L. J 371, establece que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de los daños causados al trabajador por su empresario cuando actúa en su condición de empleador. A la misma conclusión llega la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 1999, I.L. J 244, en un supuesto de retraso en la tramitación de la jubilación anticipada. La STS de 2 de febrero de 1999, I.L. J 164, Sala Cuarta, afirma, con rotundidad, que la determinación de la concurrencia de los requisitos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social es competencia “directa y exclusiva” del orden jurisdiccional social. Competencia que asimismo se atribuye a la jurisdicción social por la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 140, Sala Cuarta, cuando lo que se discute es una expectativa de derecho a ser contratada laboralmente una persona por el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, al considerarse preferente a otra.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Transportistas con autorización administrativa

Las SSTC 9/1999, de 8 de febrero, I.L. J 95 (recurso de amparo 2142/96) y 17/1999, de 22 de febrero, I.L. J 99 (recurso de amparo 3962/96), haciendo recordatorio de la Sentencia del Pleno 227/1998 que despejó las dudas planteadas sobre la inconstitucionalidad del art. 1.3.g) del ET, entienden que es ajustada a Derecho la declaración de incompetencia de la jurisdicción laboral en las pretensiones ejercitadas por transportistas, en cuya prestación de servicios se den las circunstancias referidas en el citado artículo del ET, en la redacción dada por la Ley 11/1994, con independencia de la retroactividad otorgada a la modificación legislativa por los Tribunales ordinarios.

B) Relaciones jurídicas de naturaleza civil

Por no darse en la relación jurídica las notas de laboralidad, la STSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999, I.L. J 301 declara incompetente la jurisdicción social para conocer de la demanda por despido interpuesta por un árbitro de fútbol contra la RFEF. Por la misma razón, las SSTSJ de Baleares de 18 de enero de 1999, I.L. J 264 y de 2 de marzo de 1999, I.L. J 375, declaran respectivamente la incompetencia de la jurisdicción social res-

pecto de la reclamación interpuesta por un *consultor* y por un *corresponsal literario*. La STSJ de Aragón de 26 de abril de 1999, I.L. J 256, considera que la jurisdicción laboral no es competente para conocer de la pretensión reconvenicional formulada por la empresa, reclamando el precio de una caldera que instaló en el domicilio del otrora trabajador

“(…) porque lo discutido se desenvuelve estrictamente en el ámbito de derecho privado (…)”.

C) Contrato de agencia

La STSJ de Cataluña de 20 de enero de 1999, I.L. J 275, abordando el difícil tema de la diferenciación entre el contrato de agencia y la relación laboral especial de los representantes de comercio, declara la incompetencia de la jurisdicción social, cuando falta la nota de la dependencia, por tratarse entonces de un contrato de agencia. Al contrario del pronunciamiento de la STSJ de Aragón de 12 de abril de 1999, I.L. J 255, que entiende que la relación jurídica cuestionada es competencia del orden jurisdiccional social, aun cuando la misma es “(…) una relación en el límite entre relación laboral y mercantil (…)”.

4. CONCILIACIÓN Y RECLAMACIÓN PREVIA

Según la STSJ de Aragón de 1 de marzo de 1999, I.L. J 119, en los supuestos de conflicto colectivo en que la parte demandada sea una Administración pública, queda exceptuado el requisito de conciliación previa. La STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999, I.L. J 296, entiende que es válida la presentación de la papeleta de conciliación extrajudicial ante el órgano competente del domicilio del demandante, aun no siendo éste el del domicilio de la empresa ni el del lugar de prestación de servicios. La STSJ de Murcia de 2 de marzo de 1999, I.L. J 358, considera que la presentación de la papeleta de conciliación, en lugar de la reclamación previa, interrumpe el plazo de caducidad de la acción de despido.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

La STSJ del País Vasco de 12 de enero de 1999, I.L. J 293, confirmando el criterio de la STC 67/1984, declara que el cambio de domicilio a efectos de notificaciones debe ser comunicado oportunamente por el interesado al juzgado. En caso contrario, la parte interesada no puede sostener la irregularidad de una comunicación, si fue notificada en la misma forma que la anterior y ésta tuvo efectos legales.

De otro lado, la STS de 19 de enero de 1999, I.L. J 52, Sala Tercera, contemplando un supuesto en el que la Sala quedaba imposibilitada para analizar si la notificación de la resolución impugnada fue o no defectuosa –por cuanto tal notificación no obraba en las actuaciones–, opta por entrar a conocer la cuestión de fondo, a fin de evitar cualquier perjuicio para el administrado.

6. DEMANDA. AMPLIACIÓN

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999, I.L. J 429, dispone que en el escrito de ampliación de demanda presentado por el actor, a fin de llamar al proceso a un nuevo demandado, es posible modificar el importe del salario, por cuanto de dicha ampliación se da traslado a la parte ya demandada, pudiendo ésta oponerse a dicho salario en el acto del juicio y practicar las pruebas que estimara convenientes en defensa de sus intereses.

7. ACUMULACIÓN

A) Acciones

La STS de 27 de febrero de 1999, I.L. J 195, Sala Cuarta, contempla un supuesto de acumulación de acciones: clasificación profesional y reclamación salarial conectada a la anterior. En instancia se desestimó la acción de clasificación profesional y se estimó la de cantidad; interpuesto recurso de suplicación por la empresa demandada, éste fue desestimado. En casación para unificación de la doctrina, el TS declara que contra la sentencia de instancia no cabía recurso alguno, por cuanto la acción de clasificación profesional (no susceptible de recurso) debe considerarse principal, siendo la reclamación salarial subordinada a aquélla y, por tanto, corriendo su misma suerte. Esta sentencia confirma el criterio de la Sala (SSTS de 22 de julio y 21 de diciembre de 1992, 7 de abril de 1993 y 28 de marzo de 1994).

B) Autos

En la STC 63/1999, de 26 de abril, I.L. J 319 (recurso de amparo 554/94), se dispone que si la acumulación de autos, aun siendo preceptiva, no se produce por causas imputables al actor —en el presente caso se formuló demanda de resolución del contrato de trabajo y posteriormente demanda por despido, en la que no se hizo constar la pendencia del primer proceso y el juzgado que conocía del mismo—, será el propio actor quien habrá de soportar las consecuencias desfavorables de su incumplimiento. El TC establece (salvo el voto particular de uno de sus magistrados) que no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva del actor la decisión de archivar la segunda demanda.

8. EXCEPCIONES

A) Falta de legitimación activa. Impugnación de convenios colectivos

Carecen de legitimación activa para impugnar un convenio colectivo quienes lo hayan firmado: STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999, I.L. J 248. La STS de 9 de febrero de 1999, I.L. J 410, Sala Cuarta, determina que también carecen de legitimación activa a tales efectos los trabajadores jubilados, por cuanto están representados por los legitimados para celebrar el convenio colectivo que les es de aplicación. En relación con idéntica cuestión, la STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999, I.L. J 340, declara que para ostentar legitimación activa en orden a impugnar un convenio colectivo basta con que prima

facie pueda desprenderse la existencia de una lesión potencial para el tercero que lo impugna.

B) Litisconsorcio pasivo necesario y voluntario

La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario entre una comunidad de propietarios y sus integrantes queda claramente establecida en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 1999**, I.L. J 366. Dicha resolución posibilita no obstante el litisconsorcio pasivo voluntario, de manera que el demandante pueda dirigir también la demanda contra todos o alguno de los miembros de la comunidad.

C) Inadecuación de procedimiento. Conflicto colectivo e impugnación de convenios

La **STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999**, I.L. J 248, declara que el procedimiento de conflicto colectivo es inadecuado para solicitar la ineficacia de las cláusulas de un acuerdo de empresa, siendo preciso seguir el procedimiento de impugnación de convenios colectivos. Esta sentencia confirma el criterio establecido por la **STS de 23 de marzo de 1994**.

D) Litispendencia

Para apreciar litispendencia entre dos procedimientos se precisa la concurrencia de una triple identidad respecto de (i) las partes que litigan, (ii) los hechos que apoyan la pretensión y (iii) las peticiones que se deducen. Éste es el criterio sentado por la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de marzo de 1999**, I.L. J 425. En idéntico sentido, la **STS de 9 de marzo de 1999**, I.L. J 211, Sala Cuarta, recordando la **STS de 20 de octubre de 1993**, declara además que: “(...) lo que actúa como dato decisorio es la finalidad que con las respectivas acciones se persiga”.

E) Prescripción

En relación con el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones en reclamación de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo, la **STS de 12 de febrero de 1999**, I.L. J 174, Sala Cuarta, establece que dicho plazo comienza a computarse a partir del momento en que finaliza el proceso penal seguido por los mismos hechos.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA. VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En las **SSTSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999**, I.L. J 155, y de **Madrid de 26 de enero de 1999**, I.L. J 287, se analiza el alcance de la carga de la prueba en sendos procedimientos por despido, en los que, invocándose la vulneración de derechos fundamentales, se pretende la declaración de nulidad. Ambas sentencias, con fundamento en la reiterada doctrina del TC (Sentencias 38/1981, 37/1986, 104/1987, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993, 180/1994, 136/1996 y 90/1997) concluyen

XII. El Proceso Laboral

que, acreditado por el actor un indicio razonable de dicha vulneración —en la primera de las sentencias citadas dicho indicio consiste en haber sido despedido el actor a raíz de su intervención como testigo en un juicio contra la empresa, siendo la reciente maternidad de la trabajadora despedida el indicio acreditado en la segunda de las sentencias—, la carga principal de la prueba recae sobre el demandado, a quien no basta negar la vulneración alegada de contrario, siendo necesario acreditar justificación objetiva y razonable de la medida adoptada y de su proporcionalidad. Ambas sentencias declaran la nulidad de los despidos, al no haberse evidenciado por el empresario la existencia de razones serias, reales y suficientes para calificar de razonable la resolución contractual.

10. SENTENCIA

A) Aclaración de sentencia. Límites

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999, I.L. J 109, se declara la nulidad de un Auto aclaratorio, efectuado *ex officio*, del fallo de la sentencia recaída en el procedimiento principal, cuya firmeza fue declarada dos años antes. Con fundamento en la doctrina del TC, entiende el TSJ que la aclaración sobrepasa ampliamente los límites establecidos en el art. 267 de la LOPJ: el juez *a quo*, no sólo desconoció el carácter perentorio e improrrogable del plazo legalmente previsto para la aclaración (el día hábil siguiente al de la publicación de la sentencia), sino que no se limitó a rectificar simples errores materiales manifiestos o aritméticos.

B) Incongruencia *extra petita*. Principio de contradicción

El art. 359 de la LEC impone que las sentencias sean congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas en el pleito. Según reiterada doctrina del TS, la congruencia tiene su fundamento en los principios de aportación de parte y de contradicción, teniendo incluso relevancia constitucional cuando el desajuste entre lo pedido y lo resuelto produzca indefensión a la parte imposibilitada de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses. Este criterio es acogido por la STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999, I.L. J 527; la sentencia recurrida en Suplicación estimó la pretensión de la parte actora, introducida extemporáneamente sólo en fase de conclusiones, sustrayéndola del necesario debate contradictorio. Consumada la indefensión del demandado, por carecer de oportunidad de oposición, se declara la reposición de las actuaciones al momento de dictar sentencia.

11. AUDIENCIA AL REBELDE. CITACIÓN EDICTAL

En relación con la citación de la parte demandada realizada por edictos —art. 59 de la LPL—, la STS de 3 de marzo de 1999, I.L. J 201, Sala Cuarta, (FJ 3º), desestima la audiencia solicitada al amparo de lo establecido en el art. 183 de la LPL, y declara que:

“(…) la reiterada doctrina constitucional sólo la acepta [citación edictal] como válida cuando el Juzgado no se ha conformado con un intento previo de citación, sino que (...)”

ha agotado 'todas las formas racionalmente posibles de comunicación personal antes de pasar a la meramente edictal' (...) pero esa diligencia máxima no le puede ser exigible a un órgano judicial cuando (...) se trataba de una empresa oculta y por lo tanto imposible de citar de forma directa; imposibilidad que en cuanto debida a una actuación del ahora demandante de audiencia, no puede serle imputada al Juzgado sino a él (...)"

A la misma conclusión llega la **STS de 22 de marzo de 1999**, I.L. J 477, Sala Cuarta. Abundando en los argumentos expuestos, las **SSTS de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 496 y **6 de junio de 1999**, I.L. J 554, ambas de la Sala Cuarta, estiman sin embargo la audiencia al rebelde, la primera de ellas en base a la ausencia de aportación de datos necesarios por parte del demandante para la citación en legal forma del demandado y, la segunda, porque el Juzgado debió haber oficiado al Registro Mercantil para comprobar el domicilio social de la demandada, antes de acudir a su citación por edictos.

12. DESPIDO IMPROCEDENTE. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Personal de alta dirección

La doctrina sentada por la Sala Cuarta del TS es clara y reiterada en relación con la no procedencia de salarios de tramitación en favor del personal de alta dirección. La **STS de 4 de enero de 1999**, I.L. J 14, Sala Cuarta, viene de nuevo a confirmar el citado criterio jurisprudencial.

B) Consignación

Reconocida en conciliación extrajudicial la improcedencia del despido, la consignación prevista en el art. 56.2 del ET, a fin de limitar los salarios de trámite hasta la fecha de conciliación, debe comprender tanto la indemnización como dichos salarios de tramitación. El TS ya se había pronunciado en tal sentido en Sentencia de 4 de marzo de 1997; criterio asimismo acogido por la **STSJ de Aragón de 31 de marzo de 1999**, I.L. J 122, y **STS de 23 de abril de 1999**, I.L. J 570, Sala Cuarta.

C) Reclamación al Estado

Es ya pacífica la doctrina sentada por el TS respecto del plazo de prescripción para reclamar al Estado los salarios de tramitación por despido improcedente, al amparo de lo establecido en el art. 116.1 de la LPL: el de un año previsto en el art. 59 del ET. Surge entonces la cuestión de determinar el día inicial de su cómputo. A este respecto, la **STSJ de Galicia de 12 de febrero de 1999**, I.L. J 306, declara que, recaída sentencia del TS declarando la improcedencia del despido, dicho plazo debe computarse desde que se notifica al reclamante la firmeza de la sentencia:

"(...) aun cuando las sentencias del Tribunal Supremo sean firmes desde que se dictan (...) hasta que sean conocidas por las partes no cabrá el ejercicio por éstas de los derechos que de ellas

XII. El Proceso Laboral

dimanen (...) conforme dicha doctrina el *dies a quo* (...) debe ser la fecha de notificación a la actora de la resolución del Tribunal Supremo que declaró la firmeza de la sentencia (...)”.

En relación con esta misma cuestión, la **STS de 29 de marzo de 1999**, I.L. J 501, Sala Cuarta, se pronuncia con un criterio distinto al anterior. Dicha sentencia declara que la acción no nace hasta que el empresario abona los salarios de tramitación correspondientes al tiempo de la indebida dilación del procedimiento. Entiende el TS que:

“(...) la expresión ‘... una vez firme la sentencia...’ no expresa el nacimiento de la acción, que como ya se razonó nace con el pago de los salarios, sino que expresa uno de los elementos que constituyen el perjuicio causado por la dilación del procedimiento ya que hasta su momento el signo del fallo es provisorio, y por otra parte esta expresión contribuye a diferenciar los salarios reclamables de aquellos que sólo tienen lugar en función de normas procesales (...)”.

De otro lado, la **STSJ de Baleares de 24 de marzo de 1999**, I.L. J 376, declara que de la obligación indemnizatoria del Estado se excluye el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por lo que los salarios devengados en dicho período incumben al empresario.

13. RECURSO DE REPOSICIÓN. FALTA DE CITA DEL PRECEPTO PROCESAL INFRINGIDO

La aplicación de la doctrina constitucional (SSTC 172/1995, 194/1996, 127/1997, 199/1997, 226/1997, 4/1998, 64/1998) conduce a la **STC 10/1999, de 18 de febrero**, I.L. J 96 (recurso de amparo 3734/96), a estimar el amparo solicitado, ante la falta de tramitación en la instancia de un recurso de reposición que no citaba el precepto procesal infringido. Entiende el TC que es obligado interpretar el defecto observado en base a un criterio de proporcionalidad entre la exigencia formal, su entidad y las consecuencias para la efectividad de la tutela judicial efectiva. En el caso analizado por el TC, la cita del precepto procesal infringido se entiende innecesaria por cuanto:

“(...) ni la resolución recurrida era de carácter meramente procesal, ni su impugnación podía denunciar la infracción de ningún precepto procesal puesto que era de naturaleza claramente sustantiva (...) la inadmisión del recurso por esta causa carece de justificación legal (...)”.

En este mismo sentido se pronuncia el FJ 1º de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 1999**, I.L. J 608.

14. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Procedencia contra autos

La **STS de 10 de febrero de 1999**, I.L. J 172, Sala Cuarta, analiza la procedencia de recurrir en suplicación un auto desestimatorio de una pretensión relativa a la aplicación de los intereses previstos en el art. 921 de la LEC para el periodo posterior a la sentencia. El

TS, de acuerdo con la doctrina ya sentada en anteriores sentencias (SSTS de 6 de noviembre de 1993, 17 de marzo de 1997 y 22 de junio de 1998), concluye que la impugnación fundada en el incumplimiento del citado art. 921 de la LEC, determina la recurribilidad en suplicación de las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia, de conformidad con lo prevenido en el art. 189.2 de la LPL.

B) Consignación de condena

La STS de 17 de febrero de 1999, I.L. J 180, Sala Cuarta, confirma la doctrina mantenida por el TC en materia de consignación de condena en orden a la viabilidad de los recursos. Se declara la nulidad de la sentencia recurrida, al haberse admitido indebidamente el recurso de suplicación, dado que la parte actora incumplió con su obligación de consignar las cantidades objeto de la condena, no siendo la falta de consignación un defecto susceptible de subsanación.

