Revista Jurídica *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 7
MARZO
2000

Revista JURÍDICA de la Comunidad de Madrid

N.º 7 Marzo

Año 2000

Número monográfico de Jurisprudencia Social

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 9. Marzo 2000

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 7. Marzo 2000

Edita:
Consejería de Presidencia
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

Tirada: 750 ejemplares
Coste unitario: 1112
Edición: 02/00
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito Legal: M-6.420 - 1999
Imprime: B.O.C.M.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.
Los trabajos que se remitan para su publicación, si procede, deberán enviarse en papel y disquete (en formato WP 6.1 o inferior) a la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, Pza. Puerta del Sol, 7, 3ª planta, 28013 Madrid.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
http:// www.comadrid.es
Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o directamente, en:
http://www.comadrid.es/cmadrid/revista_juridica/indice.htm

PRESENTACIÓN

La presente recopilación, elaborada por el Director de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, D. Francisco García Gómez de Mercado, persigue el objetivo de recoger en forma abreviada y fácil de encontrar las sentencias más útiles para la resolución de pleitos laborales en que esté interesada la Administración, sin grandes comentarios ni explicaciones.

Desde luego, el término jurisprudencia se entiende en sentido amplio, como conjunto de criterios interpretativos de los tribunales de justicia y no en el sentido estricto que tiene tal término a los efectos de «complementar» el ordenamiento jurídico o a los del recurso de casación (arts. 1.6 CC y 205 e) LPL). Por ello, no sólo se recogen pronunciamientos del Tribunal Supremo, sean repetidos o aislados, sino también fallos de otros tribunales, como el extinto Tribunal Central de Trabajo, cuya doctrina, sentada a través de su función, conocida como «pequeña casación», ha sido de indudable trascendencia para la configuración e interpretación de las instituciones laborales, así como la sala de lo Social de la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia, cuya doctrina es de indudable importancia en el orden social, no sólo por haber venido a sustituir la función del Tribunal Central sino también porque la función casacional del Supremo se halla restringida y, además, se ejerce, fundamentalmente, para resolver la contradicción entre sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. También tienen presencia en esta obra las sentencias del Tribunal Constitucional, cuya doctrina, llámese o no jurisprudencia, vincula a todos los jueces y tribunales (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Existen hoy numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional imprescindibles para la aplicación de las normas laborales y procesales, siendo abundantes los recursos de amparo frente a las decisiones de los tribunales de lo Social, pudiendo encontrarse en este trabajo algunas de ellas. Y, dada la integración de España en la Comunidad o Unión Europea tienen también trascendencia las sentencias del Tribunal de Justicia de dicha Comunidad, cuyo pequeño número no ha de hacer ignorar su importancia.

La jurisprudencia recopilada es la aplicable a los pleitos laborales. Por supuesto, dada la amplitud de campo de este trabajo, no puede pre-

tenderse que sea exhaustivo. Lo cierto es que el tratamiento de algunas materias puede ser más amplio que otras. En el orden procesal, se estudia con singular interés el recurso de suplicación, tanto por lo que se refiere a las sentencias que son o no susceptibles de dicho recurso como de la fundamentación del mismo por infracción de normas sustantivas o por revisión de los hechos probados. Es, asimismo, relevante el examen de los supuestos en que la competencia se atribuye al orden social o al contencioso-administrativo y la exigencia de reclamación previa.

Con especial interés se ha atendido a la jurisprudencia relativa a los pleitos laborales contra la Administración Pública. Las distintas Administraciones Públicas cuentan, entre su personal, no sólo con funcionarios públicos en sentido estricto, ligados con ellas por una relación de Derecho administrativo, sino también, en considerable y creciente número, con personal laboral, trabajadores cuya relación con la Administración se rige por el Derecho del Trabajo. En efecto, a partir de la Ley de Reforma de la Función Pública de 1.984, el número de contratados laborales de la Administración ha ido creciendo hasta el punto de que ya no constituyen una excepción restringida a ciertos oficios sino que pueden encontrarse en cualesquiera puestos, incluyendo los más propiamente» administrativos», a veces en proporción superior a la de funcionarios.

Por otra parte, la relación laboral entre los entes públicos y sus trabajadores no es exactamente igual a la de las empresas privadas, pues existen algunas especialidades, tanto sustantivas como procesales, en sus relaciones, especialidades que derivan de exigencias legales e incluso de principios constitucionales que se aplican a todos los empleados públicos, y, por consiguiente, también al personal laboral de la Administración.

Dos son las pretensiones más numerosas frente a la Administración en el orden social, las cuales tienen un particular tratamiento en esta obra. Una es la clasificación profesional, esto es, reclamaciones de quienes ejercitan funciones de superior categoría a la ostentada. Dicha reclamación también se prevé con carácter general para cualquier trabajador y, de hecho, la jurisprudencia que se recoge es de aplicación, en su mayoría, a los trabajadores de empresas privadas, si bien es cierto que en éstas tales pleitos no son, con mucho, tan frecuentes como frente a la Administración. A esta situación coadyuva, desde luego, la dificultad que tiene la Administración en la asignación de los distintos puestos de trabajo a su personal, al tener que cumplir los trámites correspondientes a la provisión de puestos de trabajo,

generalmente mediante concurso, y a exigencias presupuestarias que precisan que la plaza esté dotada al efecto. Aunque también repercuten en la acumulación de pretensiones de este tipo otras circunstancias, como la mayor facilidad de obtener testigos que respalden la pretensión del actor y no se vean intimidados por la reacción del empresario.