C) Revisión de hechos probados

Si bien es cierto que las simples fotocopias de documentos no tienen virtualidad alguna para fundamentar la revisión de los hechos probados en la sentencia impugnada, no cabe entender lo mismo cuando dichas fotocopias fueron admitidas y valoradas por el juez de instancia. Éste es el criterio que mantiene la STSJ de La Rioja de 18 de febrero de 1999, I.L. J 93.

Por su parte, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 1999, I.L. J 247, y la de La Rioja de 2 de marzo de 1999, I.L. J 123, confirman la constante doctrina judicial en relación con la revisión de hechos probados: para que prospere tal revisión resulta preceptivo que (i) devenga trascendente a efectos de la solución del litigio, (ii) se proponga un texto alternativo al hecho probado tildado de erróneo y (iii) esté basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, evidencie de manera clara el error en que hubiera podido incurrir el juzgador a quo.

D) Infracción de normas

No es suficiente la cita genérica de preceptos infringidos para fundamentar la viabilidad del recurso de suplicación; el art. 194.2 de la LPL exige razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos en los que se ampara el recurso. Así lo han declarado la STS de 26 de febrero de 1999, I.L. J 193, Sala Cuarta y las SSTSJ de Cataluña de 8 de enero de 1999, I.L. J 268 y de Valencia de 14 de enero de 1999, I.L. J 338.

15. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. ADMISIBILIDAD

La STS de 18 de enero de 1999, I.L. J 20, Sala Cuarta, inadmite el recurso por faltar la relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, no siendo suficiente la mera comparación abstracta de las doctrinas judiciales discutidas al margen de la identi-

XII. El Proceso Laboral

dad de las controversias. Se confirma así la doctrina judicial al efecto (SSTS de 6 y 21 de julio y 18 de diciembre de 1995 y 7 de marzo de 1996).

16. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos recobrados

Para la estimación de la revisión resulta necesario que los documentos *recobrados* tuvieran, de un lado, el carácter de *desconocidos* para la parte que los alega en el momento procesalmente oportuno para la proposición y práctica de la prueba, y de otro, que hubiesen sido *detenidos* por fuerza mayor o por la parte a cuyo favor se hubiera dictado el fallo impugnado; siendo necesario, en todo caso, que dichos documentos sean *decisivos* para la justa decisión de la litis: SSTS de 29 de enero de 1999, I.L. J 49, de 15 de febrero de 1999, I.L. J 176 y de 16 de marzo de 1999, I.L. J 219, todas de la Sala Cuarta.

B) Maquinación fraudulenta

Cuando la maquinación fraudulenta incide en conductas procesales que puedan producir indefensión, debe ser entendida con mayor flexibilidad, de forma que en ese concepto se comprenda la omisión de la diligencia exigible a quien interviene en el proceso como parte del mismo, siempre y cuando dicha omisión entrañe una conducta censurable por concurrir dolo o culpa grave. Éste es el razonamiento utilizado por las SSTS de 17 de febrero, I.L. J 182 y de 5 de marzo de 1999, I.L. J 436, ambas de su Sala Cuarta, estimando la procedencia de las revisiones de sentencias propuestas.

C) Independencia del orden social y penal en orden a la valoración de la prueba

La independencia entre ambos órdenes jurisdiccionales en orden a la valoración de la prueba ha sido proclamada en las SSTS de 15 de junio de 1992 y de 20 de junio de 1994 y ello, sobre la base de que la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar, en ocasiones, una misma conducta. La STS de 25 de enero de 1999, I.L. J 36, Sala Cuarta, confirma el criterio judicial expuesto y declara la improcedencia del recurso de revisión, por cuanto la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal y:

“(…) la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente (...)”.

17. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL ORDINARIA

Las SSTC 5/1999, de 8 de enero, I.L. J 94 (recurso de amparo 1354/95) y 13/1999, de 22 de enero, I.L. J 97 (recurso de amparo 982/95), observan que el recurso de casación para la unificación de doctrina *debe considerarse no sólo extraordinario sino excepcional* y esa especial naturaleza determina que no sea preceptiva siempre su interposición para dar por agotada la vía judicial ordinaria, sino sólo en aquellos supuestos en que exista doctrina jurisprudencial contradictoria a cuyo amparo sea viable dicho recurso extraordinario.

Asimismo, en relación con la posible extemporaneidad del amparo por la previa interposición del recurso de casación para unificación de la doctrina, la **STC 57/1999, de 12 de abril**, I.L. J 251 (recurso de amparo 1667/96), de conformidad con la unánime doctrina constitucional sentada sobre esta cuestión (SSTC 224/92, 352/1993, 253/1994, 122/1996), ha admitido la procedencia del amparo al declarar que:

“(...) la extemporaneidad de un recurso de amparo por interposición de recursos improcedentes se ciñe a los supuestos en los que la improcedencia se deriva de una forma inequívoca y terminante de la propia ley, sin dudas que requieran interpretaciones de aquélla de cierta dificultad (...)”.

18. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Liquidación de intereses

En aplicación del criterio jurisprudencial sentado por la STS de 26 de enero de 1998, la **STSJ del País Vasco de 26 de enero de 1999**, I.L. J 298, declara que la fecha inicial para determinar el devengo de los intereses es la de la sentencia de instancia y que éstos a su vez devengan intereses adicionales.

B) Condena. Retenciones y deducciones

En materia de retenciones sobre cantidades fijadas en sentencia, la **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1999**, I.L. J 314, mantiene la competencia de la jurisdicción social para determinar si el condenado ha procedido a ingresar las cantidades correspondientes en los organismos habilitados y conocer respecto de la procedencia de la retención. De otro lado, dicha sentencia declara la competencia del orden contencioso-administrativo para determinar la cuantía exacta de dichas retenciones.

C) Sucesión procesal de las partes

El TS en unificación de doctrina (Sentencia de 24 de febrero de 1997) declaró que “(...) la modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental del art. 236 de la LPL; siendo en todo caso requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo (...)”. Esta doctrina ha sido recientemente confirmada por las **SSTSJ de Galicia de 17 de febrero de 1999**, I.L. J 307 y de **6 de marzo de 1999**, I.L. J 353.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
DANIEL CIFUENTES MATEOS
SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS
ANTONIO TAPIA HERMIDA

Índice de materias de las crónicas de jurisprudencia

I. FUENTES DEL DERECHO

Competencias normativas

- Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas [STS de 8 de marzo de 1999; crónica I.1; I.L. J 240]
- Competencias del Estado en materia de Seguridad Social [STS de 18 de enero de 1999; crónica I.1; I.L. J 51]

Condición más beneficiosa

- Doctrina general [STSJ de Madrid de 16 de febrero de 1999; crónica I.9; I.L. J 345]
- Nacimiento de la condición más beneficiosa: no cabe por convenio colectivo [STS de 25 de enero de 1999 y STSJ de Madrid de 16 de febrero de 1999; crónica I.9; I.L. J 37 y 345]
- Incidencia de un cambio inesperado en el mantenimiento de la condición más beneficiosa [STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999; crónica I.9; I.L. J 397]

Convenios colectivos

- Convenios extraestatutarios: eficacia limitada a las partes que los suscribieron [STS de 25 de enero de 1999; crónica I.4; I.L. J 37]
- Concurrencia de convenios de distintos ámbitos [STS de 18 de febrero de 1999; crónica I.5; I.L. J 417]

Jurisprudencia

- Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento interno [SSTS de 9 de febrero y 7 de abril de 1999; crónica I.10; I.L. J 169 y 555]

Leyes

- Ley y Reglamento [STS de 19 de enero de 1999; crónica I.2; I.L. J 23]
- Ley y Convenio colectivo [SSTS de 1, 7 y 16 de febrero y 1 de marzo de 1999 y STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica I.3; I.L. J 67, 183, 413, 448 y 303]

Norma aplicable

- Norma más favorable [SSTS de 18 de febrero y de 10 de marzo de 1999; crónica I.6; I.L. J 417 y 446]
- Elección de la norma aplicable y el derecho a la tutela judicial efectiva [STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999; crónica I.6; I.L. J 333]
- Norma aplicable al contrato laboral celebrado en el extranjero [STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999; crónica I.7; I.L. J 286]
- Norma aplicable al contrato celebrado en España para prestar servicios en el extranjero [STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1999; crónica I.7; I.L. J 542]

Sucesión de normas

- Irretroactividad del art. 1.3.g) ET [STC 17/1999, de 22 de febrero y STS de 16 de marzo de 1999; crónica I.8; I.L. J 99 y 462]
- Normativa aplicable en el momento en que el excedente voluntario solicita el reingreso [STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 1999; crónica I.8; I.L. J 90]

II. TRABAJADOR

Abogados

- Abogados que trabajan para la Organización de Consumidores y Usuarios. Carácter no laboral de la relación. Exclusión del sistema de Seguridad Social [STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999; crónica II.5.C.c; I.L. J 343]

Administradores sociales

- Administrador único. Consideración de trabajador al no participar en sus órganos rectores [STSJ de Madrid de 27 de enero de 1999; crónica II.3.C; I.L. J 291]

Ajenidad

- Inexistente entre el esposo empleador, conviviente y en sociedad de gananciales, con la esposa trabajadora [STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999; crónica II.3.E; I.L. J 280]
- Se presume cuando se demuestra la independencia económica a pesar de la convivencia entre el padre empresario y el hijo trabajador [STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999; crónica II.3.E; I.L. J 530]

Árbitro de fútbol

- Inexistencia de relación laboral entre árbitro y la Real Federación Española de Fútbol [STSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999; crónica II.2.C.d; I.L. J 301]

Asesor

- De la Administración pública. Funciones de confianza. Inexistencia de relación laboral. Incompetencia de jurisdicción [STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica II.3.A; I.L. J 302]

Colaborador literario

- Inexistencia de relación laboral. Diferencia entre contrato de trabajo y otros análogos [STSJ de Baleares de 2 de marzo de 1999; crónica II.4.C; I.L. J 375]

Consultor

- Consultor y asistente de la Administración Pública. Contrato administrativo. Incompetencia de jurisdicción [STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999; crónica II.3.A; I.L. J 525]

Contrato administrativo

- Funciones de confianza. Inexistencia de relación laboral. Incompetencia de jurisdicción [STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica II.3.A; I.L. J 302]
- Consultoría y asistencia. Incompetencia de jurisdicción [STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999; crónica II.3.A; I.L. J 525]
- Para la realización de trabajos específicos. Irregularidades en la contratación. Competencia de la jurisdicción laboral [STS de 20 de enero de 1999; crónica II.4.B; I.L. J 24]

Dependencia

– No se considera respecto del médico que trabaja en clínica privada a comisión. Incompetencia de la jurisdicción laboral [STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999; crónica II.1.A.c; I.L. J 312]

– No se considera respecto de la relación que une al árbitro con la Real Federación Española de Fútbol [STSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999; crónica II.2.C.d; I.L. J 301]

– Se estima presente entre el mediador mercantil y la empresa cuando aquél se integra en la organización de la empresa [STSJ de Aragón de 12 de abril de 1999; crónica II.2.C.f; I.L. J 255]

– No se considera respecto de los abogados que trabajan para la Organización de Consumidores y Usuarios. Exclusión del sistema de Seguridad Social [STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999; crónica II.5.C.c; I.L. J 343]

Mediadores mercantiles

– Sin asunción de riesgo. Nota diferenciadora entre el contrato de agencia y el representante sin asunción de riesgo [STSJ de Aragón de 12 de abril de 1999; crónica II.2.C.f; I.L. J 255]

Personal contratado en Administraciones Públicas

– Profesores de religión. Nombramiento efectuado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Relación laboral ordinaria y temporal. Consideraciones sobre la antigüedad [STSJ de Madrid de 13 de enero de 1999; crónica II.4.B; I.L. J 329]

Profesional liberal

– Profesional libre, sin horario y sin jornada. No trabaja en exclusiva para las demandadas [STSJ

de Baleares de 18 de enero de 1999; crónica II.4.C; I.L. J 264]

Profesor de religión

– Nombramiento efectuado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Relación laboral ordinaria y temporal. Consideraciones sobre la antigüedad [STSJ de Madrid de 13 de enero de 1999; crónica II.4.B; I.L. J 329]

Socio trabajador

– Administrador único. Consideración de trabajador al no participar en sus órganos rectores [STSJ de Madrid de 27 de enero de 1999; crónica II.3.C; I.L. J 291]

Trabajador

– Vid. crónica II.

Trabajos familiares

– Inexistencia de contrato de trabajo entre cónyuges si no hay separación de bienes [STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999; crónica II.3.E; I.L. J 280]

– Existencia de contrato de trabajo entre el hijo y el propietario de la empresa [STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999; crónica II.3.E; I.L. J 530]

Transportistas

– Transportista con autorización administrativa. Inexistencia de relación laboral. Modificación legal. Efectos ex tunc [STC 9/1999, de 8 de febrero; crónica II.4.A; I.L. J 95]

– Transportista con autorización administrativa. Inexistencia de relación laboral. El art. 1.3.g) ET no vulnera la Constitución [STC 47/1999, de 22 de marzo; crónica II.4.A; I.L. J 118]

– Inexistencia de discriminación en la prestación de servicios de transporte contemplada en el art. 1.3.g) [STC 59/1999, de 12 de abril; crónica II.4.A; I.L. J 252]

– No aplicable los efectos del convenio de la empresa cedente para período posterior a la sucesión a la empresa cesionaria [STSJ de Cataluña de 7 de enero de 1999; crónica III.5.H; I.L. J 266]

III. EMPRESARIO

Cesión ilegal

– Diferencia con la contrata [STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999; crónica III.4.A; I.L. J 398]

Contratas

– Diferencia con la cesión ilegal [STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999; crónica III.4.A; I.L. J 398]

– No es encuadrable en la figura el subarriendo de concesiones mineras [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 1999; crónica III.4.D; I.L. J 387]

– Responsabilidad: Véase RESPONSABILIDAD

Contratos de duración determinada

– Características del contrato eventual con la ETT [STS de 4 de febrero de 1999; crónica III.2.C; I.L. J 166]

– Duración del contrato eventual: sometimiento a término cierto [STS de 4 de febrero de 1999; crónica III.2.C; I.L. J 166]

Convenio colectivo

– El aplicable en materia retributiva a los trabajadores cedidos a las empresas usuarias es el de la ETT [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica III.2.B; I.L. J 341]

Empresas de trabajo temporal

– Interpretación de la expresión “duración estimada” contenida en los arts. 15.1.f) y 14.f) del RD 4/1995 [STS de 4 de febrero de 1999; crónica III.2.C; I.L. J 166]

Empresas usuarias

– Retribución del trabajo prestado en las mismas [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica III.2.B; I.L. J 341]

– Su responsabilidad no se extiende a los supuestos del art. 7.2 de la LETT [STSJ del País Vasco de 29 de enero de 1999; crónica III.2.A; I.L. J 299]

Excedencia

– Voluntaria: opción de reingreso en cualquiera de las empresas del grupo [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica III.3.C; I.L. J 342]

Grupo de empresas

– Notas definitorias [STSJ de La Rioja de 19 de enero de 1999; crónica III.3.A; I.L. J 231]

– Opción de reingreso en supuestos de grupos de empresas [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica III.3.C; I.L. J 342]

– Responsabilidad: Véase RESPONSABILIDAD

Non bis in idem

– Aplicabilidad al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad [STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica III.6.B.a; I.L. J 294]

Recargo de prestaciones

- Aplicabilidad del *non bis in idem* [STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica III.6.B.a; I.L. J 294]
- Inaplicación sobre los aumentos y mejoras de la pensión básica [STSJ de Galicia de 30 de enero de 1999; crónica III.6.B.b; I.L. J 284]
- Naturaleza [STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica III.6.B.a; I.L. J 294]
- Responsabilidad solidaria: Véase RESPONSABILIDAD

Retribución

- Diferencias entre los trabajadores en misión y los trabajadores de la empresa usuaria [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica III.B; I.L. J 341]

RESPONSABILIDAD

Contratas

- Aplicación de la responsabilidad subsidiaria *ex art.* 127 LGSS al recargo de prestaciones [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 1999; crónica III.6.B.c; I.L. J 609]
- No alcanza a los salarios de tramitación [STS de 28 de abril de 1999; crónica III.4.B; I.L. J 580]
- Se limita al período de vigencia de la contrata [STS de 28 de abril de 1999; crónica III.4.C; I.L. J 580]

Grupos de Empresas

- Responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo [SSTSJ de Castilla-La

Mancha de 17 de febrero y de 25 de marzo de 1999, TSJ de La Rioja de 19 de enero de 1999 y TSJ de Madrid de 2 de febrero de 1999; crónica III.3.B; I.L. J 110, 247, 231 y 308]

Recargo

- Requisitos para la existencia de responsabilidad solidaria [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 1999; crónica III.6.B.c; I.L. J 609]
- Responsabilidad subsidiaria *ex art.* 127 LGSS [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 1999; crónica III.6.B.c; I.L. J 609]

Seguridad y salud

- Alcance de la deuda de seguridad [STS de 26 de marzo de 1999; crónica III.6.A; I.L. J 491]
- Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad: Véase Recargo de prestaciones

Seguridad Social

- Aumento y mejoras de la pensión básica: no es aplicable el recargo de prestaciones sobre los mismos [STSJ de Galicia de 30 de enero de 1999; crónica III.6.B.b; I.L. J 284]
- Efectos de la sucesión de empresas sobre la relación jurídica de seguridad social [STS de 3 de marzo de 1999; crónica III.5.G; I.L. J 518]
- Recargo de prestaciones: Véase Recargo de prestaciones
- Responsabilidad subsidiaria del recargo en caso de contratas: Véase RESPONSABILIDAD

Sucesión de empresas

- Aplicabilidad a los supuestos de sucesión en concesiones administrativas [STS de 26 de abril

crónicas de jurisprudencia

de 1999 y STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999; crónica III.5.C; I.L. J 572 y 123]

– Continuación parcial de la actividad [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999; crónica III.5.E; I.L. J 429]

– Convenio aplicable a la empresa cesionaria [STSJ de Cataluña de 7 de enero de 1999; crónica III.5.H; I.L. J 266]

– Declaración en trámite de ejecución [STSJ de Galicia de 6 de marzo de 1999; crónica III.5.I; I.L. J 353]

– Efectos sobre la relación jurídica de Seguridad Social [STS de 3 de marzo de 1999; crónica III.5.G; I.L. J 518]

– En supuestos de cambio de titularidad sin vinculación contractual [STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999; crónica III.5.B; I.L. J 247]

– Necesidad de pervivencia del vínculo laboral en el momento de la transmisión [STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de abril de 1999; crónica III.5.D; I.L. J 322]

– No alcanza a las meras expectativas de derechos [SSTS de 15 de diciembre de 1998 (dos), de 1 y 8 de febrero (dos), de 9, 11 y 29 de marzo y de 15, 16, 19 y 28 de abril de 1999; crónica III.5.F; I.L. J 130, 131, 67, 77, 80, 209, 448, 507, 560, 566, 567 y 581]

– Requisitos del supuesto de hecho [SSTSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999 y TSJ de Galicia de 20 de enero de 1999; crónica III.5.A; I.L. J 123 y 277]

Transmisión de empresas

Véase SUCESIÓN DE EMPRESAS

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Compromisos empresariales en materia de contratación**

– Adecuación del conflicto colectivo para plantear cuestiones respecto a las obligaciones empresariales en la materia [SSTS de 15 y de 29 de marzo de 1999; crónica IV.2.B; I.L. J 454 y 500]

– Información sobre proceso de selección: procedimiento adecuado para obtenerla [STS de 31 de marzo de 1999; crónica IV.2.B; I.L. J 515]

– Interpretación de compromisos convencionales en relación con el procedimiento para la cobertura de vacantes [STS de 15 de marzo de 1999; crónica IV.2.B; I.L. J 454]

Contratación en la Administración pública

– Contratos administrativos: carácter laboral cuando el trabajo prestado consista en la prestación de servicios genéricos [STS de 21 de enero de 1999; crónica IV.5.A; I.L. J 29]

– Contratos administrativos: competencia del orden social cuando la apariencia irregular del contrato administrativo deja ver a simple vista que se trata de una relación laboral [SSTS de 18 de enero y de 18 de febrero de 1999; crónica IV.5.A; I.L. J 17 y 184]

– Cuestiones en materia de listas de espera para la contratación: competencia del orden social [SSTS de 19 de enero de 1999 y SSTSJ de Valencia de 19 de enero de 1999 y TSJ de Asturias de 8 de febrero de 1999; crónica IV.5.B.a; I.L. J 140, 342 y 154]

– Impugnación de concursos para personal laboral de nuevo ingreso: competencia del orden contencioso-administrativo; impugnación de

concursos de promoción interna y cobertura de vacantes de personal laboral: competencia del orden social [SSTSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999 y TSJ de Extremadura de 16 de abril de 1999; crónica IV.5.B.a; I.L. J 246 y 258]

– Impugnación de concursos: efectos sobre el contrato de trabajo concertado con base al mismo. En caso de desestimación de la impugnación, no puede perjudicarse la antigüedad del trabajador. Se tiene en cuenta la fecha del nombramiento de otros concursantes [STS de 29 de marzo de 1999; crónica IV.5.B.a; I.L. J 508]

– Impugnación de concursos: efectos sobre el contrato de trabajo concertado con base al mismo. Declarada la nulidad del concurso, no se produce la extinción automática de la relación laboral, sino que procede acudir al despido por fuerza mayor. Voto particular [STS de 10 de marzo de 1999; crónica IV.5.B.a; I.L. J 214]

– Irregularidades en la contratación laboral; efectos: consideración como relación indefinida, significa que el contrato temporal ya no estará sujeto a término, pero no equivale a adquirir firmeza: el organismo público debe convocar la provisión del puesto de trabajo [SSTS de 19 y de 26 de enero, de 3 de febrero, de 30 de marzo, de 23 de abril de 1999 y SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de marzo de 1999 y TSJ de Baleares de 29 de abril de 1999; crónica IV.5.B.b; I.L. J 399, 40, 165, 513, 569, 523 y 595]

– Irregularidades en la contratación laboral; efectos: la existencia de pactos sobre planes para la consolidación futura de la plantilla no es causa suficiente para salvar la irregularidad de la contratación ni para alterar el criterio general en punto a efectos [STS de 19 de enero de 1999; crónica IV.5.2.B; I.L. J 23]

– Irregularidades en la contratación laboral; efectos: declaración de nulidad del contrato: corresponde a la jurisdicción. La Administración no puede declararla unilateralmente [STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999; crónica IV.5.B.b; I.L. J 108]

Contrato de trabajo fijo discontinuo

– Llamamiento: interpretación de un convenio colectivo, el llamamiento debe producirse en cada temporada, posibilidad de acudir a contratos eventuales [STS de 6 de abril de 1999; crónica IV.4.A; I.L. J 553]

– Llamamiento: no existe despido si la falta de llamamiento se debe a la modificación de las listas [STSJ de Murcia de 26 de enero de 1999; crónica IV.4.B; I.L. J 64]

– Llamamiento: el convenio colectivo puede prever que el llamamiento no se produzca dentro de la categoría, sino del grupo profesional [STSJ de Extremadura de 3 de marzo de 1999; crónica IV.4.B; I.L. J 103]

– Llamamiento: la falta de llamamiento implica despido pero, si hubo posteriormente llamada y reincorporación, tal declaración sólo obliga al abono de los salarios de tramitación [STSJ de Extremadura de 3 de marzo de 1999; crónica IV.4.B; I.L. J 103]

Contratos temporales: reglas generales

– Antigüedad: cálculo atendiendo a la duración de todos los contratos sucesivos [STSJ de Andalucía/Málaga de 26 de marzo de 1999; crónica IV.3.B.c; I.L. J 528]

– Condiciones de trabajo: aplicación de beneficios previstos para los fijos: percepción de complementos de antigüedad por el personal de establecimientos militares [SSTS de 25 de enero, de 5 de febrero y de 29 de marzo de 1999 y STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1999; crónica IV.3.B.b; I.L. J 141, 167, 506 y 344]

– Condiciones de trabajo: aplicación de beneficios previstos para los fijos: ayudas para estudios; personal de instituciones sanitarias [STSJ de Extremadura de 20 de enero de 1999; crónica IV.3.B.b; I.L. J 61]

– Condiciones de trabajo: aplicación de beneficios previstos para los fijos; excedencia para cuidado

de hijo; reclamación por procedimiento de tutela de derechos fundamentales [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica IV.3.B.b; I.L. J 340]

– Copia básica: no comprende los salarios individuales superiores a los establecidos, bastando la sola mención de su existencia [STSJ de Madrid de 17 de marzo de 1999; crónica IV.3.B.a; I.L. J 544]

– Fraude de Ley: no requiere una especial voluntariedad, sino la mera conciencia de la irregularidad de la contratación temporal y, por tanto, del perjuicio del carácter indefinido del contrato [STS de 16 de abril de 1999; crónica IV.3.B.c; I.L. J 563]

– Indemnización por despido: cálculo atendiendo a la duración de todos los contratos sucesivos [STS de 16 de abril de 1999; crónica IV.3.B.c y d; I.L. J 563]

– Período de prueba: cabe pactarlo, aun cuando exceda la prevista para el contrato [STSJ de Galicia de 3 de marzo de 1999; crónica IV.3.C; I.L. J 351]

– Prórroga de la prestación al concluir los servicios: carácter indefinido de la relación [SSTSJ de Madrid de 18 de marzo de 1999 y TSJ del País Vasco de 29 de enero de 1999; crónica IV.3.B.c; I.L. J 547 y 299]

– Sucesión de contratos temporales: criterios para el cómputo de períodos de servicios [STS de 16 de abril de 1999 y STSJ de Andalucía/Málaga de 26 de marzo de 1999; crónica IV.3.B.c; I.L. J 563 y 528]

– Sucesión de contratos temporales: valoración de la serie entera, si no existen soluciones de continuidad relevantes [STS de 25 de marzo de 1999 y SSTSJ de Andalucía/Málaga de 19 y de 26 de marzo de 1999; crónica IV.3.B.c; I.L. J 485, 523 y 528]

Contratos temporales: supuestos legales

– Contrato para obra o servicio determinado: la sustantividad de la obra no puede depender en exclusiva de la decisión empresarial [STSJ de

Baleares de 29 de abril de 1999; crónica IV.3.A.a; I.L. J 595]

– Contrato para obra o servicio determinado: no es adecuado para la prestación de servicios docentes que se repiten curso tras curso [STSJ de Baleares de 29 de abril de 1999; crónica IV.3.A.a; I.L. J 595]

– Contrato para obra o servicio determinado: no sólo se precisa su existencia sino también que las funciones del trabajador se desarrollen precisamente en ellos y no en las actividades ordinarias de la empresa [SSTS de 19 de enero y de 3 de febrero de 1999; crónica IV.3.A.a; I.L. J 23 y 165]

– Contrato eventual por circunstancias de la producción: carácter esencial del término; imposibilidad de rescisión *ante tempus* por cese de la causa [STS de 4 de febrero de 1999; crónica IV.3.A.b; I.L. J 166]

– Contrato eventual por circunstancias de la producción: requisitos de la expresión documental de la causa [SSTS de 3 de marzo y de 16 de abril de 1999; crónica IV.3.A.b; I.L. J 434 y 563]

– Contrato de interinidad: extinción por reingreso o cobertura; necesidad de efectiva prestación de servicios [STS de 29 de marzo de 1999; crónica IV.3.A.c; I.L. J 498]

– Contrato de interinidad: de plazas vacantes; incumplimiento de los plazos para su cobertura [STS de 23 de marzo de 1999; crónica IV.3.A.c; I.L. J 483]

– Contrato de interinidad: de plazas vacantes; extinción por amortización [STSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999; crónica IV.3.A.c; I.L. J 156]

– Contrato temporal por razón de eventualidad en ETT: no puede prevalecer el convenio de la ETT que permite la resolución anticipada del contrato si cesa la causa [STS de 4 de febrero de 1999; crónica IV.3.A.d; I.L. J 166]

Legislación aplicable

- Aplicación de la legislación española en caso de que sea la ley nacional común para ambas partes y el lugar de celebración del contrato [STJS de Madrid de 16 de marzo de 1999; crónica IV.2.A; I.L. J 542]
- En defecto de elección de las partes, rige el fuero del lugar de servicios [STJS de Madrid de 26 de enero de 1999; crónica IV.2.A; I.L. J 286]
- Interpretación del artículo 6.1 del Convenio de Roma, en particular del significado de las “disposiciones imperativas”: planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJCE [ATJS de Madrid de 29 de marzo de 1999; crónica IV.2.A; I.L. J 551]

Período de prueba

- Duración: prevalencia del convenio colectivo [STS de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica IV.2.C; I.L. J 303]
- Inexistencia de obligación de motivar la extinción [STJS de Galicia de 3 de marzo de 1999; crónica IV.2.C; I.L. J 351]
- En contratos temporales: admisible aun cuando la duración exceda la prevista para el contrato [STJS de Galicia de 3 de marzo de 1999; crónica IV.2.C; I.L. J 351]

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Antigüedad

- Complemento. Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares [STS de 25 de enero y 5 de febrero de 1999; crónica V.1.B.a; I.L. J 141 y 167]
- Excedencia. Cómputo del complemento [STJS de Murcia de 23 de febrero de 1999; crónica V.2.I; I.L. J 238]

Clasificación profesional

- Inexistencia del derecho a la participación en proceso selectivo de trabajador excedente, con derecho al reingreso indefinido y sin reserva de puesto de trabajo [STJS de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 1999; crónica V.4.A; I.L. J 325]
- Acumulación de la acción de reclamación de diferencias salariales y acceso al recurso [STS de 27 de febrero de 1999; crónica V.4.B; I.L. J 195]

Excedencia

- Determinación de la normativa jurídica que debe regir el derecho al reingreso [STJS de Extremadura de 24 de febrero de 1999; crónica V.2.H; I.L. J 90]
- Duración de la excedencia voluntaria en el supuesto de existencia de pacto de duración de la misma [STJS de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica V.2.C; I.L. J 341]
- Por razón de matrimonio y plazo de prescripción para el reingreso [STS de 26 de febrero de 1999; crónica V.2.G; I.L. J 191]
- Obstaculización del excedente al reingreso [STJS de Madrid de 27 de enero de 1999; crónica V.2.D; I.L. J 289]
- Para atender al cuidado de un hijo. Corresponde al personal que ostenta la condición de interino [STJS de Valencia de 14 de enero de 1999; crónica V.2.A; I.L. J 39]
- Plazo de duración de la excedencia del personal estatutario al servicio de la Seguridad Social [STJS del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica V.2.E; I.L. J 295]
- Plazo para exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la no reincorporación del excedente voluntario [SSTS de 17 y 22 de marzo de 1999; crónica V.2.F; I.L. J 467 y 481]

crónicas de jurisprudencia

– Reingreso de la situación de excedencia voluntaria en el supuesto de grupo de empresas [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica V.2.B; I.L. J 341]

Fondo de Garantía Salarial

– Procedencia del abono por el FOGASA de los salarios de tramitación pactados en conciliación judicial y no satisfechos por el empresario [STS de 22 de diciembre de 1998; crónica V.1.D.a; I.L. J 134]

– Proyección de la garantía legal del art. 33.2 ET a los despidos por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas e insolvencia del empleador derivados del art. 52.c) ET [STS de 4 de enero de 1999; crónica V.1.D.b; I.L. J 13]

– Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: fecha en que se dicta el Auto de insolvencia, pero siempre que antes se haya instado la ejecución contra el empresario dentro de plazo [STS de 9 de marzo de 1999; crónica V.1.D.c; I.L. J 440]

Gratificaciones extraordinarias

– Carácter de complementos retributivos [STS de 6 de mayo de 1999; crónica V.1.B.f; I.L. J 750]

Leyes de Presupuestos

– Establecimiento de límites máximos al incremento de retribuciones en el sector público. Licitud [STS de 16 de febrero de 1999; crónica V.1.A; I.L. J 413]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo

– Inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo en un supuesto de fijación de descansos compensatorios [STS de 30 de marzo de 1999; crónica V.7; I.L. J 514]

Movilidad funcional

– Garantía salarial en los supuestos de movilidad funcional descendente [STS de 25 de febrero de 1999; crónica V.5; I.L. J 190]

Movilidad geográfica

– Indemnización por traslado [STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1999; crónica V.6; I.L. J 538]

Pacto de no concurrencia

– Requisitos para la validez y eficacia del pacto de no concurrencia [STSJ de Cataluña de 7 de enero de 1999; crónica V.8; I.L. J 267]

Pluses

– Disponibilidad. Presupuestos para su adquisición. Convenio Colectivo de “Radio Televisión Española, SA”; “Radio Nacional de España, SA” y “Televisión Española, SA” [STS de 15 de marzo de 1999; crónica V.1.B.c; I.L. J 453]

– Distancia, transporte y mantenimiento de vestuario. Naturaleza extrasalarial. Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad [STS de 15 de marzo de 1999; crónica V.1.B.g; I.L. J 217]

– Especial responsabilidad y dedicación. Presupuestos para su adquisición. Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias [SSTS de 18 y 29 de marzo de 1999; crónica V.1.B.b; I.L. J 469 y 504]

– Movilidad funcional. Cálculo. Convenio Colectivo de Puertos del Estado [SSTS 18 (2), 21, 22, 26, 28 (2) y 29 de enero; 1, 2, 3, 8 y 15 de febrero de 1999; crónica V.1.B.d; I.L. J 30, 138, 22, 34, 42, 46, 47, 148, 66, 69, 72, 78 y 82]

– Primas por asistencia a cursillos obligatorios. Conceptos salariales que las integran [STS de 30 de marzo de 1999; crónica V.1.B.e; I.L. J 512]

Recibo de salarios

– Modelo. Establecido por el Convenio colectivo aplicable al personal laboral del Ministerio de Defensa. Contenido [STS de 26 de enero de 1999; crónica V.1.C; I.L. J 402]
uspensión del contrato de trabajo

– Pretensión de indemnización de los daños y perjuicios sufridos [STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999; crónica V.3; I.L. J 371]

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

ACCIÓN POR DESPIDO. CADUCIDAD

Cómputo

– Doctrina general. Veinte días hábiles desde el siguiente al que se pone en conocimiento del trabajador la decisión empresarial, incluidos los casos en que, en dicha fecha, el trabajador se halla en incapacidad temporal [STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 1999; crónica VI.6.A; I.L. J 372]

Cuestión nueva

– No cabe alegarla en suplicación cuando no ha sido objeto de debate en la Instancia [STS de 29 de marzo de 1999; crónica VI.6.A; I.L. J 497]

Inexistencia

– Ante la presentación de la papeleta de conciliación en lugar de la reclamación previa correspondiente [STSJ de Murcia de 2 de marzo de 1999; crónica VI.6.A; I.L. J 358]

Suspensión

– Por la presentación de la papeleta de conciliación extrajudicial [STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica VI.6.A; I.L. J 296]

CONCILIACIÓN PREVIA

Competencia

– El órgano jurisdiccional que conoce de la demanda de despido es competente para conocer directamente las posibles causas de la incomparecencia al preceptivo acto de la conciliación [STS de 17 de febrero de 1999; crónica VI.6.A; I.L. J 414]

DESPIDO

– Empresa de trabajo temporal. El contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen normal de la contratación temporal [STS de 4 de febrero de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 166]