La otra pretensión más común en los pleitos laborales contra la Administración es la llamada fijeza, esto es, la pretensión de quien es contratado temporalmente por la Administración y reclama una relación indefinida por no haberse cumplido los requisitos y limitaciones de los contratos temporales. No ha de extrañar que la principal razón que motiva este tipo de pleitos sea la misma que la que provoca las reclamaciones en materia de clasificación profesional, y es, como se ha dicho, el tener que cumplir los trámites correspondientes a la provisión de puestos de trabajo, generalmente mediante concurso, y a exigencias presupuestarias que precisan que la plaza esté dotada al efecto. Y tampoco ha de extrañar que el principal fundamento para denegar estas pretensiones, tanto las de clasificación profesional como las de fijeza, consista , precisamente, en oponer la exigencia de proveer los puestos de trabajo al servicio de la Administración a través de los procedimientos establecidos.

Esto es, por razones derivantes del ordenamiento jurídico (aunque a veces también de una mala gestión), la Administración carece de la flexibilidad que tiene una empresa privada para contratar a una persona o asignar un puesto a uno de sus empleados y, por ello, en ocasiones, lo hace sin observar los requisitos legales, pero por las razones primeramente aludidas, también legales e incluso constitucionales, se niega, en ciertas condiciones, que tal situación haya de provocar la misma consecuencia que en una empresa privada.

ÍNDICE

ACCIONES MERO-DECLARATIVAS

Ver también *EJECUCIÓN* y *SENTENCIA*.

—STC 20-3-84 (RTC 39), 71/91 y 30-11-92: Las acciones meramente declarativas son admisibles en el proceso laboral *siempre que exista un interés digno de tutela*. En caso contrario, procede su inadmisión según la STSJ Cataluña 25-11-91. En especial, son inadmisibles las que dependen de un nuevo proceso para la efectividad del derecho (STSJ Extremadura 16-12-91, AS 6.671).

—STS 24-2-92 (RJ 1.144): «La pretensión de tutela judicial mediante el ejercicio de una acción declarativa, cual la que es propia del proceso de *conflicto colectivo*, exige la exteriorización de unas situaciones de hecho de donde se desprende la necesariedad de la tutela, pues, en otro caso, habrá de dictarse un fallo procesal de absolución en la instancia ... lo que equivale a *inexistencia de la acción* concreta actuada ... que no produce indefensión ... en cuanto produce, meramente, una absolución en la instancia, que no impide, a la parte interesada acudir a un nuevo proceso».

—STS 8-10-91 (RJ 7.204), 27-3-92 (RJ 1.881), 6-5-92 (RJ 3.516) y 20-6-92 (RJ 4.602): Las *acciones meramente declarativas son admisibles* siempre que exista conflicto o controversia jurídica con contenido propio y específico que les sirva de apoyo, sin que, por ende, *se trate sólo de un interés meramente preventivo o cautelar*.

Esta doctrina es reiterada por la STC 20/93 de 18-1 (La Ley 2.143) que califica la acción de clasificación profesional como acción declarativa.

La STSJ Extremadura 8-4-91 (AS 2.486) aprecia la inexistencia de acción en reclamación de *fijeza* pues «no existe un interés actual protegible, sino un futuro o previsible interés en el caso de un cese o despido, quedando, con ésta acción prejuzgada la pretensión real y actual que pudiera darse en su momento oportuno. Y decimos pudiera darse por cuanto que, en el transcurso del tiempo, el acuerdo de las partes o sucesos imprevisibles fallecimiento del productor- dejarían sin contenido alguno la declaración pretendida». Sin embargo, la jurisprudencia ha venido a admitir las demandas de fijeza, como se observa al tratar de los *CONTRATOS TEMPORALES*.

—STS 21-5-90 (RJ 4.481): Las acciones mero-declarativas se limitan a concretar una situación, como una jornada determinada o la duración de las vacaciones, no exigen una ejecución ulterior, siendo la fórmula del fallo la de «estar y pasar por lo decidido».

En esta línea, la STS 2-7-91 (RJ 5.865) sostiene que las acciones mero-declarativas, como la que persigue el cómputo de determinado período de tiempo a efectos de antigüedad, *no* pueden ir seguidas de *ejecución*. El juzgador debe limitarse a declarar si existe o no una relación jurídica o un derecho.

La STSJ Madrid 28-10-93 (Rec. 4.820/93 s. 10) estima el recurso que alega como violados los arts. 99 y 238 de la Ley de Procedimiento Laboral, al «pretender(se) que la sentencia declarativa se transforme en una de condena que abra la ejecución pecuniaria ... pues, solicitado en el suplico de la demanda que se reconozca un cierto derecho, es evidente que el actor ejercitó una acción meramente declarativa, sin que en ningún momento especificase sus efectos económicos, a los que alude pero no cuantifica, omitiendo así el ejercicio de acción de condena consecuencia del reconocimiento del derecho que concrete cuantía, período de tiempo en que fue devengado y demás requisitos precisos, por lo que de conformidad con la doctrina recogida en sentencia de 13 de febrero de 1.992, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, tales «sentencias declarativas no puede ser ejecutadas en cuanto a sus efectos económicos, sino a través de una nueva sentencia que condena al cumplimiento de lo declarado en la primera», pues ésta agota sus efectos con la certidumbre de los derechos reconocidos y declarados y al no entenderlo así el juzgador de instancia violó el art. 238 LPL, al no respetar los propios términos del fallo citado, pretendiendo transformarlos en una acción de condena, desconociendo el art. 99 LPL, ya que no concretó (la sentencia) las consecuencias económicas del derecho reconocido».

—STSJ Madrid 10-1-91 (AS 742) aclara que mientras las sentencias *constitutivas* constituyen una determinada situación jurídico que sólo puede producir sus efectos *para el futuro*, las *declarativas* (como la de la naturaleza laboral del vínculo) se limitan a declarar o reconocer lo ya existente, y, por tanto, es claro que sus efectos pueden ser *retroactivos*.

ACLARACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS

—STC 20-12-93 considera que la aclaración de sentencias se ha de admitirse para corregir simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la sentencia, pero no lo que se deriva de los resultandos, fundamentos jurídicos y sentido del fallo; y, por ello, vulnera la Constitución la decisión de la Sala de lo Social de *variar la calificación* del despido de improcedente a nulo por entender que había sido una incorrecta aplicación de una norma jurídica (art. 56 ET), esto es, un error iuris. Cfr. también las STC 28-1-91, 10-12-91 y 13-11-92.

Asimismo, la STSJ Murcia 30-1-91 (AS 651) estima improcedente la aclaración que no es sólo una rectificación cuantitativa sino que parte de un error en la calificación de la relación laboral.

—STS 10-6-87 (RJ 4.323): «La *naturaleza del mal llamado recurso de aclaración*», regulado «con la finalidad de aclarar algún concepto obscuro o suplir cualquier omisión que la sentencia contenga, ha sido precisada por la jurisprudencia en el sentido de que no constituye un verdadero recurso, aunque en la práctica se le dé ese nombre, pero sí una facultad de corrección y rectificación de los errores materiales cometidos en la redacción del fallo concedida a las partes, a los jueces y tribunales y al Ministerio Fiscal, apreciándose como correcciones admisibles la aclaración de conceptos oscuros, la adición de algún pronunciamiento omitido sobre puntos litigioso, la subsanación de errores de cuenta que se deduzcan de los datos aritméticos que sean su fundamento, y la modificación de pronunciamientos que deben reputarse erróneos por ser contrarios a la fundamentación de la sentencia-Sentencias de 3 de marzo de 1954 (RJ 639), 4 de octubre de 1977 (RJ 4.095) y 19 de noviembre de 1984 (RJ 5.864), aclaraciones estas que pasan a formar parte integrante de los fallos».

—STSJ Valencia 26-1-91 (AS 971) estima improcedente la aclaración que suple la omisión de los intereses de demora por haberse llevado a cabo *pasados los plazos* establecidos al efecto en el art. 267 LOPJ, pues sólo los errores materiales manifiestos o aritméticos pueden rectificarse en cualquier momento.

—ATSJ Extremadura 8-1-91 (AS 116) niega una petición de aclaración por entender que si la sentencia se hubiera pronunciado sobre el particular hubiera pecado de *incongruente*.

—ATSJ Extremadura 9-1-91 (AS 124) aclara un concepto de los *fundamentos jurídicos* de la sentencia.

—ATSJ Extremadura 9-1-91 (AS 125) suprime, por aclaración, la condena al *abono de honorarios* del letrado de la parte recurrida por ser entidad gestora la recurrente y afirmar que ha sido un mero error derivante de la utilización de un modelo.

—ATC 24-1-95: Admite el auto de aclaración que varía el sentido del fallo al obedecer a la rectificación de un *error material*.

ACTOS PROPIOS

—STS 20-3-85 (RJ 1.356) y STCT 21-7-86 (RTCT 6.552): Conforme a la doctrina de los actos propios definida por las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 27-11-61 (RJ 4.124) y 27-1-66 (RJ 135), y reiteradas en las de la Sala 6.ª de 12-5-81 (RJ 2.251) y 8-3-84 (RJ 1.535) ... no es lícito obrar en contradicción con los actos propios, *si estos son válidos y eficaces* en Derecho, obedecen a una determinación espontánea y libre de la voluntad expresa o tácita pero indubitada y concluyente y tenían por objeto crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

—STSJ Asturias 20-2-91 (AS 1.238): «Repugna, por el *carácter público del empleador*, la doctrina de los actor propios «praeter legem», como reiteradamente tiene establecido nuestra jurisprudencia, subrayando el carácter reglado de los créditos retributivos que las relaciones laborales con los entes públicos generan y el papel preponderante que en ellos juega la legalidad de la causa, sin que en todo caso quepa detectar la existencia de una voluntad contractual tácita por parte del organismo demandado en el supuesto que se examina, habida cuenta de que las conductas en que tal manifestación habría de consistir, precisan, para merecer semejante valoración, ser reiteradas e inequívocas».

—STSJ Castilla y León 24-7-91 (AS 4.383): «Ni los actos propios ni los precedentes administrativos, si son *contra legem*, no pueden convertirse por su reiteración en fuente de derecho».

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ver también *PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.*

—STSJ Madrid 22-7-91 (Rec. 1.350/91 s. 3.ª-1.ª): *No es «preciso que se identifique físicamente al Abogado del Estado* para ostentar y ejercitar su representación, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 5-12-90, ya que el art. 447 LOPJ atribuye a la Abogacía del Estado como institución la representación y defensa del Estado y no a las personas físicas, y por tanto acreditada la calidad de funcionario de tal cuerpo por el órgano judicial está plenamente legitimado para ejercer tal representación, sin que deba legitimar su actuación con la autorización de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado por no ser exigible en esta jurisdicción y así lo declarara, ratificando resoluciones anteriores, la Circular 2/87 en su número de la citada Dirección».

—STS 30-1-90 (RJ 231): Las *notificaciones* al Abogado del Estado deben efectuarse en su despacho oficial; exigencia recogida por el vigente art. 60.3 LPL.