– Fijos discontinuos. No existe falta de llamamiento. Problema de confección de listas [STSJ de Murcia de 26 de enero de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 64]

– Ley aplicable. Aplicación de la ley española [STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1999; crónica VI.2.B.a; I.L. J 542]

– Periodo de prueba. Prevalece la duración prevista en el Convenio Colectivo sobre la señalada en contrato [STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 303]

– Personal al servicio de la Administración Pública [STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 108]

– Personal de alta dirección. Exclusión de indemnización y salarios de tramitación [STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 108]

– Profesor de colegio diocesano y sacerdote diocesano [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de marzo de 1999; crónica VI.2.B.a; I.L. J 422]

– Representantes del personal. Opción y prioridad de permanencia [STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 336]

crónicas de jurisprudencia

– Representantes del personal. Expediente disciplinario [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999; crónica VI.2.B.b; I.L. J 338]

DESPIDO DISCIPLINARIO

Disminución voluntaria de rendimiento

– Determinación de objetivos [STSJ de Aragón de 20 de enero de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 228]

Prescripción de la falta

– La fecha en que se inicia el cómputo de la prescripción (de la falta) no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial de las faltas cometidas, sino que ésta debe fijarse en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal y exacto de las mismas [STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 271]

Transgresión de la buena fe contractual

– Incumplimiento de órdenes dadas por el empresario [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 388]

– Incumplimiento de normativa sobre incompatibilidades. No es posible consentir y tolerar una práctica para después sancionarla como incumplimiento contractual [STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 271]

– Irregularidades en reintegros de cuentas de clientes [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de marzo de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 386]

– Percepción de cantidad indebida por error en confección de nóminas [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 430]

– Uso del teléfono de la empresa para cuestiones particulares [STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 1999; crónica VI.3.A; I.L. J 532]

DESPIDO IMPROCEDENTE

– Carta de despido. Adolece de tal vaguedad que ha producido indefensión al recurrente [STSJ de La Rioja de 29 de abril de 1999; crónica VI.8.A.b; I.L. J 262]

– Competencia de jurisdicción [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de marzo de 1999; crónica VI.8; I.L. J 422]

– Condena solidaria de dos empresas demandadas [STS de 22 de marzo de 1999; crónica VI.8; I.L. J 224]

– Condena solidaria. Grupo de empresas [STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 1999; crónica VI.8; I.L. J 110]

– Consignación. La contemplada en el art. 56.2 ET debe comprender la indemnización y los salarios de trámite [STSJ de Aragón de 31 de marzo de 1999; crónica VI.8; I.L. J 122]

– Contrato de puesta a disposición. No puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal [STS de 4 de febrero de 1999; crónica VI.8; I.L. J 166]

– Contrato temporal. Vencimiento anterior a la declaración judicial de improcedencia [STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica VI.8; I.L. J 303]

– Despido fraudulento [STSJ del País Vasco de 29 de enero de 1999; crónica VI.8.A.a; I.L. J 299]

– Despido verbal [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo de 1999; crónica VI.8.A.b; I.L. J 380]

– Expediente contradictorio. Se omite su incoación [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999; crónica VI.8.A.b; I.L. J 388]

– Finalización de una contrata y entrada de un nuevo empleador [STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999; crónica VI.8; I.L. J 123]

– Sucesión empresarial [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999; crónica VI.8; I.L. J 429]

– Transmisión de empresas [STS de 12 de febrero de 1999; crónica VI.8; I.L. J 173]

DESPIDO NULO

Derechos fundamentales y libertades públicas. Vulneración

– Declaración como testigo en proceso contra la empresa [STSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999; crónica VI.9.A.a; I.L. J 155]

– Derecho a transmitir información veraz. La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales es compatible con las facultades empresariales que a su vez son expresión de derechos fundamentales [STC 57/1999, de 12 de abril; crónica VI.9.A.a; I.L. J 251]

– Negativa a firmar un documento de renuncia a reclamar contra la empresa [STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999; crónica VI.9.A.a; I.L. J 324]

Discriminación

– Por razón del sexo. Embarazo. Doctrina general [STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 1999; crónica VI.9.A.b; I.L. J 125]

– Por razón del sexo. Embarazo. El despido producido durante este último y motivado por ausencias debidas a incapacidad derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes a éste, debe considerarse fundado esencialmente en él y constituye una discriminación indirecta por razón del sexo [STJCE de 30 de junio de 1998; crónica VI.9.A.b; I.L. J 4]

– Por razón del sexo, el embarazo y la maternidad [STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999; crónica VI.9.A.b; I.L. J 287]

Distribución de la carga probatoria

– Aportación de indicios de discriminación o de vulneración de los derechos fundamentales y libertades por quien los invoca. Se exige al empresario la prueba objetiva y razonable de la medida adoptada en vez de pedir al trabajador la demostración de la discriminación o la vulneración del derecho fundamental alegado. Corresponde al demandado –empresario– la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad [SSTSJ de La Rioja de 16 y 25 de marzo de 1999, TSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999, TSJ de Madrid de 26 de enero de 1999, TSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999 y TSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999; crónica VI.9.B; I.L. J 124, 125, 524, 287, 155 y 324]

Efectos

– Readmisión en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían con anterioridad a la extinción y con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción hasta que la readmisión tenga lugar [STSJ de Galicia de 22 de enero de 1999; crónica VI.9.C; I.L. J 278]

DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

Causas

– Administraciones Públicas. Alcance y aplicación a las mismas de las causas objetivas contempladas en los arts. 51 y 52.c) ET [STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 1999; crónica VI.4.A.b; I.L. J 531]

– Amortización de uno o varios puestos de trabajo. La extinción por causas objetivas, sea plural o colectiva, es el único medio para dar fin a una explotación que se estima ruinoso y cuya permanencia en el mercado no es posible [STS de 8 de marzo de 1999; crónica VI.4.A.a; I.L. J 206]

– Concreción de la causa objetiva. Elementos probatorios aportados [STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999; crónica VI.4.A.b; I.L. J 270]

crónicas de jurisprudencia

– *Factum principis*. Impedimento de la prestación de trabajo por la autoridad [STS de 10 de marzo de 1999; crónica VI.4.A.c; I.L. J 214]

– Necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. Art. 52.c) ET. Elementos integrantes del precepto [STSJ de Navarra de 22 de enero de 1999; crónica VI.4.A.a; I.L. J 104]

Despido colectivo

– Concepto [STS de 8 de marzo de 1999; crónica VI.5.A; I.L. J 206]

– Expediente de regulación de empleo. Tramitación. Impugnación de una lista de trabajadores afectados presentada con posterioridad a la obtención de la correspondiente autorización administrativa. Competencia [STS de 17 de marzo de 1999; crónica VI.5.B; I.L. J 465]

Prescripción de la causa de despido

– Los plazos que establece el art. 60.2 ET no rigen para el ejercicio de facultades distintas a las disciplinarias, como la de poner fin a la relación laboral por causas objetivas [STSJ de Barcelona de 15 de enero de 1999; crónica VI.4.B.b; I.L. J 263]

Representantes de los trabajadores

– Opción. Se aplica siempre que el despido haya sido calificado como improcedente, siendo indiferente la causa que haya conducido a tal calificación [STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999; crónica VI.4.B.c; I.L. J 336]

DESPIDO PROCEDENTE

Disciplinario

– Baja voluntaria por el actor que se conforma con la procedencia del despido del que era objeto [STSJ de Madrid de 2 de febrero de 1999; crónica VI.7; I.L. J 309]

– Disminución voluntaria y continuada de rendimiento [STSJ de Aragón de 20 de enero de 1999; crónica VI.7; I.L. J 228]

– No discriminación. Teoría gradualista en la imposición de sanciones [STSJ del País Vasco de 9 de febrero de 1999; crónica VI.7; I.L. J 367]

– Transgresión de la buena fe contractual. Incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades [STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999; crónica VI.7; I.L. J 271]

– Transgresión de la buena fe contractual. Uso del teléfono de la empresa para cuestiones particulares [STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 1999; crónica VI.7; I.L. J 532]

– Transgresión de la buena fe contractual. Percepción cantidad indebida por error en confección de nóminas [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999; crónica VI.7; I.L. J 430]

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Finiquito

– Carácter liberatorio. Doctrina general [STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 1999; crónica VI.2.A; I.L. J 91]

– No acredita la terminación del contrato si continúa la prestación [STS de 16 de marzo de 1999; crónica VI.2.A; I.L. J 459]

Supuestos

– Baja voluntaria durante incapacidad temporal [STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 1999; crónica VI.2.A; I.L. J 102]

– Dimisión [STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 1999; crónica VI.2.A; I.L. J 91]

– Rescisión indemnizada de contrato [STS de 18 de enero de 1999; crónica VI.2.A; I.L. J 20]

FOGASA (RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE DESPIDO)

– El trabajador puede reclamar sus prestaciones desde la notificación del auto declarativo de la insolvencia empresarial sin necesidad de que éste haya ganado firmeza [STSJ de Andalucía (Málaga) de 5 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 520]

– La responsabilidad del Fondo alcanza no sólo a los supuestos de cese de los arts. 50 y 51 ET; sino también a los de extinción objetiva del art. 52.c) ET [SSTS de 14 de abril, 15 de marzo, 4 de febrero y 4 de enero de 1999; crónica VI.4.B.d; I.L. J 559, 451, 408 y 13]

– Límite legal del abono en los supuestos de insolvencia empresarial [STS de 15 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 451]

FORMALIDADES Y TRAMITACIÓN DEL DESPIDO

Carta de despido

– Contenido. Fecha y hechos del despido. Imposibilidad de alegar motivos distintos en juicio. La vaguedad de la carta produce indefensión [STSJ de La Rioja de 29 de abril de 1999; crónica VI.3.B; I.L. J 262]

– Despido verbal. Improcedencia [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo de 1999; crónica VI.8.A.b; I.L. J 380]

Expediente de regulación de empleo

– Tramitación. Impugnación de una lista de trabajadores afectados presentada a posteriori tras la obtención de la correspondiente autorización administrativa. Competencia [STS de 17 de marzo de 1999; crónica VI.5.B; I.L. J 465]

Expediente disciplinario

– Delegado de personal. Plazo para la incoación. Despido improcedente [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 1999; crónica VI.8.A.b; I.L. J 388]

Puesta a disposición de la indemnización legal

– Posible nulidad de la extinción por causas objetivas [STS de 8 de marzo de 1999; crónica VI.4.A.a; I.L. J 206]

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Abono

– Con el límite legal, corresponde al FOGASA en los supuestos de insolvencia empresarial [STS de 15 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 451]

– Corresponde solidariamente a las empresas que constituyen el Grupo [STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 110]

– La solidaridad se descarta cuando no existe sucesión empresarial, sino finalización de una contrata y entrada de un nuevo empleador [STSJ de La Rioja de 2 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 123]

Cuantía

– Equivalente al tiempo de servicios prestados [STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 303]

– Rectificación [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 386]

Cuantificación

– Debe atenderse al salario que legalmente correspondía percibir al trabajador en la fecha en que se adoptó la decisión extintiva [STSJ de Castilla y

crónicas de jurisprudencia

León (Valladolid) de 8 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 380]

– Ha de calcularse tras la consideración conjunta y global de todos los contratos temporales y no tras el análisis único del último contrato concluido [SSTS de 16 de abril y 16 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.a; I.L. J 563 y 459]

OPCIÓN POR LA INDEMNIZACIÓN O READMISIÓN

– Corresponde al empresario. Se traslada al trabajador cuando éste sea representante legal de los trabajadores o delegado sindical. Se aplica siempre que haya sido calificado el despido como improcedente, siendo indiferente la causa que haya conducido a tal calificación [STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999; crónica VI.8.B; I.L. J 336]

PROCEDIMIENTO POR DESPIDO

– Concurrencia de un procedimiento por despido con otro por resolución contractual indemnizada a instancia del trabajador. Distinta eficacia de las sentencias. Acumulación de procedimientos: preferencia al que actuó de buena fe. En los supuestos en que la actuación de cada una de las partes lo sea por motivos independientes de los de la otra, habrá de estarse a la acción primeramente ejercitada [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 1999; crónica VI.6.B; I.L. J 608]

– La impugnación de la decisión extintiva empresarial y toda reclamación por indemnización a causa de despido debe canalizarse necesariamente a través de la modalidad procesal establecida expresamente con tal fin [STSJ del País Vasco de 13 de abril de 1999; crónica VI.6.A; I.L. J 615]

READMISIÓN DEL TRABAJADOR

Condena solidaria

– Entre las empresas del Grupo [STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 1999; crónica VI.8.B.c; I.L. J 110]

Readmisión regular

– Debe producirse en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían con anterioridad a la extinción y con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción hasta que la readmisión tenga lugar [STSJ de Galicia de 22 de enero de 1999; crónica VI.9.C; I.L. J 278]

– Lo es cuando se hubiera restablecido el vínculo laboral en iguales condiciones a las que regían antes del despido [STSJ de Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 23 de abril de 1999; crónica VI.8.B.c; I.L. J 598]

SALARIOS DE TRAMITACIÓN

– Consignación. La contemplada en el art. 56.2 ET comprende la indemnización y los salarios de trámite [STSJ de Aragón de 31 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.b; I.L. J 122]. Razón de la inclusión de ambos conceptos [STS de 23 de abril de 1999; crónica VI.8.B.b; I.L. J 570]

– Naturaleza indemnizatoria. Descuento de los salarios obtenidos no sólo por el empleo o colocación en otra empresa sino también por el trabajo por cuenta propia [STS de 22 de marzo de 1999; crónica VI.8.B.b; I.L. J 225]

– Personal de alta dirección. Exclusión [STS de 4 de enero de 1999; crónica VI.8.B.b; I.L. J 14]

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Asociaciones empresariales

– Competencia jurisdiccional en reclamaciones sobre depósito de estatutos. Diferencias entre asociaciones empresariales y asociaciones profesionales [STS de 25 de enero de 1999; crónica VII.1.A; I.L. J 142]

Conflictos colectivos

– Ámbito del procedimiento de conflicto colectivo [SSTS de 15 de febrero y 16 y 31 de marzo de 1999; crónica VII.3.A; I.L. J 178, 458 y 515]

– Legitimación sindical [STS de 15 de febrero de 1999; crónica VII.3.A y C; I.L. J 178]

– Litispendencia. Incoación del proceso por dos organizaciones sindicales [STS de 9 de marzo de 1999; crónica VII.3.C; I.L. J 211]

– Objeto de la demanda. Existencia de un conflicto de intereses efectivo y actual [STS de 29 de marzo de 1999; crónica VII.3.A; I.L. J 500]

– Procedimiento de conflicto colectivo e impugnación de convenios colectivos. Delimitación [STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999 y SSTS de 23 y 26 de marzo de 1999; crónica VII.3.B; I.L. J 248, 482 y 490]

Delegados sindicales

– Requisitos para su designación. Cómputo de la plantilla de la empresa o centro de trabajo [STSJ de Galicia de 3 de febrero de 1999; crónica VII.1.C; I.L. J 300]

– Alcance de las garantías legales de los representantes sindicales. Remoción de puesto de libre designación por necesidades del servicio [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de abril de 1999; crónica VII.1.D; I.L. J 606]

Huelga

– Arbitraje obligatorio decretado por el Gobierno. Impugnación del laudo. Competencia jurisdiccional [STS de 27 de enero de 1999; crónica VII.4.D; I.L. J 55]

– Descuentos salariales, libertad sindical y derecho a la intimidad [SSTC 30/1999, 44/1999 y 45/1999; crónica VII.4.A; I.L. J 100, 116 y 117]

– Efectos de la huelga sobre terceros [STS de 24 de febrero de 1999; crónica VII.4.C; I.L. J 235]

– Sanciones por agresiones verbales y físicas durante la huelga [STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999; crónica VII.4.B; I.L. J 330]

Representación unitaria

– Alcance del derecho de información. Estructura retributiva del sector seguros [STS de 14 de abril de 1999; crónica VII.2.B; I.L. J 558]

– Contenido de la “copia básica”. Pactos retributivos individuales [STSJ de Madrid de 17 de marzo de 1999; crónica VII.2.B; I.L. J 544]

– Extinción del mandato. Sucesión parcial de la unidad electoral [STSJ de Cantabria de 13 de abril de 1999; crónica VII.2.A; I.L. J 600]

– Prioridad de permanencia [STSJ de Valencia de 13 de enero de 1999; crónica VII.2.C; I.L. J 336]

Secciones sindicales

– Régimen jurídico. Convenio colectivo aplicable tras la subrogación [STSJ de Extremadura de 14 de enero de 1999; crónica VII.1.C; I.L. J 60]

– Alcance del derecho de información de las representaciones sindicales [SSTS de 3 de febrero y 11 de marzo de 1999; crónica VII.1.D; I.L. J 71 y 447]

– Local para actividades sindicales. Uso compartido [STSJ de Galicia de 5 de marzo de 1999; crónica VII.1.D; I.L. J 352]

Sindicatos

– Régimen jurídico. Impugnación de la sanción impuesta a cargos sindicales [STS de 26 de abril de 1999; crónica VII.1.A; I.L. J 573]

– Representatividad. Falta de legitimación de un sindicato para negociar acuerdos autonómicos sobre empleo y sistemas de solución de conflictos [SSTS de 30 de noviembre de 1998 y 30 de enero de 1999; crónica VII.1.B; I.L. J 127/1999 y 50]

– Tutela de la libertad sindical. Resarcimiento de los daños [STSJ de Cantabria de 7 de enero de 1999; crónica VII.1.E; I.L. J 326]

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Comisión negociadora

– Cómputo de la mayoría requerida para la adopción de acuerdos: aplicación del criterio del “voto proporcional” [STS de 22 de febrero de 1999; crónica VIII.3; I.L. J 186]

Contenido normativo

– Disposición de los derechos reconocidos en las cláusulas normativas. Admisión: acto bilateral y condicionado de disposición [STS de 27 de abril de 1999; crónica VIII.6.D; I.L. J 577]

– Inclusión de las cláusulas sobre estructura de la negociación y reglas de solución de los conflictos de concurrencia entre convenios [STS de 18 de febrero de 1999; crónica VIII.6.A; I.L. J 417]

– Inmunidad de lo acordado en conciliación respecto a las condiciones de trabajo que pueda establecer un convenio colectivo posterior [STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 1999; crónica VIII.5 y 6.B; I.L. J 394]

– Límites: respeto de los mínimos establecidos por el convenio sectorial [STS de 18 de febrero de 1999; crónica VIII.6.B; I.L. J 417]

– Límites. Sector público. Inaplicación de la cláusula de incremento salarial afectada por una posterior Ley presupuestaria [STS de 16 de febrero de 1999; crónica VIII.6.B; I.L. J 413]

– Modificación durante la vigencia del convenio: condiciones. Nulidad del pacto modificativo que excede de lo previsto en el propio convenio y que no cuenta con el respaldo unánime de todas las representaciones que suscribieron éste [STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 1999; crónica VIII.6.C; I.L. J 390]

– No alcanza a la inclusión del pacto de ampliación de capital [STS de 14 de abril de 1999; crónica VIII.6.A; I.L. J 557]

Convenios colectivos “extraestatutarios”

– Ultraactividad. Desestimación [STS de 25 de enero de 1999; crónica VIII.8; I.L. J 37]

Duración

– Ultraactividad. Las reglas del ET solamente resultan aplicables a los convenios “estatutarios” [STS de 25 de enero de 1999; crónica VIII.4; I.L. J 37]

– Ultraactividad. Se extiende a las cláusulas sobre estructura de la negociación y solución de los conflictos de concurrencia entre convenios [STS de 18 de febrero de 1999; crónica VIII.4; I.L. J 417]

Eficacia

– General: conviene al acuerdo de modificación sustancial y colectiva de condiciones de trabajo [STS de 21 de diciembre de 1998; crónica VIII.5; I.L. J 133]

– No alcanza a lo acordado en una conciliación judicial anterior [STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 1999; crónica VIII.5; I.L. J 394]

Impugnación “directa”

– Carga de la prueba. Corresponde a quien impugne el convenio [STS de 15 de marzo de 1999; crónica VIII.7.C; I.L. J 452]

– Legitimación activa. Estimación: representación no firmante [STS de 21 de diciembre de 1998; crónica VIII.7.B; I.L. J 133/1999]

– Legitimación activa. No la tiene quien haya negociado y firmado el convenio [STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999; crónica VIII.7.B; I.L. J 248]

– Legitimación activa. Para la impugnación del convenio por lesivo del interés de terceros. Denegación por no tener la condición de tales: jubilados de las empresas afectadas por el convenio [STS de 9 de febrero de 1999; crónica VIII.7.B; I.L. J 410]

– Legitimación activa. Para la impugnación del convenio por lesivo del interés de terceros. Estimación: asociación de empresas de trabajo temporal que estima lesiva la cláusula de un convenio de la construcción que impone la asunción de condiciones salariales por parte de dichas empresas [STSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica VIII.7.B; I.L. J 340]

– Procedimiento. Sujeción a los trámites del proceso de conflicto colectivo: necesidad de integrar tales trámites con las reglas de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos [STS de 26 de marzo de 1999 y STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999; crónica VIII.7.A; I.L. J 490 y 248]

Impugnación de laudos arbitrales

– Competencia del orden jurisdiccional social [STS de 27 de enero de 1999; crónica VIII.7.D; I.L. J 55]

– Procedimiento. Modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos [STS de 27 de enero de 1999; crónica VIII.7.D; I.L. J 55]

Legitimación para negociar

– Acreditación: insuficiencia del autocertificado emitido por la propia entidad que pretende ostentar la legitimación [STS de 15 de marzo de 1999; crónica VIII.2; I.L. J 452]

– Debe existir en el momento en que se inicia la negociación [STS de 15 de marzo de 1999; crónica VIII.2; I.L. J 452]

– Para la válida constitución de la comisión negociadora. Asociaciones empresariales: sólo se requiere que las mismas representen a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio [STSJ de Aragón de 20 de enero de 1999; crónica VIII.2; I.L. J 227]

Vigencia (véase duración)

IX. SEGURIDAD SOCIAL

ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Indemnizaciones

– Detracción o cómputo de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas a un beneficiario a la hora de determinar la indemnización de daños y perjuicios procedente por accidente de trabajo [STS de 17 de febrero de 1999; crónica IX.7.A; I.L. J 416]

– Indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo. No cabe aminorar aquélla con el recargo por falta de medidas de seguridad ni con el seguro previsto en convenio colectivo [STSJ de Asturias de 26 de marzo de 1999; crónica IX.7.A; I.L. J 349]

Recargo de prestaciones

– Falta de medidas de seguridad y recargo de prestaciones. Falta de incompatibilidad entre el recargo y la sanción penal [STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica IX.7.B; I.L. J 294]

– Ponderación de las circunstancias concurrentes en un accidente de trabajo en orden a la determinación del concreto recargo a aplicar por falta de medidas de seguridad [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 1999; crónica IX.7.B; I.L. J 609]

PRESUNCIÓN DE LA NATURALEZA LABORAL DEL ACCIDENTE EX ART. 115 LGSS

– Imposibilidad, en abstracto, de determinar una concreta tasa de alcoholemia como causante de imprudencia temeraria [STS de 31 de marzo de 1999; crónica IX.7.C; I.L. J 516]

– La posible existencia de episodios cardíacos recientes no desvirtúa la presunción legal de accidente de trabajo [STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 1999; crónica IX.7.C; I.L. J 536]

– La predisposición patológica común del afectado no impide la calificación de accidente laboral a los infartos y otras afecciones agudas cardíacas y vasculares o circulatorias [STSJ de Navarra de 23 de abril de 1999; crónica IX.7.C; I.L. J 612]

ASISTENCIA SANITARIA

Indemnización por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios

– Existe una responsabilidad objetiva por parte del Estado en indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos [STSJ de Navarra de 26 de abril de 1999; crónica IX.9.A; I.L. J 613]

Reintegro de gastos médicos por recurso a la medicina privada

– Para que proceda el reintegro de los gastos sanitarios es requisito imprescindible que se haya producido una urgencia vital que ponga en peligro la vida del beneficiario o su curación definiti-

va con imposibilidad auténtica de acudir a la medicina oficial de la Seguridad Social [STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 1999; crónica IX.9.B; I.L. J 56]

– Es cuestionable la posibilidad de solicitar el reintegro de gastos médicos a la Seguridad Social, en aquellos casos en que existe una denegación injustificada de asistencia por parte de los correspondientes servicios del Sistema Nacional de Salud [STSJ de Extremadura de 20 de enero de 1999; crónica IX.9.B; I.L. J 62]

– Los intereses en el caso de reclamación del reintegro de gastos médicos sólo se devengan desde que la cantidad reclamada es líquida y concreta [STSJ de Valencia de 12 de enero de 1999; crónica IX.9.B; I.L. J 334]

– No procede el reintegro de gastos médicos cuando no exista urgencia vital que ponga en peligro la vida o integridad física de la persona [STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 1999; crónica IX.9.B; I.L. J 382]

CAMPO DE APLICACIÓN

– El Reglamento (CEE) núm. 1408/711 se aplica a una persona que, en el momento de entrar en vigor dicho Reglamento en un Estado miembro reside en dicho Estado después de haber ejercido anteriormente en él un empleo y percibe por este motivo una prestación en virtud del régimen de Seguridad Social del citado Estado miembro [STJCE de 11 de junio de 1998; crónica IX.2; I.L. J 1/1999]

– El artículo 10 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 4 de junio de 1971, se aplica a una prestación destinada a minusválidos no contributiva e independiente de los recursos del beneficiario [STJCE de 11 de junio de 1998; crónica IX.2; I.L. J 2]

– El RD 799/1985, de 25 de mayo, sobre incentivos a la contratación de Jóvenes Trabajadores exclu-

ye de su ámbito de aplicación a las empresas a las que les sea de aplicación el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón [STS de 24 de febrero de 1999; crónica IX.2; I.L. J 236]

– Los trabajadores dedicados a labores de extinción de incendios en empresas de prevención y extinción de incendios a explotaciones agrarias y a fincas forestales se encuadran en el Régimen General [STS de 3 de marzo de 1999; crónica IX.2; I.L. J 199]

– Los Administradores y Gerentes de empresas, que sean al tiempo propietarios de más de la mitad de las acciones de la Sociedad, no están obligados a la afiliación al Régimen General de la Seguridad Social [STS de 13 de abril de 1999; crónica IX.2; I.L. J 585]

– Los vendedores del cupón de la “ONCE” se encuadran en el Régimen General y no en el Régimen de los representantes de comercio [STS de 14 de abril de 1999; crónica IX.2; I.L. J 586]

COTIZACIÓN

– Responsabilidad de la empresa en supuestos de infracotización [STS de 2 de febrero de 1999; crónica IX.5; I.L. J 70]

– Responsabilidad empresarial de empresas de limpieza por incorrecta elección del epígrafe de primas de accidente de trabajo y enfermedad profesional [SSTS de 9 y 10 de febrero de 1999; crónica IX.5; I.L. J 232 y 233]

ENCUADRAMIENTO

– Fecha de afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social. No se valora, a efectos de invalidez, el proceso patológico iniciado antes del alta en la Seguridad Social, salvo agravación transcendental posterior [STS de 26 de enero de 1999; crónica IX.3; I.L. J 144]

– Situación asimilada al alta: paro involuntario de quien ha dejado de pertenecer al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La baja

voluntaria no quiere decir que el cese de actividad por cuenta propia haya de ser imputable al asegurado. Pensión de viudedad: Estimación [STS de 23 de febrero de 1999; crónica IX.3; I.L. J 187]

– Situación asimilada al alta: paro involuntario tras agotar las prestaciones por desempleo. También tienen derecho a las pensiones si el causante ha cotizado 15 años como mínimo. Prestaciones de viudedad y orfandad. Estimación [STSJ de Aragón de 8 de febrero de 1999; crónica IX.3; I.L. J 84]

GESTIÓN

– Reclamación de oficio por el INSS del reintegro de complementos por mínimos [SSTS de 19 y 26 de enero de 1999; crónica IX.4; I.L. J 139 y 145]

– Competencia del INSS y no de la Mutua concertada, en la calificación del origen del riesgo [STS de 26 de enero de 1999; crónica IX.4; I.L. J 41]

INCAPACIDAD TEMPORAL

Competencia de Entidad Gestora para la calificación del hecho causante y para el pago de la prestación

– Cabe atribuir al INSS y no a la mutua de accidente de trabajo, la competencia para la calificación del origen o hecho causante de las lesiones generadoras de incapacidad temporal [STS de 26 de enero de 1999; crónica IX.10.A; I.L. J 42]

– Sobre las prestaciones por desempleo abonadas por el Ente Gestor durante la situación de incapacidad temporal, abonando la Mutua una cantidad residual en concepto de incapacidad temporal y la posible aplicación del art. 1158 del CC [STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 1999; crónica IX.10.A; I.L. J 89]

Incapacidad temporal en los Regímenes Especiales

– Es posible impedir el reconocimiento de prestaciones por incapacidad temporal en el Régimen

Especial de Trabajadores Autónomos por la existencia de cuotas atrasadas por parte del trabajador [STS de 27 de enero de 1999; crónica IX.10.B; I.L. J 43]

– Para causar derecho a las prestaciones del Régimen Especial Agrario es requisito indispensable estar al corriente en el pago de las cuotas [STS de 23 de diciembre de 1998; crónica IX.10.B; I.L. J 125]

– Se reconoce el derecho a prestación de incapacidad temporal a un asegurado del Régimen Agrario del grupo de trabajadores por cuenta propia por recaída en relación a enfermedad común [STS de 1 de febrero de 1999; crónica IX.10.B; I.L. J 157]

– En el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la prestación de incapacidad temporal está condicionada a la solicitud previa [STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 1999; crónica IX.10.B; I.L. J 425]

– Ha de considerarse como una situación asimilada al alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el periodo de noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produce la baja de dicho régimen [STS de 16 de abril de 1999; crónica IX.10.B; I.L. J 565]

La prestación económica de incapacidad temporal: sujetos, hecho causante, requisitos de acceso, duración, plazos de reclamación

– En el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal, rige por mandato del art. 95 de la LGSS de 1966 el principio de automaticidad de prestaciones [STS de 1 de febrero de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 68]

– Es posible la adquisición por el trabajador del derecho a las prestaciones por incapacidad temporal cuando encontrándose en dicha situación, cesa en la relación laboral [STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 102]

– Puede computarse el periodo de 18 meses del plazo máximo de duración de la incapacidad tem-

poral a efectos de completar el periodo de carencia preciso para tener derecho a las prestaciones de invalidez permanente [STS de 18 de enero de 1989; crónica IX.10.C; I.L. J 137]

– Reincorporado el trabajador, tras periodo de incapacidad temporal y posterior denegación de la pensión de invalidez, puede volver a causar baja médica y solicitar incapacidad temporal [STS de 1 febrero de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 162]

– Tras denegación del subsidio de incapacidad temporal por carencia de requisito, puede tenerse derecho al mismo si posteriormente, tras intervalo de alta médica, y en relación a la misma dolencia consigue integrar tal requisito [STS de 18 de febrero de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 184]

– Es posible continuar percibiendo el subsidio por incapacidad temporal en los casos en que se dé de alta al trabajador y se emita informe propuesta considerando al trabajador afectado de una presunta invalidez permanente [STS de 5 de marzo de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 204]

– Tramitado expediente de invalidez permanente total, posteriormente en relación a nueva enfermedad el trabajador puede causar derecho a la prestación económica de incapacidad temporal [STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 374]

– No deben reintegrarse las prestaciones básicas y complementarias por incapacidad temporal satisfechas por la empresa, a la vez que se percibe pensión vitalicia de invalidez permanente, si la primera prestación se pacta como mejora voluntaria [STSJ de Asturias de 16 de abril de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 362]

– Durante el plazo de prórroga de treinta meses de incapacidad temporal, subsiste el derecho del trabajador a continuar percibiendo las prestaciones económicas [STSJ de Asturias de 30 de abril de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 363]

– En caso de incapacidad temporal y finalización de la relación laboral, el día inicial de cómputo del plazo de caducidad para demandar por despido no se altera [STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 372]

– Los fallos cardíacos, vasculares o circulatorios se conceptúan como lesión corporal [STS de 18 de marzo de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 471]

– El alta médica de la MATEP sin cuantificación de la base reguladora genera en el acto de juicio indefensión para el trabajador [STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 527]

– No cabe el reintegro de prestaciones por incapacidad temporal abonadas en régimen de pago delegado [STS de 26 de abril de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 588]

– La empresa carece de legitimación activa para solicitar la declaración de accidente de trabajo de un trabajador [STSJ de Murcia de 21 de abril de 1999; crónica IX.10.C; I.L. J 611]

INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

– El recurso frente a la extinción del subsidio por desempleo, impuesta como sanción por la Administración laboral por infracción grave, es competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo [STSJ de Galicia de 26 de enero de 1999; crónica IX.13; I.L. J 281]

MATERNIDAD

– Cuestión prejudicial de Seguridad Social sobre los trabajadores migrantes referida al ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y subsidio por maternidad, sobre el derecho a seguir recibiendo las prestaciones después de haber trasladado la residencia a otro Estado miembro [STJCE de 11 de junio de 1998; crónica IX.11; I.L. J 1/1999]

– Descanso parental de cuatro semanas y pago de la prestación económica de maternidad [STSJ del País Vasco de 9 de febrero de 1999; crónica IX.11; I.L. J 368]

PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

– La falta de reclamación previa no es un vicio insubsanable que comporte la nulidad de actuaciones en las demandas contra la Tesorería [STSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de abril de 1999; crónica IX.14; I.L. J 593]

RECAUDACIÓN

Liquidación de cuotas y Cooperativa de trabajo asociado

– Liquidación de cuotas por falta de alta y cotización de socios trabajadores [STS de 25 de enero de 1999; crónica IX.6.B; I.L. J 54]

Reintegro de prestaciones indebidas

– Concurrencia de pensiones públicas. Reducción proporcional y reintegro [STSJ de Navarra de 26 de febrero de 1999; crónica IX.6.A; I.L. J 105]

– Complemento por mínimos indebidamente percibidos. Devolución. Acuerdo de oficio por el INSS [STS de 16 de abril de 1999; crónica IX.6.A; I.L. J 564]

– INEM. Reintegro de prestaciones indebidas. Obligación de reintegro [STSJ de Navarra de 26 de febrero de 1999; crónica IX.6.A; I.L. J 113]

– Reintegro de cantidades indebidamente percibidas. Complemento por mínimos [STSJ de Murcia de 4 de febrero de 1999; crónica IX.6.A; I.L. J 237]

– Reintegro de prestaciones indebidas. Plazos de prescripción [STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 1999; crónica IX.6.A; I.L. J 101]

– Reintegro de prestaciones indebidas. Complemento de mínimos. Capacidad del INSS para reducir la pensión por debajo del salario mínimo interprofesional [STS de 9 de marzo de 1999; crónica IX.6.A; I.L. J 441]

RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

– Los efectos económicos de la prestación por desempleo comienzan en la fecha de la extinción contractual y no desde la fecha de su acreditación o declaración formal [STS de 27 de enero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 44]

– Los efectos económicos de la prestación de jubilación se retrotraen a la fecha de cese en el trabajo y no al momento de la solicitud de la misma [STSJ de Cataluña de 15 de enero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 274]

– Los efectos económicos de la pensión de incapacidad permanente total comienzan desde la solicitud de la invalidez y no desde la fecha posterior del dictamen de la UVMI [STS de 18 de enero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 18]