Por ello, la STSJ Castilla y León 14-1-91 (AS 372) anula el juicio al que no fue citado el Abogado del Estado y el ATSJ Canarias 18-1-91 (AS 536) declara la nulidad de actuaciones a partir del momento posterior a la sentencia al haber sido notificada directamente al organismo demandado.

Por igual razón, la STSJ Madrid 18-3-92 (AS 1.627) declara la nulidad de actuaciones por no haberse efectuado la notificación en el despacho del Letrado de la Seguridad Social, asumiendo éste la representación y defensa en juicio.

—STSJ Murcia 28-1-91 (AS 648): La *personalidad jurídica de un organismo* de una Administración Pública territorial (un ayuntamiento) no impone condenas singulares ya que no pasa de ser un instrumento técnico que flexibiliza y simplifica el desenvolvimiento jurídico del ente en consideración, mientras que la condena conjunta es conclusión que imponen elementales reflexiones de orden social, ya que la imputación de responsabilidad se encamina, por su propia índole, a ser siempre efectiva, cosa que pueda quedar obviada o impedida si un servicio instrumental de la Administración dejara de ser dotado económicamente por éste.

—STSJ Castilla y León 31-1-91 (AS 321): La *falta de personalidad y capacidad jurídica del organismo contratante* respecto de fines que no sean los específicos de sus estatutos, y, por tanto, para la celebración del contrato de trabajo examinado implica la nulidad del mismo por ausencia de consentimiento que pudiera prestar el contratante que se supone como empleador (art. 1.261 CC) y la nulidad del contrato disipa la posibilidad del despido por el que se reclama, sin perjuicio de la remuneración consiguiente (art. 9.2 ET).

—STS 30-1-91 (RJ 193): La falta de traslado a la parte contraria de la *confesión por vía de informe* de la Administración no es causa de nulidad al no provocar indefensión.

ANTIGÜEDAD

—STS 13-3-90 (RJ 2.069) y 9-7-91 (RJ 5.879): A los *trabajadores de las antiguas recaudaciones* se les debe remunerar la *antigüedad* correspondiente al servicio en ellas.

Ahora bien, como señala la STSJ Madrid 7-1-93 (AS 260), el respeto a los derechos económicos por antigüedad se satisface con el pago de un complemento personal consolidado y no absorbible equivalente a la cuantía del valor económico de los trienios reconocidos y devengados a 31-12-87 y, a partir de 1-1-88, el pago de los trienios que se devenguen con posterioridad en la cantidad fija prevista en el Convenio del Ministerio de Hacienda, al no ser condición más beneficiosa la establecida en normas legales y convencionales.

—STS 16-9-87 (RJ 6.207) y 7-4-92 (RJ 2.607), STSJ Madrid 27-11-90 (Rec. 1.176/88), 5-12-90 (Rec. 2.236/90 s. 1.ª-2.ª), 9-1-91 (AS 731) y 4-6-96 (Rec. 1.998/96), STSJ Aragón 6-3-91 (AS 1.694) y STSJ Valencia 15-2-91 (AS 1.498) y 20-5-91 (AS 1.503): *No procede la aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas de la Ley 70/1978*, de 26 de diciembre, sobre reconocimiento de servicios previos prestados en la Administración, debiendo estar al Convenio Colectivo aplicable. El Real Decreto 1.461/1982, que la complementa, vuelve a insistir en su artículo 1 con la referencia expresa a los funcionarios de carrera, con lo que no puede suscitar dudas que se excluye a quien carezca de la referida cualidad.

En esta línea, la STSJ Castilla-La Mancha 4-2-92 (AS 1.509) atiende al Convenio Colectivo del Ministerio de Transportes para concluir que en él no se computan los servicios prestados en otros ministerios.

La STSJ Madrid 7-1-91 (AS 696) entiende que, a los efectos de la Ley 70/1978, es irrelevante que los servicios sean discontinuos, bastando que sean anteriores y no simultáneos.

Según las STSJ Madrid 5-7-89, 27-11-90 (Rec. 1.176/88) y 23-6-92 (Rec. 3.419/91, Actualidad Laboral 1.374) y STSJ Extremadura 7-3-91 (AS 2.204), para que puedan sumarse los períodos de *servicios administrativos y laborales* es necesaria una disposición legal (como establece la Ley 70/78 sólo para los funcionarios) o un Convenio Colectivo que así lo establezca, dada su distinta naturaleza.

Sin embargo, la STCT 22-5-87 (Actualidad Laboral 875) y la STSJ Madrid 30-10-91 (Rec. 3.821/89) sostienen que el período de contratación administrativa anterior al contrato laboral se computa a efectos de antigüedad si existe una misma prestación de servicios sin solución de continuidad. Para la STSJ Madrid 29-1-91 (AS 916), «el estudio de la doctrina muestra la improcedencia de relacionar el anterior vínculo administrativo con el laboral cuando exista alguna causa de inconexión entre ambos, como pueden serlo la discontinuidad entre la prestación de los servicios de una y otra naturaleza, la diversidad de los respectivos cometidos que constituyan su objeto y, en general, cuantos supuestos consistan en la pretendida aplicación al ámbito laboral de las disposiciones de la Ley 70/78, de 26 de diciembre, que circunscribe a los funcionarios el derecho de computar los servicios prestados bajo modalidades y en tiempos diversos. Tal es la decisión adoptada en las sentencias del Tribunal Supremo de 16-9-87 (RJ 6.207) y 26-10-87 (RJ 7.194), del Tribunal Central de Trabajo de 3-12-88 y de esta misma Sala de 5-7-89 (Rep. TSJ Madrid 780). Pero cuando, como aquí acreditadamente ocurre, se está en presencia de una sola prestación de servicios, materialmente, tanto en el orden cronológico como en el funcional, por no haberse producido solución de continuidad ni cambio del cometido asignado, sino tan sólo la novación atinente a la calificación del contrato, aquella efectiva realidad debe prevalecer sobre esta circunstancia formal, ya que de lo contrario se estaría utilizando la facultad administrativa de elegir uno u otro sistema de contratación en términos extensivos a la lesividad del trabajador ... Esta es la doctrina que aplican las STCT 22-3-85 (RTCT 2.044), 7-6-85 (RTCT 3.787), 31-12-86 (RTCT 14.606), 22-5-87 (RTCT 10.862) y 26-10-88 (RTCT 6.259) y de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 19-7-89.»

En consecuencia, la STSJ Madrid 4-6-96 (Rec. 1.998/96) estima que no es aplicable el tiempo de prestación de servicios anterior ya que ello exigiría una misma relación jurídica, revelada como tal unidad por su continuidad en el mismo puesto de trabajo ocupado e idénticas funciones desempeñadas bajo uno y otro vínculo, administrativo y laboral, lo que no se produce en el caso examinado.

—STS 5-3-86 (RJ 1.208): «El reconocimiento de la antigüedad sólo puede realizarse a quien es trabajador fijo de plantilla, único que puede beneficiarse de aquélla, pues la existente en *contratos temporales* es totalmente ineficaz».

Así también, la STSJ Madrid 4-10-93 (Rec. 4.888/92 s. 10) afirma que «a los (trabajadores fijos) que en su cómputo de antigüedad no

puede acumularse el tiempo de servicios temporales, dado que la finalización de los mismos extingue el contrato de trabajo, con todas sus consecuencias y por imperio del art. 49.3 ET, una vez transcurrido el tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato». En esta misma línea, se pronuncian las STSJ Madrid 27-1-95 (Rec. 1.276/94 s. 50) y 4-6-96 (Rec. 1.998/96).

En contra, la STSJ Madrid 10-9-91 (AS 5.252), que, con cita de STCT 18-5-89 (RTCT 3.336), considera que ninguna norma obsta a que se compute el período total durante el cual se ha pertenecido a la empresa para el cálculo de la antigüedad, incluyendo los contratos de duración determinada. En particular, la STSJ Valencia 14-2-91 (AS 1.566) estima que la duración de los servicios prestados previamente en virtud de contratos de formación o aprendizaje debe computarse para el cálculo de la antigüedad del trabajador ya fijo.

La STS 12-11-93 (RJ 8684) estima que la antigüedad del trabajador incluye todos los servicios prestados para la empresa, sin solución de continuidad, aunque los contratos se hayan celebrado bajo el amparo de contratos de naturaleza distinta, temporales e indefinidos. Así, el art. 25.2 ET no exige que la actividad desarrollada lo haya sido en virtud de un único contrato. En especial, para los contratos en prácticas y para la formación lo dispuso el art. 11.1 d) y 2 ET. En el caso examinado por la sentencia, se computan todos los servicios prestados a pesar de un espacio temporal de breves días entre el primer contrato y el siguiente, considerando que esta corta interrupción no tiene trascendencia no sólo porque su exigüidad impide deducir de ella efectos extintivos de la relación de trabajo que existía con anterioridad sino también porque tal interrupción se llevó a efecto por imposición de la empresa. Este mismo criterio es compartido por las STS 10-4-95 (RJ 3034) y 20-9-96 (RJ 6581).

En esta línea, las STS 16-9-94 (RJ 7159) y 5-3-97 (RJ 2230) reconocen el cómputo a efectos económicos de trienios por antigüedad desde el inicio de la relación laboral y no desde la adquisición de la fijeza.

—STS 28-11-58, STSJ Madrid 25-1-91 (AS 513), 10-9-91 (AS 5.252) y 19-6-92 (AS 3.453) y STSJ Valencia 15-2-91 (AS 1.498) y 20-2-91 (AS 1.503): Si el trabajador cesa en la empresa y vuelve posteriormente, pasado el tiempo, a la misma, su *antigüedad habrá de computarse desde el nuevo ingreso*, pues, como dice la STSJ Madrid 19-6-92, «es lo cierto que, salvo pacto en contra, que no lo hay, la antigüedad requiere la ininterrupción del contrato de trabajo desde su inicio y

en el tiempo, como una no solución de continuidad de la relación laboral».

—STS 2-7-91 (RJ 6.242) y 14-7-92 (RJ 5.618): Para el *cálculo del trienio* ha de tomarse como referencia la retribución percibida en la fecha del devengo del complemento salarial.

—STSJ Madrid 28-1-91 (AS 893): Sin perjuicio de la admisibilidad de las acciones declarativas, por implicar un interés meramente preventivo o cautelar no procede el ejercicio de *acción declarativa de antigüedad* tras el cese de la relación laboral. Ver *ACCIONES MERO-DECLARATIVAS.*

CASACIÓN, recurso de

Ver también *RECURSOS.*

—STS 23-12-91 (RJ 9.097): «La flexibilidad en la interpretación de los requisitos formales a que debe someterse la parte en la confección del recurso ... no debe ser entendida con amplitud tal que cargue sobre la Sala la confección de los *motivos impugnatorios* ... salvo que se trate de infracción que afecte al orden público».

Así, la STS 1-12-93 (La Ley 15.913-R) exige que en el escrito de interposición del recurso de casación para unificación de doctrina se fundamente la infracción. Y STS 1-12-93 (La Ley 13.626) considera que el carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina impide entrar en el examen de cuestiones a las que específicamente se formulan en los correspondientes motivos.