– El verdadero importe de toda pensión es el inicial aumento por la aplicación de los incrementos porcentuales que la actualizan, sin perjuicio de que anualmente se establezcan determinados topes o límites para su pago [STS de 2 de febrero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 163]

– A pesar de que el cese en la actividad, como fijo discontinuo en una Cooperativa de trabajo asociado no genera situación legal de desempleo conforme a la normativa reglamentaria aplicable a los socios de cooperativas, dicha situación es asimilable a quien se encuentra sin trabajo, pudiendo y queriendo trabajar [STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 1999; crónica IX.8; I.L. J 245]

– No es posible aplicar el recargo por faltas de medidas de seguridad a las mejoras y revaloriza-

ciones que experimente la pensión básica [STSJ de Galicia de 30 de enero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 284]

– La denegación por la entidad gestora de la reanudación del subsidio de desempleo no es una revisión del acto declarativo del derecho que inicialmente se otorgó cuando hay una variación en la situación que permitió conceder tal derecho [STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 304]

– En los supuestos en los que el asegurado no ha podido completar el periodo de carencia de la pensión de jubilación por incumplimiento de la obligación de alta y cotización de uno de los empresarios para los que prestó servicios, la responsabilidad de la prestación debe ser repartida entre la entidad gestora y la empresa incumplidora, siendo la parte correspondiente a ésta proporcional al tiempo de cotización que restaba para completar el periodo de carencia [STS de 25 de enero de 1999; crónica IX.8; I.L. J 401]

– El INSS carece de potestad para ordenar, con carácter imperativo y fuerza ejecutiva, el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por no aplicación de los topes legales fijados para las pensiones públicas [STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de marzo de 1999; crónica IX.8; I.L. J 522]

REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

– No procede efectuar el alta de oficio en base a la extinta afiliación sindical obligatoria [STS de 28 de enero de 1999; crónica IX.12.A; I.L. J 48]

– Alta con efecto retroactivo a extranjero que no conoció puntualmente una modificación legal [STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 1999; crónica IX.12.A; I.L. J 107]

– Las cotizaciones anteriores al alta computan para las prestaciones causadas entre 1 de enero de

1994 y 1 de enero de 1998 [STSJ de Madrid de 4 de marzo de 1999; crónica IX.12.A; I.L. J 540]

Régimen Especial Agrario

– Tras efectuar trabajos sujetos al Régimen General, no pervive la anterior inscripción en el REA [STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 1999; crónica IX.12.B; I.L. J 88]

– Las cuotas prescritas y no pagadas no pueden exigirse en el requisito de hallarse al corriente de pago [STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife); crónica IX.12.B; I.L. J 597]

Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

– Responsabilidad en caso de adquisición de un buque: es solidaria e ilimitada en el tiempo y en las transmisiones, el adquirente no es tercero hipotecario, la prescripción se inicia cuando el ente gestor conoce al deudor [STS de 3 de marzo de 1999; crónica IX.12.C; I.L. J 518]

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

DESEMPLEO

Beneficiarios

– Las nuevas formas de empleo colectivo no excluyen necesariamente la laboralidad en situaciones de concurrencia de relaciones jurídicas diferentes [STS de 14 de octubre de 1998; crónica X.1.C.a; I.L. J 1448]

– Reconocimiento de la prestación a socios trabajadores de sociedades laborales [STS de 17 de mayo de 1999; crónica X.1.C.a; I.L. J 781]

– Exclusión del derecho cuando la sociedad deja de tener el número mínimo legal de socios [STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 1999; crónica X.1.C.a; I.L. J 535]

– La condición de director comercial, con poderes para actuar en nombre y representación de la sociedad, no es incompatible con la prestación [STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1999; crónica X.1.C.a; I.L. J 719]

– Determinación de los datos relevantes para acreditar la ajenidad en trabajos para empresas familiares [STSJ de Andalucía de 14 de enero de 1999; crónica X.1.C.a; I.L. J 677]

– No existen reglas fijas para la destrucción de la prueba del carácter de extralaboralidad de la relación de servicios [STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999; crónica X.1.C.a; I.L. J 280]

– La destrucción de la presunción de extralaboralidad no puede basarse sólo en elementos formales [STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1998; crónica X.1.C.a]

– Supuestos en que se admite la destrucción de la presunción de extralaboralidad en caso de trabajadores vinculados con relación de parentesco [STS de 18 de marzo de 1998 y STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999; crónica X.1.C.a; I.L. J 530]

Complemento económico empresarial

– No tiene carácter autónomo [STS de 20 de enero de 1999; crónica X.1.E; I.L. J 26]

Cuantía de las prestaciones

– Ampliación del beneficio legal del 220 por ciento SMI a los abuelos que asumen las cargas familiares por fallecimiento de los padres [STS de 13 de junio de 1998; crónica X.1.C.d; I.L. J 916]

– En caso de dos actividades habrá que estar al promedio de cotización en los 6 meses anteriores en ambas actividades [STSJ de Andalucía de 8 de enero de 1998; crónica X.1.C.d]

– La cuantía a percibir por los fijos discontinuos es proporcional a las horas trabajadas en común

puto anual [STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 1998; crónica X.1.C.d]

Desempleo parcial

– El reconocimiento de esta prestación no precisa ni autorización administrativa ni el acuerdo de los representantes, cuando se trate de modificación individual [STSJ de Galicia de 10 de febrero de 1999; crónica X.1.C.c; I.L. J 305]

– No cabe reconocimiento cuando el contrato a tiempo parcial se realiza con la misma empresa [STSJ de Andalucía de 30 de enero de 1998; crónica X.1.C.c]

– Acceso a la prestación de desempleo parcial mediante fórmulas de pluriempleo con reducción de la prestación al 50 por ciento [STSJ de Castilla y León/Burgos de 16 de noviembre de 1998; crónica X.1.C.c]

Dinámica de las prestaciones

– Retroacción de los efectos económicos al momento de la extinción empresarial [SSTS de 27 de enero y 22 de marzo de 1999; crónica X.1.C.d; I.L. J 43 y 479]

– Reconocimiento del plazo excepcional de 3 meses por ser cronológicamente inaplicable el nuevo art. 45.3 LGSS [STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 1998; crónica X.1.C.d]

– Procede el reconocimiento del carácter indebido de toda la cuantía recibida, al margen de su prueba concreta por el INEM [STSJ de Aragón de 15 de febrero de 1999; crónica X.1.C.d; I.L. J 86]

– Son indebidas las prestaciones recibidas una vez finalizado el contrato por extinción empresarial autorizada por una resolución luego declarada nula [STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1998; crónica X.1.] No en cambio cuando la Resolución posterior sólo revoca parcialmente la

precedente [STSJ de Andalucía de 8 de abril de 1999; crónica X.1.C.d]

– Derecho a la reanudación del subsidio incluso cuando haya mediado previamente un periodo de actividad por cuenta propia, en virtud de la valoración positiva del trabajo, sea por cuenta ajena o por cuenta propia [SSTS de 18 y 24 de marzo de 1998; crónica X.1.C.d]

– La reanudación del subsidio está condicionado al cumplimiento de nuevo de los requisitos [STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1999; crónica X.1.C.d; I.L. J 304]

– Plazo de prescripción de la acción de revisión y factores que interrumpen, no suspenden, dicho plazo de 5 años [STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 1999; crónica X.1.C.d; I.L. J 687]

Incompatibilidades

– Incompatibilidad con la situación de alta en el RETA y en el IAE [SSTS de 4 de noviembre de 1997 y 13 de octubre de 1998 y SSTSJ de Andalucía de 19 de enero de 1998 y 5 de marzo de 1999; crónica X.1.C.f y X.1.D.d]

– Incompatibilidad entre subsidio para mayores de 45 años y para mayores de 52 años [STSJ de Galicia de 9 de marzo de 1999; crónica X.1.D.d; I.L. J 355]

Jurisdicción competente

– Vigencia actual del sistema de diferenciación de jurisdicciones en atención a la Entidad sancionadora [STSJ de Galicia de 26 de enero de 1999; crónica X.1.B; I.L. J 281]

Requisitos de acceso

– No existe situación legal de desempleo por falta de impugnación [STSJ de Galicia de 30 de julio de 1999; crónica X.1.C.b]

- Concurre el requisito de la impugnación del despido aunque se hubiese seleccionado una vía preprocesal errónea [STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1998; crónica X.1.C.b]
 - Se admite la situación legal de desempleo aunque la reducción sea inferior a 35 días, siempre que se respete el mínimo legal [STS de 1 de junio de 1999; crónica X.1.C.b; I.L. J 873]
 - La declaración de situación legal de desempleo, de nivel contributivo, para los trabajadores agrarios requiere la condición de fijeza [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de marzo de 1999; crónica X.1.C.e; I.L. J 381]
 - También para el reconocimiento de las prestaciones de nivel asistencial se requiere la inscripción en la oficina pública de empleo, pero se descarta la necesidad de que sea ininterrumpida [STS de 27 de febrero y 3 de junio de 1997; crónica X.1.D.a]
 - La situación de insuficiencia de rentas habrá de mantenerse durante toda la vida del subsidio [STS de 24 de febrero de 1998; crónica X.1.D.a]
 - Interpretación pro beneficiario en orden a la aplicación del principio de automaticidad también a los subsidios [SSTS de 30 de marzo y 7 de mayo de 1998; crónica X.1.D.a]
 - Interpretación amplia del concepto de “rentas de cualquier naturaleza” del art. 215.1 LGSS [STSJ de Andalucía de 12 de febrero de 1998; crónica X.1.D.a], que incluye pluses de transporte, rendimientos de indemnización de despido y deber de administración diligente [STSJ de Madrid de 18 de febrero de 1999; crónica X.1.D.a; I.L. J 315]
- ### Subsidios por desempleo
- Inexigibilidad del periodo de cotización mínima de 1 año para el acceso al subsidio de mayores de 52 años, según la jurisprudencia comunitaria [STS de 9 de febrero de 1999; crónica X.1.D.b.b'; I.L. J 169]
 - Concurrencia del periodo de seguro mínimo, independientemente del país miembro en el que se cotiza [SSTS de 8 de febrero y 25 de marzo de 1999; crónica X.1.D.b.b'; I.L. J 404 y 486]
 - Aplicación de la doctrina del paréntesis al periodo de carencia específica [STS de 25 de mayo de 1999; crónica X.1.D.b.b']
 - El reconocimiento del subsidio para emigrantes retornados requiere la condición de trabajador por cuenta ajena no cuando se trata de actividad formativa [STSJ de Galicia de 25 de enero de 1999; crónica X.1.D.b.d'; I.L. J 279]
 - La determinación de la insuficiencia de rentas para el reconocimiento del subsidio de desempleo para eventuales del campo incluye también las prestaciones sociales [STSJ de Andalucía de 29 de enero de 1999; crónica X.1.D.b.c'; I.L. J 683]
 - Inclusión en la unidad o grupo familiar también los hijos privativos de un cónyuge [STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 1999; crónica X.1.D.b.a'; I.L. J 694]
- ### INCAPACIDAD PERMANENTE
- #### Modalidad contributiva
- Incapacidad permanente total. Requisitos de la declaración [STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999 y STS de 26 de enero de 1999; crónica X.3.A.a.c'; I.L. J 272 y 144]
 - Gran invalidez. Reconocimiento [STS de 5 de mayo de 1999; crónica X.3.A.a.e'; I.L. J 746]
 - Requisitos del beneficiario. Inclusión en el campo de aplicación y en alta o situación asimilada al alta [SSTS de 18 de enero y 9 de abril de 1999 y SSTSJ de Castilla y León de 8 de marzo y 19 de abril de 1999 y TSJ de Aragón de 10 de abril de 1999; crónica X.3.A.b; I.L. J 137, 565, 423, 604 y 253]

crónicas de jurisprudencia

– Prestaciones económicas. Clases y cuantía [STS de 5 de marzo de 1999 y SSTSJ de Galicia de 14 de abril de 1999 y TSJ de Cataluña de 21 de abril de 1999; crónica X.3.A.c.a'; I.L. J 437, 705 y 721]

– Prestaciones económicas. Base reguladora de las prestaciones [SSTS de 10, 13 y 18 de marzo de 1999; crónica X.3.A.c.b'; I.L. J 446, 636 y 470]

– Prestaciones económicas. Responsabilidad del pago [SSTS de 25 de enero y 17 de marzo de 1999; crónica X.3.A.c.c'; I.L. J 633 y 468]

– Dinámica de la protección. Momento en que despliega sus efectos la declaración de incapacidad [SSTS de 18 de enero, 2 de febrero y 26 de marzo de 1999; crónica X.3.A.d; I.L. J 18, 634 y 495]

– Compatibilidad entre prestación por incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo y pensión por incapacidad total derivada de enfermedad profesional [STS de 21 de junio de 1999; crónica X.3.A.e; I.L. J 907]

Modalidad no contributiva

– Requisitos del beneficiario. No es posible acudir al sistema de valoración propio de modalidad contributiva cuando no ha existido calificación previa en el procedimiento correspondiente [STS de 9 de diciembre de 1998; crónica X.3.B.b; I.L. J 128/1999]

– Dinámica de la prestación. Momento en que despliega sus efectos la declaración del derecho a la pensión de invalidez no contributiva [STS de 18 de marzo de 1999; crónica X.3.B.d; I.L. J 223]

JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA

Base reguladora

– Validez de la prueba de presunciones para determinar el carácter fraudulento de incre-

mentos injustificados en la base de cotización [STS de 4 de febrero de 1999; crónica X.2.A.b.a'; I.L. J 76]

– Eficacia prestacional de las cotizaciones efectuadas, al mismo tiempo, como desempleado y como clérigo diocesano [STSJ de Madrid de 23 de febrero de 1999; crónica X.2.A.b.a'; I.L. J 317]

– Modificación estatutaria que no afecta a Mutualistas anteriores que poseen ya un derecho adquirido [STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1999; crónica X.2.A.b.a'; I.L. J 549]

– Son computables cualesquiera servicios laborales, no funcionariales, prestados a las Administraciones Públicas con anterioridad a 1 enero 1959 [STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1999; crónica X.2.A.b.a'; I.L. J 550]

– Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación española que corresponde a trabajadores nacionales emigrantes a la Europa Comunitaria [SSTS de 9, 15 (2) y 16 de marzo y 15 de abril de 1999; crónica X.2.A.b.a'; I.L. J 442, 637, 638, 639 y 561]

Compatibilidad de pensiones

– Compatibilidad de pensión de jubilación en el Régimen General y en el RETA en supuestos de pluriactividad si se acredita la superposición de cotizaciones [STS de 28 de abril de 1999; crónica X.2.A.g; I.L. J 671]

Cuantía de la prestación

– Revalorización anual de las pensiones aunque los pagos anuales queden limitados por el tope máximo vigente [STS de 2 de febrero de 1999; crónica X.2.A.b.b'; I.L. J 163]

– Eficacia prestacional de cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formaliza-

ción del alta en el RETA [STSJ de Madrid de 4 de marzo de 1999; crónica X.2.A.b.b'; I.L. J 540]

– Distribución proporcional entre las pensiones públicas concurrentes del importe de la reducción que proceda por superar el tope máximo [STSJ de Navarra de 26 de enero de 1999; crónica X.2.A.b.b'; I.L. J 105]

Derecho Transitorio

– Derecho a una pensión SOVI de Vejez de quien cotizó al Mutualismo Laboral [STSJ de Aragón de 24 de marzo de 1999; crónica X.2.A.d; I.L. J 121]

– Cómputo recíproco de las cotizaciones efectuadas a una Mutualidad y al Régimen General [STS de 1 de febrero de 1999; crónica X.2.A.d; I.L. J 160]

Dinámica de la protección

– Retroacción de los efectos económicos a la fecha de jubilación del actor [STSJ de Cataluña de 15 de enero de 1999; crónica X.2.A.c; I.L. J 274]

– Derecho a la pensión de jubilación en el Régimen Especial Agrario, sin estar al corriente, por prescripción de cuotas [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 16 de abril de 1999; crónica X.2.A.c; I.L. J 597]

– La suspensión de la pensión por realización de trabajos por cuenta ajena, por los que se cotiza, no permite la variación posterior de la base reguladora [STS de 22 de marzo de 1999; crónica X.2.A.c; I.L. J 478]

Incompatibilidades

– Incompatibilidad en su disfrute, no en su reconocimiento, con prestaciones a favor de familiares [STS de 18 de enero de 1999; crónica X.2.A.g; I.L. J 21]

Jubilación anticipada

– Carácter restrictivo y causal de los coeficientes reductores de edad [STSJ de Aragón de 24 de febrero de 1999; crónica X.2.A.e; I.L. J 87]

– Aplicación del coeficiente reductor de edad en el Régimen Especial de la Minería del Carbón [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de abril de 1999; crónica X.2.A.e; I.L. J 601]

– Derecho a la jubilación anticipada de quien debió tener la condición de Mutualista cuando la falta de cotización es responsabilidad de la empresa [STS de 20 de diciembre de 1998; crónica X.2.A.e; I.L. J 1667]

Jubilación complementaria

– El acuerdo conciliatorio alcanzado en proceso de suspensión de pagos no alcanza a complementos correspondientes a fechas anteriores a la de efectos del mismo y tampoco el pacto colectivo posterior sin eficacia *erga omnes* [SSTS de 4, 16 y 17 de febrero de 1999; crónica X.2.A.f; I.L. J 75, 179 y 181]

– Los complementos de pensión establecidos en el convenio colectivo pueden ser modificados, reducidos o suprimidos por la contratación colectiva [SSTS de 9 de febrero y 30 de abril de 1999; crónica X.2.A.f; I.L. J 410 y 584]

– No procede el complemento de pensión cuando, concurriendo en el actor la doble condición de pensionista público (de Seguridad Social y de Clases Pasivas), se percibe ya el límite máximo de pensión pública [STSJ de Madrid de 30 de marzo de 1999; crónica X.2.A.f; I.L. J 552]