—STS 16-7-1997 (Rec. 4598/96) estima que el incumplimiento de los requisitos de igualdad sustancial entre los supuestos de las sentencias a contrastar que impone el art. 217 LPL puede ser examinado en sentencia, si bien en tal caso la causa de inadmisión se transforma en causa de desestimación.

—STS 26-9-91 (RJ 7.185), 20-1-92 (RJ 48), 20-3-92 (RJ 1.859) y 14-4-92 (RJ 2.646): Las *sentencias supuestamente contradictorias deben ser de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo,* salvo la excepción de cuestiones laborales resueltas por la jurisprudencia civil antes de la existencia de dicha sala, excepción recogida por STS 15-7-91 (RJ 5.987). Tampoco sirven como resoluciones de referencia las de la sala de conflictos del Tribunal Supremo, como recuerda la STS 16-10-92 (RJ 7.644).

—STS 22-3-91 (RJ 1.892) y 15-6-92 (RJ 4.579): Las *sentencias del TCT* no tiene valor comparativo o referencial a los efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina.

—STS 21-12-92 (RJ 10.345): Es evidente que un *auto carece de idoneidad* para fundar la contradicción a efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina.

—ATS 15-3-95 (RJ 2.016) estima que *la sentencia de contraste ha de ser «una* cuando uno sea el tema o extremo de contradicción»); esto es, «una sentencia contradictoria por cada punto o tema de con-

tradicción» (STS 17-4-96, RJ 3.321), por lo que sólo se admite más de una sentencia de contraste Aen caso de pluralidad de temas de infracción» (STS 7-2-96, RJ 857).

—STS 21-7-95 (Rec. 1.008/95): «No son aptas para acreditar la contradicción ... las *sentencias de esta Sala que no han sido aportadas* por la parte recurrente, a quien corresponde esta carga procesal». Sin embargo, esta exigencia ha sido luego abandonada, procurando la Sala los testimonios de estas sentencias.

—STS 8-3-93 (RJ 1.712): La *sentencia de contraste* ha de ser *anterior* a la recurrida (o publicada anteriormente aunque posterior) pero no es necesario que sea firme, ya que la ley no lo exige, pudiendo hallarse pendiente del recurso de casación. STS 11-10-93 (La Ley 15.922-R) reitera que la sentencia de contraste ha de ser anterior a la recurrida.

En cambio, las STS 1-12-93 (La Ley 15.913-R), 14-7-95 y 1-3-96 (RJ 4.133) estiman que es indispensable, para que exista contradicción, que la sentencia de contraste sea *firme*. El ATS 22-5-97 (Rec. 4650/96) confirma la exigencia de que la sentencia de contraste sea firme.

Los ATS 15-7-97 (Rec. 562/97) y 4-12-97 (Rec. 199/97) insiste en que la sentencia de contraste ha de ser firme al tiempo de la publicación de la impugnada.

—STS 15-7-91 (RJ 5.989) y ATS 15-3-95: Basta aportar *una sola sentencia contradictoria* con la impugnada.

—STS 2-6-92 (RJ 4.508 y 4.510): Para que proceda el recurso de casación para la unificación de doctrina debe existir una auténtica *contradicción entre sentencias* y hacerse una relación precisa y circunstanciada de ella.

Según el ATS 28-12-92 (RJ 10.731), la alegación y especificación de las sentencias contrarias a la recurrida se ha de llevar a cabo necesariamente en el escrito de interposición del recurso, como se deduce de los arts. 216 y 221 LPL.

Ahora bien, las STS 5-6-92 (RJ 4.524) y 6-10-92 (RJ 7.615) y dos ATS 13-11-92 (Rec. 3.206 y 3.320/92) advierten que la exposición sucinta de los requisitos para recurrir en la preparación del recurso debe mostrar la contradicción entre sentencias.

En definitiva, como señala la STS 21-12-92 (RJ 10.345), la contradicción es presupuesto de recurribilidad y es determinada por los siguientes elementos: la concordancia o armonía subjetiva, la igualdad sustancial objetiva y la divergencia de pronunciamientos.

La STS 10-11-93 (La Ley 15.845-R) entiende que el recurso de casación para la unificación de doctrina exige tres requisitos: a) con-

tradicción en supuestos sustancialmente idénticos, b) infracción de normas del ordenamiento jurídico y c) quebranto de la uniformidad en la aplicación del Derecho y la formación de la jurisprudencia.

El ATS 20-12-94 (Rec. 855/93), con cita de la STS 28-1-92, concluye que el objeto de análisis de la contradicción no es la comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversia, sino una exposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, sustancial igualdad que ha de ser tanto subjetiva (posición procesal de las partes) como objetiva (hechos, fundamentos y pretensiones).

La STS 25-11-93 (La Ley 15.917-R) aclara que la preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina debe hacer referencia a la contradicción entre sentencias, referencia que, si bien no consiste en la relación precisa y circunstanciada propia de la interposición, no debe ser limitada a una mera afirmación sin decir cuáles son las sentencias contradictorias ni ofrecer unos datos mínimos que demuestren la contradicción, debiendo limitarse el escrito de interposición a las sentencias citadas al preparar el recurso.

La STS 27-5-96 (RJ 4.676) recuerda que «esta Sala, ya desde los Autos de 13, 16 y 27 noviembre 1,992 (RJ 8.807, 8.808, 9.287 y 9.291) y Sentencias de 13 noviembre 1.992 (RJ 8.804), 27 septiembre y 25 noviembre 1.993 (RJ 7.047 y 9.072), entre otras, [ha expuesto un firme criterio] en el sentido de que ... [al preparar el recurso] la parte que pretende recurrir no viene obligada a establecer un análisis comparativo de las identidades que constituye el ámbito propio de la relación precisa y circunstanciada del escrito de interposición, pero debe identificar el núcleo básico de la contradicción y las sentencias respecto a las que se produce, cuya designación vincula las que luego se relacionarán y estudiarán en escrito de interposición y con él se aportarán, de modo que su omisión es un defecto insubsanable». Ello viene reiterado por ATS 2-12-97 (Rec. 1962/97) y 13-1-98 (Rec. 2831).

Esta interpretación ha sido considerada conforme con el art. 24 de la Constitución por el Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1993.

—ATS 5-2-93 (Rec. 2.147/92), 18-2-93 (Rec. 2.999/92), 8-3-93 (Rec. 2.448/92) y 9-12-97 (Rec. 1706/97): No es admisible el recurso de casación para la unificación de la doctrina contra *sentencias que acojan la doctrina sentada*, precisamente, en unificación de doctrina.

En esta línea, la STS 13-5-97 (Rec. 2858/96) recuerda que «pierden valor referencial a efectos del juicio de contradicción las sentencias cuya doctrina ha sido variada ulteriormente».

—STS 4-3-91 (RJ 1.826) desestima el recurso de casación por *no haberse preparado dentro de plazo*, habiéndose anunciado recurso de suplicación a pesar de que se notificó correctamente que el recurso procedente era el de casación.

La STS 11-10-93 (La Ley 15.922-R) estima transcurrido el plazo por no poder ser tomado como fecha de presentación la de la entrada del escrito en el juzgado de lo Social, en vez del Tribunal Superior.

—STS 17-12-91 (RJ 9.078) y 3-6-92 (RJ 4.737) y ATS 24-6-97 (Rec. 4459/96): No cabe la revisión de los *hechos probados* en el recurso de casación para la unificación de la doctrina.

—STS 16-7-91 (RJ 6.833) y 2-4-92 (RJ 2.587) ponen de relieve la dificultad de que prospere un recurso de casación para la unificación de doctrina respecto de la justificación o no de una causa de *despido*, por la singularidad de cada caso.

—STS 4-7-94 (RJ 6.330) pueden considerarse sustancialmente iguales dos sentencias aunque una resuelva *una acción de despido y otra una declarativa del derecho a la fijeza*.

—STS 4-12-91 (RJ 9.038) y 31-10-92 (RJ 9.284): Se puede admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina en supuestos de *vicios procesales*, pero es necesario que «las irregularidades sean homogéneas, que hayan producido indefensión de la parte, la identidad de la situación procesal, la sustancial igualdad de los hechos, fundamentos y pretensiones y la divergencia en los pronunciamientos». El voto particular a la STS 4-12-91 entiende que basta la igualdad sustancial de las formas, sin que deba tratarse de la infracción de la misma forma, y que no procede entrar a examinar las acciones interpuestas.

Según la STS 28-6-93 (RJ 4.930), «no toda disposición procesal es eficaz para fundar la casación de unificación de doctrina, ya que de acuerdo con el carácter extraordinario de este recurso ha de tratarse de infracciones procesales susceptibles de dar lugar a la casación ordinaria, conforme al art. 204 LPL», entendiendo que la *variación sustancial entre vía previa y proceso* no es incongruencia ni es motivo de casación.

La STS 1-12-93 (La Ley 13.626) reitera que sólo cabe invocar infracciones procesales susceptibles de dar lugar a la casación.

El ATS 27-11-97 (Rec. 3201/97) reitera la doctrina de la STS 4-12-91, seguida en las Ss. 31-10-92, 16-11-92 y 2-10-95, entre otras, por lo que el recurso de casación para la unificación de doctrina relativo a cuestiones procesales (como el efecto positivo de la cosa juzgada) exige la concurrencia de las identidades del art. 217 LPL.

—STS 29-6-92 (RJ 4.687) y 5-11-93 (La Ley 15.819-R): El recurso de casación para la unificación de doctrina sólo puede versar sobre *cuestiones planteadas en suplicación*, no en instancia.

En esta línea se pronuncian las STS 18-1-93 (La Ley 13.394), 5-7-93 (La Ley 15.671-R) y 18-10-93 (La Ley 13.538), la segunda de las cuales aclara que, salvo excepciones vinculadas a determinados temas de decisión que hayan podido introducirse directamente por la propia sentencia, es exigible una correspondencia entre el planteamiento de los recursos de suplicación y casación para la unificación de doctrina cuando el recurrente en casación lo ha sido también en suplicación, pues el TS no podría estimar un recurso de casación para desestimar un recurso de suplicación cuando éste ha sido incorrectamente planteado.

—STS 8-10-96 (RJ 7.502): Es admisible que *en el mismo escrito se comparezca y se interponga* el recurso de casación para la unificación de doctrina.

—STS 17-11-97 (Rec. 896/97) estima el recurso de casación para la unificación de doctrina aunque luego desestima la pretensión de los recurrentes. Esto es, frente al tradicional principio de que el recurso se da contra el fallo y no contra los fundamentos de Derecho, esta sentencia estima el recurso, por ser errónea la doctrina de la sentencia recurrida, aunque contenga el mismo fallo.

—ATS 16-9-97 (Rec. 985/97), con cita de las STS 8-2-93 y 22-2-94, declara que carece de contenido casacional la valoración de la existencia o no de *fraude de ley*.