– El carácter fijo o variable del complemento de pensión depende de cómo se haya configurado jurídicamente [STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de abril de 1999; crónica X.2.A.f; I.L. J 591]

Pago de prestaciones

– Transferencia a las Comunidades Europeas del equivalente actuarial de los derechos de jubilación adquiridos en España [STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999; I.L. J 332]

Requisitos de acceso

– Cómputo recíproco de las cotizaciones efectuadas al Régimen General y al RETA y reconocimiento de la pensión en el régimen en que se acredite mayor número de cotizaciones [STS de 12 de mayo de 1999; crónica X.2.A.a; I.L. J 770]

– Reparto de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de alta y cotización entre la entidad gestora y la empleadora [STS de 25 de enero de 1999; crónica X.2.A.a; I.L. J 401]

– Validez y eficacia de las cuotas anteriores a la formalización del alta en el RETA [STSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de febrero de 1999; crónica X.2.A.a; I.L. J 695]

– No tienen validez para completar el período de carencia específica las cotizaciones efectuadas con posterioridad al hecho causante [STSJ de Canarias/Las Palmas de 12 de febrero de 1999; crónica X.2.A.a; I.L. J 365]

JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA

– La igualdad de trato establecida por las normas comunitarias se aplica siempre que se mantenga la condición laboral, aun no estando en activo [STS de 30 de marzo de 1999; crónica X.2.B.a; I.L. J 510]

– Existe el requisito de carencia de ingresos cuando los ingresos que se reciben son inferiores al importe de la pensión solicitada [STSJ Andalucía/Málaga de 26 de marzo de 1999; crónica X.2.B.b; I.L. J 529]

MUERTE Y SUPERVIVENCIA**Cuantía**

– Pensión complementaria de viudedad de la Mutualidad de la Previsión. Requisitos [SSTSJ de Madrid de 18 de febrero de 1999 y TSJ de Cataluña de 19 de abril de 1999; crónica X.4.C; I.L. J 316 y 720]

Dinámica de la protección

– Determinación de la fecha de los efectos de la revisión de la base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad [SSTS de 8 y 18 de marzo de 1999; crónica X.4.D; I.L. J 438 y 470]

Requisitos de los beneficiarios

– Viudedad. Derecho a percibo de la pensión íntegra en supuesto de convivencia reanudada y para cónyuge superviviente separado que no concorra con otro beneficiario [SSTSJ de Asturias de 29 de enero de 1999 y TSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999; crónica X.4.B.a; I.L. J 152 y 311]

– Orfandad. Beneficiarios mayores de 18 años. Necesidad de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo [STS de 28 de abril de 1999; crónica X.4.B.b; I.L. J 672]

– Recuperación de la prestación para los que cumplieron 18 años antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1997 [STS de 12 de mayo de 1999; crónica X.4.B.b; I.L. J 774]

– Pensión en favor de familiares. Alcance del concepto jurídico indeterminado “vivir a expensas” [SSTS de 18 de enero y 9 de marzo de 1999 y STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 1999; crónica X.4.B.c; I.L. J 21, 212 y 692]

Requisitos del sujeto causante

– Se considera situación asimilada al alta el paro involuntario, aunque haya periodos de no ins-

cripción [STSJ de Aragón de 8 de febrero de 1999; crónica X.4.A; I.L. J 84]

– No hay situación asimilada al alta en periodos largos de inactividad sin inscripción [SSTSJ de Murcia de 25 de enero de 1999 y TSJ de Madrid de 9 de febrero de 1999 y STS de 3 de febrero de 1999; crónica X.4.A; I.L. J 63, 313 y 187]

– Necesidad de ser huérfano de padre. No se asimila la situación de separación legal [STSJ del País Vasco de 20 de abril de 1999; crónica X.4.A; I.L. J 618]

– La declaración de invalidez del causante posterior al fallecimiento no afecta a los derechos de los causahabientes [STS de 5 de marzo de 1999; crónica X.4.A; I.L. J 203]

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Competencias estatales y autonómicas

– Invalidez permanente: declaración; competencia del INSS [STS de 8 de marzo de 1999; crónica XI.2.A; I.L. J 240]

– Procedimiento administrativo: preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativos a suplencia y órganos colegiados: inconstitucionalidad [STC 50/1999, de 6 de abril; crónica XI.2.A; I.L. J 126]

– Sanciones: potestad sancionadora sobre la obtención indebida de cuotas de Seguridad Social (art. 28.3 LISOS): competencia de la Administración estatal [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.2.A; I.L. J 51]

Infracciones en el orden social

– Empleo y prestaciones de desempleo: la competencia sancionadora respecto a la obtención indebida de reducciones de cuotas corresponde

al Estado [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.2.A; I.L. J 51]

– Empleo y prestaciones de desempleo: la sanción sobre la infracción prevista en el art. 29.3.2 LISOS no sólo implica la existencia de connivencia, sino también la obtención de beneficios [STS de 9 de marzo de 1999; crónica XI.5.C.b; I.L. J 241]

– Migración y trabajo de extranjeros: la infracción de emplear varios trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo exige la extensión de un acta por cada uno de ellos [STS de 31 de marzo de 1999; crónica XI.5.B.a]

– Seguridad Social: posibilidad de eludir la sanción impuesta a una Mutua mediante la aplicación retroactiva de una norma posterior a la infracción, si se reúnen los nuevos requisitos [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.5.C.a]

Inspección de Trabajo

– Actas; criterios de graduación de la sanción: la previa autorización administrativa concedida a una Mutua constituye una atenuante respecto a su falta de adecuación a nuevos requisitos [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.5.B.a]

– Actas; formalización: la infracción de emplear varios trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo exige la extensión de un acta por cada uno de ellos, no siendo posible la acumulación de las diversas multas a efectos de alcanzar el umbral necesario para acceder al recurso de casación [STS de 31 de marzo de 1999; crónica XI.5.B.a]

– Actas; presunción de certeza en proceso laboral de oficio: en el caso enjuiciado, prevalece la prueba documental y de confesión practicada [STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999; crónica XI.5.B.b; I.L. J 398]

– Actas; presunción de certeza: no alcanza a las calificaciones jurídicas [STS de 19 de abril de 1999; crónica XI.5.B.b; I.L. J 587]

– Actas; presunción de certeza: se extiende a las practicadas por los Controladores Laborales [STS de 9 de marzo de 1999; crónica XI.5.B.b; I.L. J 241]

– Controladores Laborales: actas practicadas por controladores; necesidad de visado por Inspector conforme a Ley 42/1997 [SSTS de 16 de marzo de 1999; crónica XI.2.B; I.L. J 242 y 243]

Jurisdicción competente

– Orden contencioso-administrativo. Competencia. Seguridad Social. Actos de gestión recaudatoria que deben impugnarse ante el orden contencioso-administrativo. Determinación sobre la procedencia de la compensación de cuotas con cantidades abonadas por la empresa como prestaciones en régimen de pago delegado [STS de 26 de abril de 1999; crónica XI.6.B; I.L. J 588]

– Orden contencioso-administrativo. Incompetencia. La impugnación del laudo dictado como resultado de la imposición de un arbitraje obligatorio debe sustanciarse ante el orden social [STS de 27 de enero de 1999; crónica XI.3.B.a; I.L. J 55]

– Orden contencioso-administrativo. Incompetencia. Regulación de empleo. La pretensión relativa a que se declare la nulidad del acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores –y homologado por la autoridad laboral– por disponer ilícitamente de la indemnización legal debe sustanciarse ante el orden social [STS de 25 de enero de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 53]

– Orden social. Competencia. Actos que no son de gestión recaudatoria y, por tanto, se impugnan ante el orden social. Devolución o reintegro de prestaciones indebidamente percibidas [SSTS de Aragón de 30 de enero de 1999 y TSJ del País Vasco de 16 de febrero y de 2 de marzo de 1999; crónica XI.6.B; I.L. J 230, 370 y 393]

– Orden social. Competencia. Contratación por las AAPP: contratos administrativos concertados al amparo del RD 1465/1985. Si la figura ha sido utilizada con flagrante desviación, la relación debe reputarse laboral y, por tanto, los conflictos derivados corresponden al orden social [SSTS de 20 y 21 de enero, 18 de febrero y de 29 de marzo de 1999; crónica XI.6.A; I.L. J 24, 29, 185 y 502]

– Orden social. Competencia. Contratación por las AAPP: listas de espera. La impugnación de contrataciones efectuadas por organismos públicos sin tener en cuenta las listas de espera se sustancia ante el orden social [STS de 19 de enero de 1999 y STSJ de Asturias de 8 de febrero de 1999; crónica XI.6.A; I.L. J 140 y 154]

– Orden social. Competencia. Impugnación de acuerdo por el empleo en la comunidad andaluza por entidad sindical excluida de la negociación [STS de 30 de noviembre de 1998; crónica XI.3.B.b; I.L. J 127]

– Orden social. Competencia. Regulación de empleo. Las pretensiones relativas a la impugnación de la determinación de trabajadores afectados por el expediente, cuando la resolución administrativa no incluye una lista nominativa, son competencia del orden social [STS de 17 de marzo de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 465]

– Orden social. Competencia. Seguridad Social. Actos que no son de gestión recaudatoria y, por tanto, se impugnan ante el orden social. Requisitos de acceso a las prestaciones: estar al corriente de las cuotas. Discrepancias sobre el número de cuotas pendientes [STS de 2 de febrero de 1999; crónica XI.6.B; I.L. J 164]

– Orden social. Incompetencia. Contratación por las AAPP: contratos administrativos concertados al amparo del RD 1465/1985. Los conflictos derivados se sustancian ante el orden contencioso-administrativo a no ser que haya una flagrante desviación en la utilización de la figura [SSTS

de 18 y 22 de enero y 16 y 29 de marzo de 1999; crónica XI.6.A; I.L. J 17, 33, 461 y 502]

– Orden social. Incompetencia. Contratación por las AAPP: convocatoria. La impugnación de la convocatoria para provisión de plazas laborales de nuevo ingreso debe realizarse ante el orden contencioso-administrativo [SSTSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999 y TSJ de Extremadura de 16 de abril de 1999; crónica XI.6.A; I.L. J 246 y 258]

– Orden social. Incompetencia. La relación árbitro-RFEF no es laboral y, por tanto, los conflictos derivados no se pueden sustanciar en el orden social [STSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999; crónica XI.6.A; I.L. J 301]

– Orden social. Incompetencia. Regulación de empleo. Las pretensiones relativas a la impugnación de la determinación de trabajadores afectados por el expediente son competencia del orden contencioso-administrativo, incluso cuando se trata de un representante de los trabajadores [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 19]

– Orden social. Incompetencia. Seguridad Social. Actos de gestión recaudatoria que deben impugnarse ante el orden contencioso-administrativo. Resolución de la TGSS por la que se exigen cuotas correspondientes a períodos anteriores a formalizar el alta [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de marzo de 1999; crónica XI.6.B; I.L. J 384]

– Orden social. Incompetencia. Seguridad Social. Ayuda para prótesis dentaria. No forma parte del sistema de la Seguridad Social [STSJ de Aragón de 22 de marzo de 1999; crónica XI.6.B; I.L. J 120]

Procedimiento administrativo sancionador en el orden social

– Competencia sancionadora: la sanción de la obtención indebida de bonificaciones en cuotas

(art. 28.3 LISOS) corresponde al Estado [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.2.A; I.L. J 51]

– Notificación de la resolución sancionadora: la imposibilidad de probar su carácter defectuoso o no se interpreta en beneficio del recurrente [STS de 19 de enero de 1999; crónica XI.5.A; I.L. J 52]

Regulación de empleo

– Despido colectivo. Afectados. Las pretensiones relativas a la impugnación de la determinación de trabajadores afectados por el expediente son competencia del orden contencioso-administrativo, incluso cuando se trata de un representante de los trabajadores [STS de 18 de enero de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 19]

– Despido colectivo. Afectados. Las pretensiones relativas a la impugnación de la determinación de trabajadores afectados por el expediente, cuando la resolución administrativa no incluye una lista nominativa, son competencia del orden social [STS de 17 de marzo de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 465]

– Despido colectivo. Indemnización. El abono de la misma debe efectuarse incluso cuando el afectado haya recurrido la resolución autorizatoria: inexistencia de contradicción [STS de 8 de marzo de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 207]

– Despido colectivo. Indemnización. La pretensión relativa a que se declare la nulidad del acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores –y homologado por la autoridad laboral– por disponer ilícitamente de la indemnización legal debe sustanciarse ante el orden social [STS de 25 de enero de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 53]

– Fuerza mayor extintiva. Noción. No puede considerarse como tal el cierre de una farmacia derivado de la muerte de su titular [STS de 9 de febrero de 1999; crónica XI.3.A.b]

– Fuerza mayor suspensiva. Noción. La huelga “externa” a la empresa, en ocasiones, atendiendo a su desarrollo, puede merecer tal consideración [STS de 24 de febrero de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 235]

– Suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Efectos. La anulación en sede contenciosa de la resolución que autorizaba la suspensión no genera el derecho a percibir de la empresa ninguna indemnización por daños en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir durante el período suspensivo [STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999; crónica XI.3.A.b; I.L. J 371]

Seguridad e higiene

– Puestos de trabajo penosos, tóxicos o peligrosos. Determinación: incompetencia de la Administración [SSTS de 14 y 28 de abril de 1999; crónica XI.3.A.a]

Seguridad Social

– Cotización: el epígrafe 117 de la Tarifa de Primas de cotización a accidente de trabajo y enfermedad profesional afecta al personal de limpieza de edificios, tanto interna como externa [SSTS de 9 y 10 de febrero y de 13 de abril de 1999; crónica XI.4.B.b; I.L. J 232 y 233]

– Cotización; bonificación de cuotas: denegación por no considerar desempleado a un minusválido socio fundador y consejero delegado de la entidad [STS de 10 de febrero de 1999; crónica XI.4.B.c; I.L. J 234]

– Cotización; bonificación de cuotas: los incentivos previstos en el RD 799/1985 sólo se aplican al régimen general [STS de 24 de febrero de 1999; crónica XI.4.B.c; I.L. J 236]

– Cotización; exoneración de cuotas: las empresas incluidas en un sector en reconversión tie-

nen derecho a este beneficio conforme a la Ley 27/1984, sin necesidad de presentar un plan concreto [STS de 25 de marzo de 1999; crónica XI.4.B.c]

– Cotización; exoneración de cuotas: supuesto de suspensión de la relación laboral por fuerza mayor [STS de 24 de febrero de 1999; crónica XI.4.B.c; I.L. J 235]

– Cotización; sujetos responsables: en el régimen especial de los trabajadores del mar, la responsabilidad solidaria en los supuestos de transmisión nace también para el propietario de la embarcación [STS de 3 de marzo de 1999; crónica XI.4.B.b; I.L. J 518]

– Encuadramiento: la invalidez de las actas inspectoras determina la nulidad de la resolución de alta y baja de oficio emitida por la Tesorería [STS de 12 de abril de 1999; crónica XI.4.B.a]

– Encuadramiento; consejeros delegados de SA: alta en el Régimen General si no son propietarios de más de la mitad de las acciones [STS de 13 de abril de 1999; crónica XI.4.B.a; I.L. J 585]

– Encuadramiento; socios trabajadores de cooperativa de trabajo asociado: alta en el Régimen General, si ésta es la elección de la cooperativa [STS de 25 de enero de 1999; crónica XI.4.B.a; I.L. J 54]

– Encuadramiento; vendedores del cupón de la ONCE: aplicación de las normas comunes del Régimen General, porque no deben equipararse a representantes de comercio [STS de 14 de abril de 1999; crónica XI.4.B.a; I.L. J 586]

– Incapacidad: la declaración de la invalidez permanente es competencia del INSS [STS de 8 de marzo de 1999; crónica XI.2.A; I.L. J 240]

– Jubilación: los coeficientes reductores de la edad previstos en el art. 21 del Estatuto Minero

son de aplicación a las actividades de metalurgia [STS de 25 de marzo de 1999; crónica XI.4.C]

– Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: adecuación a Derecho de los preceptos del RD 1993/1995 relativos al canon de utilización de bienes inmuebles de su patrimonio histórico [STS de 26 de febrero de 1999; crónica XI.4.A]

– Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; auditoría: criterios de contabilidad [SSTS de 17 de febrero y de 3, 17 y 25 de marzo de 1999; crónica XI.4.A]

– Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; auditoría: el traslado de informe satisface el derecho de audiencia [STS de 25 de marzo de 1999; crónica XI.4.A]

– Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; auditoría: la intervención de una empresa privada no autorizada por norma publicada en BOE constituye una irregularidad no invalidante [STS de 15 de febrero de 1999; crónica XI.4.A]

– Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; auditoría: la orden administrativa de efectuar reajustes no constituye una sanción [SSTS de 25 de enero, de 15 de febrero y de 25 de marzo de 1999; crónica XI.4.A]

– Recaudación: la reclamación contra el embargo de bienes exige la iniciación de la vía económico-administrativa [STS de 3 de marzo de 1999; crónica XI.4.B.d; I.L. J 239]

– Recaudación: la compensación con cuotas de las prestaciones abonadas por pago delegado por ILT sólo procede cuando la empresa está al corriente con la Seguridad Social [STS de 26 de abril de 1999; crónica XI.4.B.d; I.L. J 588]

– Recaudación: la compensación con entidad local excluye el recargo de apremio [STS de 28 de abril de 1999; crónica XI.4.B.d; I.L. J 589]

XII. PROCESO LABORAL

ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

– Notificación defectuosa [STSJ del País Vasco de 12 de enero de 1999 y STS de 19 de enero de 1999; crónica XII.5; I.L. J 293 y 52]

AUDIENCIA AL REBELDE

– Citación edictal [SSTS de 3, 22 y 29 de marzo y de 6 de junio de 1999; crónica XII.11; I.L. J 201, 477, 496 y 554]

ACUMULACIÓN

– Acciones [STS de 27 de febrero de 1999; crónica XII.7.A; I.L. J 195]

– Autos [STC 63/1999, de 26 de abril; crónica XII.7.B; I.L. J 319]

CONCILIACIÓN Y RECLAMACIÓN PREVIA

– Caducidad. Interrupción [STSJ de Murcia de 2 de marzo de 1999; crónica XII.4; I.L. J 358]

– Conflicto colectivo. Innecesaria [STSJ de Aragón de 1 de marzo de 1999; crónica XII.4; I.L. J 119]

– Lugar de presentación [STSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999; crónica XII.4; I.L. J 296]

DEMANDA

– Ampliación [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de marzo de 1999; crónica XII.6; I.L. J 429]

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

– Condena. Retenciones y deducciones [STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1999; crónica XII.18.B; I.L. J 314]

- Liquidación de intereses [STSJ del País Vasco de 26 de enero de 1999; crónica XII.18.A; I.L. J 298]
- Sucesión procesal [SSTSJ de Galicia de 17 de febrero y de 6 de marzo de 1999; crónica XII.18.C; I.L. J 307 y 353]

EXCEPCIONES

- Falta de legitimación activa. Impugnación de convenios colectivos [STS de 9 de febrero de 1999 y SSTSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999 y TSJ de Valencia de 19 de enero de 1999; crónica XII.8.A; I.L. J 410, 248 y 340]
- Inadecuación de procedimiento. Conflicto colectivo [STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999; crónica XII.8.C; I.L. J 248]
- Listisconsorcio pasivo necesario y voluntario [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 1999; crónica XII.8.B; I.L. J 366]
- Litispendencia [STS de 9 de marzo de 1999 y STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 1999; crónica XII.8.D; I.L. J 211 y 425]
- Prescripción. Accidente de trabajo [STS de 12 de febrero de 1999; crónica XII.8.E; I.L. J 174]

JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

Contratos administrativos

- Realización de trabajos genéricos [SSTS de 20 y 21 de enero y de 18 de febrero de 1999; crónica XII.2.A; I.L. J 24, 29 y 185]

Indemnización de daños y perjuicios

- Acceso a prestaciones de la Seguridad Social [STS de 2 de febrero de 1999; crónica XII.2.D; I.L. J 164]

- Accidente de trabajo [STSJ de Asturias de 19 de marzo de 1999; crónica XII.2.D; I.L. J 347]

- Daños causados por trabajador [STSJ de Galicia de 8 de marzo de 1999; crónica XII.2.D; I.L. J 354]

- Expectativa de derecho [STS de 19 de enero de 1999; crónica XII.2.D; I.L. J 140]

- Jubilación anticipada [STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 1999; crónica XII.2.D; I.L. J 244]

- Suspensión de contrato de trabajo [STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1999; crónica XII.2.D; I.L. J 371]

Laudo arbitral

- Impugnación convenios colectivos [STS de 27 de enero de 1999 y STSJ de Navarra de 29 de enero de 1999; crónica XII.2.C; I.L. J 55 y 106]

Regulación de empleo

- Determinación de trabajadores afectados [STS de 17 de marzo de 1999; crónica XII.2.B; I.L. J 465]
- Indemnizaciones [STS de 25 de enero de 1999; crónica XII.2.B; I.L. J 53]

JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

Contrato de agencia

- Inexistencia de relación laboral [SSTSJ de Cataluña de 20 de enero de 1999 y TSJ de Aragón de 12 de abril de 1999; crónica XII.3.C; I.L. J 275 y 255]

Relaciones jurídicas de naturaleza civil

- Árbitro de fútbol [STSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999; crónica XII.3.B; I.L. J 301]

– Consultor [STSJ de Baleares de 18 de enero de 1999; crónica XII.3.B; I.L. J 264]

– Corresponsal literario [STSJ de Baleares de 2 de marzo de 1999; crónica XII.3.B; I.L. J 375]

– Pretensión reconvenional [STSJ de Aragón de 26 de abril de 1999; crónica XII.3.B; I.L. J 256]

Transportistas con autorización administrativa

– Inexistencia de relación laboral [SSTC 9/1999, de 8 de febrero y 17/1999, de 22 de febrero; crónica XII.3.A; I.L. J 95 y 99]

PRÁCTICA DE LA PRUEBA

– Carga [SSTSJ de Asturias de 26 de febrero de 1999 y TSJ de Madrid de 26 de enero de 1999; crónica XII.9; I.L. J 155 y 287]

RECURSO DE AMPARO

– Agotamiento de la vía judicial. Innecesario [SSTC 5/1999, de 8 de enero y 13/1999, de 22 de enero; crónica XII.17; I.L. J 94 y 97]

– Extemporaneidad [STC 57/1999, de 12 de abril; crónica XII.17; I.L. J 251]

RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

– Admisibilidad [STS de 18 de enero de 1999; crónica XII.15; I.L. J 20]

RECURSO DE REPOSICIÓN

– Falta de cita del precepto infringido [STC 10/1999, de 18 de febrero y STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 1999; crónica XII.13; I.L. J 96 y 608]

RECURSO DE REVISIÓN

– Documentos recobrados [SSTS de 29 de enero, de 15 de febrero y de 16 de marzo de 1999; crónica XII.16.A; I.L. J 49, 176 y 219]

– Independencia del orden social y penal [STS de 25 de enero de 1999; crónica XII.16.C; I.L. J 36]

– Maquinación fraudulenta [SSTS de 17 de febrero y de 5 de marzo de 1999; crónica XII.16.B; I.L. J 182 y 436]

RECURSO DE SUPLICACIÓN

– Consignación de condena [STS de 17 de febrero de 1999; crónica XII.14.B; I.L. J 180]

– Infracción de normas. Cita genérica [STS de 26 de febrero de 1999, SSTSJ de Cataluña de 8 de enero de 1999 y TSJ de Valencia de 14 de enero de 1999; crónica XII.14.D; I.L. J 193, 268 y 338]

– Procedencia contra autos. Liquidación de intereses [STS de 10 de febrero de 1999; crónica XII.14.A; I.L. J 172]

– Revisión de hechos probados [SSTSJ de la Rioja de 18 de febrero y de 2 de marzo de 1999 y TSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 1999; crónica XII.14.C; I.L. J 93, 123 y 247]

SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Consignación

– Conciliación extrajudicial [STSJ de Aragón de 31 de marzo de 1999 y STS de 23 de abril de 1999; crónica XII.12.B; I.L. J 122 y 570]

Personal de alta dirección

– Despido improcedente [STS de 4 de enero de 1999; crónica XII.12.A; I.L. J 14]

Reclamación al Estado

– Periodos excluidos del cómputo. Subsanación de demanda [STSJ de Baleares de 24 de marzo de 1999; crónica XII.12.C; I.L. J 376]

– Plazo de prescripción. Cómputo [STSJ de Galicia de 12 de febrero de 1999 y STS de 29 de marzo de 1999; crónica XII.12.C; I.L. J 306 y 501]

SENTENCIA

– Aclaración de sentencia. Límites [STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1999; crónica XII.10.A; I.L. J 109]

– Incongruencia *extra petita*. Principio de contradicción [STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1999; crónica XII.10.B; I.L. J 527]

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

M.R. ALARCÓN CARACUEL

La Seguridad Social en España

[Aranzadi, Pamplona, 1999, 134 páginas, Colección Divulgación Jurídica]

EUSEBIL COLAS NEILA

Se nos ofrece en la obra aquí comentada, una visión de conjunto del sistema de Seguridad Social de nuestro país cuyo gran mérito es aunar, de una parte, claridad y brevedad expositiva de conceptos, modelos y estructuras harto complejas, a un nivel que resulta asequible no únicamente al jurista no versado en la materia sino también al profano en Derecho y, por otro lado, y a pesar de las dificultades derivadas de aquélla, una depurada técnica jurídica y un gran nivel científico en cada uno de sus pasajes.

En un primer capítulo se analizan los marcos conceptuales en los que la Seguridad Social, en cuanto institución, se incardina. Así, tras establecer las notas coyunturales específicas fundamentales del nacimiento de los Estados del Bienestar y sus señas de identidad, se encaja desde este prisma su corolario jurídico-constitucional: el Estado Social. Partiendo de esta base, y siempre teniendo como referente analítico la Constitución Española, desde la cual y sobre la cual va proyectando los diferentes conceptos que componen el entramado del sistema, se desentrañan los elementos que configuran aquél, girando alrededor de su eje nuclear, la redistribución de la riqueza, para, de este modo, y centrándose en todo lo referente al gasto social como instrumento de consecución de aquélla, fijar su atención en los ámbitos que le son propios: la promoción y la protección social, macroconcepto en el que se sitúa la Seguridad Social.

Una vez expuesto todo el armazón conceptual, se nos ofrece un repaso histórico breve

pero con una muy especial incidencia en los que son momentos clave de tal evolución, en los que el autor se va deteniendo de forma natural y remarcable, respetando en todo momento los cánones de la proporcionalidad en cuanto el interés del asunto así lo reclama, de modo magistral, con una perfecta conjugación de todos ellos. De esta forma, partiendo de los orígenes del movimiento obrero en la Primera Revolución Industrial, y del mutualismo obrero y las incipientes leyes de accidentes de trabajo que motivó aquélla, recorre el iter de acontecimientos que se suceden desde el siglo pasado, con una atención especial a los hitos que cimientan las actuales estructuras de la Seguridad Social: los modelos de Seguros Sociales bismarckianos, y su acogimiento y superación por el sistema de Seguridad Social Beveridgeano.

Lo más reseñable de todo este viaje durante los dos últimos siglos en que se han ido forjando las bases de los actuales modelos de Seguridad Social, es que el mismo se teje atendiendo a la realidad europea y española, resaltando y centrándose especialmente en ésta última sobre todo. Así, puede observarse la diferente evolución de una y otra, y la específica recepción y formulación que se ha ido realizando en nuestra legislación de las experiencias de aquélla. Todo ello desemboca en el estudio de nuestra Constitución de 1978, como momento decisivo que marca el inicio definitivo, desde un punto de vista conceptual, de un verdadero sistema de Seguridad Social en España.

El tratamiento constitucional de la institución es el elemento nuclear en el que se proyecta el análisis de nuestro sistema de Seguridad Social. Se realizan, en este sentido, una serie de consideraciones en torno a la ubicación sistemática del artículo 41 de la Constitución, en el que de forma principal se establece nuestro sistema de Seguridad Social, y las implicaciones que de ello se derivan para, a continuación, discernir las fronteras que separan aquella institución y la asistencia social, tanto desde una perspectiva de contenidos como de competencias sobre la materia.

Llegados a este punto, una vez determinados los marcos conceptuales y las circunstancias históricas, profundizando en las entrañas del reconocimiento y fijación de las

líneas maestras que realiza la Constitución, se examinan los principios que configuran nuestro modelo de Seguridad Social y permiten hablar, desde su promulgación, de un auténtico sistema de Seguridad Social, a pesar de que, cómo concluye con posterioridad el autor, si atendemos al desarrollo legislativo, éste no llega a cumplir dichos principios de forma absoluta sino relativa.

Así, uno a uno, escarba cada principio, ofrece de forma clara sus características y delimita y arroja luz sobre algunos claroscuros de su contenido y desarrollo, llevando a cabo una exégesis arduísima y dotada de una necesaria lógica interna que, en este caso, a pesar de sus dificultades, se consigue y con resultados muy provechosos para el lector. Desde el principio de publicación institucional –en el que fija su atención en la participación de las Mutuas y el papel de las Comunidades Autónomas, deteniéndose en toda la temática referente a la financiación del sistema–, pasando por los principios de universalidad subjetiva –donde trata tanto prestaciones contributivas como no contributivas, haciendo referencia igualmente a la asistencia sanitaria–, y de generalidad objetiva –con las consiguientes consideraciones a la cuestión de las situaciones de necesidad– y, por último, el principio de suficiencia de las prestaciones –con referencias a sus manifestaciones en el brazo contributivo y no contributivo, y a la asistencia sanitaria–, construye todo un armazón analítico que brinda un diáfano retrato de nuestro modelo constitucional.

Concluye la obra con una breve descripción del sistema de Seguridad Social español que el legislador, partiendo de los postulados constitucionales, ha ido construyendo. Así, realiza un repaso de la normativa aplicable, con mención de aquella que resulta más relevante, para, posteriormente, describir el sistema, con sus brazos contributivos –tanto el Régimen General como los Regímenes Especiales– y no contributivo y los criterios y mecanismos conducentes a la inclusión en uno u otro, el contenido de la acción protectora en cada uno de aquéllos, con referencias a cada una de las contingencias protegidas y las prestaciones pertinentes, para concluir con unas breves pinceladas sobre la gestión del sistema y los concretos mecanismos de financiación del mismo.

En definitiva, estamos ante una obra que nos permite obtener una percepción clara y muy completa de los

caracteres básicos de nuestro sistema de Seguridad Social, que a buen seguro no defraudará a todo aquél que desee conocer los elementos que sustentan el modelo.

R. DÍAZ MOLINER

Guía práctica para la prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, Valladolid, 1999, 677 páginas]

LEX NOVA

En esta guía, el profesor DÍAZ MOLINER se adentra en los entresijos de la prevención de riesgos laborales desgranando en doce capítulos todas las cuestiones que se deben conocer sobre tan importante tema.

Como destaca el autor, la prevención no trata solamente de defender al trabajador frente a la amenaza del riesgo laboral, sino que trata de procurarle un resultado positivo de promoción de su salud e integridad, en definitiva, de su desarrollo personal.

Comienza el estudio estableciendo la evolución normativa que ha sufrido la materia tanto en el ámbito nacional, hasta la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como en el internacional a través de la OIT y en el comunitario.

En los capítulos II y III se definen y regulan los derechos y deberes que surgen en torno a la existencia de riesgos laborales con el fin de conseguir su prevención. Uno por uno va comentando los fundamentos, requisitos y circunstancias de los derechos y obligaciones integrados en el capítulo III de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Asimismo, analiza los derechos y deberes en circunstancias especiales como son los supuestos de concurrencia de empresarios, la protección por razones subjetivas como la maternidad o los menores y las situaciones de excepción, así como su normativa aplicable.

En los capítulos IV y V el autor afronta la cuestión de la actividad y la organización de la prevención, que se resuelve en la existen-

cia de una actividad constante cuya autoría jurídica corresponde al empresario y cuya autoría material se entronca fundamentalmente en sus colaboradores y delegados; en la realización de ciertas actividades, reconducibles a una actividad específica y continua de prevención y una actividad posterior de constancia de lo actuado.

Acto seguido se aborda el estudio de los regímenes especiales por circunstancias del entorno laboral, por la presencia de agentes lesivos y por el sector de la actividad, en los capítulos VI, VII y VIII, respectivamente. Analiza de una forma detallada y de fácil comprensión la normativa aplicable, el objeto, el ámbito de aplicación y las medidas de prevención que se han de adoptar en los supuestos que desglosa dentro de estos tres amplios apartados.

En la guía encontramos, incluso, la importante normativa limítrofe a la prevención de los riesgos laborales. De este modo, DÍAZ MOLINER, de forma clarividente, explica las normas existentes hasta el momento sobre seguridad del producto, industrial, instalaciones eléctricas y frigoríficas y ascensores y aparatos elevadores, en el capítulo IX.

Los últimos capítulos de la obra los dedica al estudio de las responsabilidades y sanciones de la actividad pública y de las regulaciones marginales de la prevención de riesgos.

En definitiva, nos encontramos ante una interesante y rigurosa guía sobre una materia fundamental en el ámbito laboral como es la prevención de riesgos laborales.

J.M. MARÍN CORREA

Los límites de la pensión de orfandad de los menores

[Revista Actualidad Laboral, núm. 34, 1999, páginas 1351 a 1355]

LEX NOVA

Con la entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, se amplía la edad en que los beneficiarios de la pensión de orfandad pueden seguir disfrutando de ella.

Dispone la Ley (reformando el artículo 175.2 LGSS) que si el hijo no efectúa traba-

jo lucrativo por cuenta ajena o propia podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que al fallecer el causante sea menor de 21 años de edad o de 23 años si fuera huérfano absoluto.

Por su parte, la reformada Disposición Adicional Octava, párrafo 4, establece que las disposiciones previstas en el artículo 175 LGSS, serán de aplicación a quienes en la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, se encontrasen percibiendo la prestación de orfandad.

Para los supuestos en que antes del 5 de agosto de 1997 (fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997), los beneficiarios de la pensión de orfandad hubieran alcanzado la mayoría de edad, con la consiguiente extinción de la prestación, la propia Ley añade una nueva Disposición Transitoria al texto de la LGSS (Disposición Transitoria Sexta bis), donde aclara que los límites de edad, determinantes de la condición de beneficiario de la pensión de orfandad previstos en el artículo 175.2 LGSS, serán aplicables a partir del 1 de enero de 1999, si bien hasta alcanzar dicha fecha los límites serán en 1997 de 19 años, salvo en caso de inexistencia de ambos padres que será de 20 años y durante 1998 de 20 años y 21 años, respectivamente.

Como señala el autor, la Ley tiene voluntad de vigencia a lo largo de 1997.

Este ha sido el criterio seguido por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias en Sentencias de 24 de julio y 30 de octubre de 1998, restaurando la pensión de orfandad a favor de quien cumplió 18 años durante 1997 y antes de la entrada en vigor de la nueva Ley.

El autor basa su artículo en la STS de 12 de mayo de 1999, que desestima el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina interpuesto contra la sentencia anteriormente especificada de 24 de julio de 1998, de la Sala de Oviedo, estableciendo doctrina unificada al respecto.

Por último, añade que la pensión de orfandad es imprescriptible, y que por tanto, el huérfano podrá solicitar la pensión, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que su derecho se consolidó.