CENTROS CONCERTADOS

—STS 3-2-93 (Rec. 1.881/92, Actualidad Laboral 1.095), 28-5-93 (Rec. 1.784/92, La Ley 13.242, Actualidad Laboral 4.131), 1-7-93 (Rec. 2.379/92) y 22-12-93 (La Ley 13.644): Es *competente el orden social* para conocer de las demandas formuladas por los profesores contra el Estado y los centros educativos concertados. Así, las primeras dicen que «es competente por razón de la materia la jurisdicción del orden social para conocer de las demandas formuladas frente a la Administración, que aunque no asume ninguna posición empresarial en el ámbito de la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores sí queda obligada al pago delegado del salario por cuenta de aquel», siendo «una cuestión litigiosa que se promueve como consecuencia del contrato de trabajo». En contra, STSJ Castilla y León 11-6-91 (AS 3.814).

—STS 20-9-96 desestima conflicto colectivo para la *equiparación salarial de profesores* de centros concertados y públicos.

—STS 3-2-93 (Rec. 1.881/92) y 28-5-93 (Rec. 1.784/92): Las normas reguladoras de los conciertos educativos limitan la obligación de la Administración cuando se trata de alteraciones en los salarios del profesorado derivadas de *Convenios Colectivos* ... pero ello no puede tener más alcance que el de condición del «quantum» de dicha obligación, si es que se prueba la concurrencia de la expresada limitación.

La STSJ Canarias 31-10-91 (AS 5.473) observa que la condena al Estado en materia de centros concertados debe observar los *límites presupuestarios* a las cantidades destinadas a tales centros.

Según la STSJ Castilla y León 20-1-92 (AS 107), no se puede condenar al Estado a abonar un *concepto extra salarial contenido en el Convenio Colectivo* de la enseñanza privada, que fue negociado sin intervención alguna del Ministerio de Educación.

Ahora bien, como determina la STSJ Madrid 28-2-94 (Rec. 1.771/93 s. 1.ª), el Ministerio de Educación responde en vía laboral del complemento de *jefatura de departamento* pues está incluido como tal complemento salarial en el Convenio Colectivo de aplicación y, por tanto, en el art. 49 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación.

—STSJ Madrid 29-7-92 (Rec. 2.889/91 s. 1.ª): El pago delegado de la Administración *no exime al centro de sus obligaciones* como

empresario, por lo que conserva la legitimación pasiva para responder solidariamente con la Administración.

—STSJ Madrid 7-4-92 (Rec. 1.465/91 s. 1.ª): *El MINISTERIO DE EDUCACIÓN no carece de legitimación pasiva*, existiendo un litisconsorcio pasivo necesario, pues debe ser oído al tener que pagar Así también STSJ Extremadura 5-4-91 (AS 2.483).

—STSJ Madrid 11-1-93 (Rec. 4.696/92 s. 2.ª): Falta de legitimación pasiva del MINISTERIO DE EDUCACIÓN (en supuesto de *extinción del contrato por voluntad del trabajador*) porque no asume el carácter de empresario por el pago delegado que efectúa en virtud del concierto.

Así, la STS 22-12-93 (La Ley 13.644) reitera que, como ya señaló la de 3-2-93, la competencia del orden social para conocer de reclamaciones salariales del personal docente de centros concertados en las que se encuentre involucrada la Administración educativa, no supone que el poder público asuma la posición de empleador o empresario en las relaciones de trabajo de dicho personal, de suerte que «su responsabilidad debe limitarse al pago delegado de los salarios de los mismos previsto en el art. 49 Ley Orgánica del Derecho a la Educación y concordantes. No es posible, por ello, implicar al Ministerio de Educación y Ciencia en las consecuencias indemnizatorias de una decisión del titular del centro concertado —la reducción irregular de la jornada de trabajo— en la que el Ministerio de Educación y Ciencia no ha participado, y que debe imputarse exclusivamente a la responsabilidad empresarial que dicho titular del centro ostenta.

—STSJ Madrid 12-1-93 (Rec. 4.270/92 s. 20): Respecto de las *indemnizaciones suplementarias* que prevé el acuerdo de 24-5-89 (punto 6.1. e), aparte de las ordinarias (del art. 51.10 ET y el punto 6.1. d), hay que tener en cuenta que ese acuerdo se subordina en cuanto a las medidas económicas a las disponibilidades presupuestarias, lo que dio lugar a la addenda de 3-7-91 (que condiciona la indemnización al cumplimiento de ciertos requisitos, como haber alcanzado los 50 años de edad), la cual constituye una válida modificación pues el primer acuerdo no tiene la condición de Convenio Colectivo.

En contra, la STSJ Madrid 28-10-93 (Rec. 642/93 s. 2.ª) entiende que la addenda no tiene otra incidencia que la de rebajar el límite de edad para la jubilación anticipada y en nada afecta a la opción entre indemnización y recolocación.

CLASIFICACIÓN PROFESIONAL/ TRABAJOS DE SUPERIOR CATEGORÍA

Ver también *COMISIONES PARITARIAS, DEMANDA* y *SUPLICACIÓN, recurso de.*

CUESTIONES PROCESALES

—STSJ Madrid 31-5-90 (AS 1.804) y STSJ Canarias 12-3-91 (AS 2.230) declaran la nulidad de actuaciones por omisión del informe de la Inspección de Trabajo, del que sólo puede prescindirse, según la primera, si tras un segundo requerimiento la Inspección de Trabajo mantiene su actitud pasiva.

Según la STSJ Madrid 8-5-92 (AS 2.682), so pena de nulidad, el *informe de la Inspección de Trabajo y del Comité* de Empresa deben reclamarse en todos los casos en que se discuta que las funciones desarrolladas son las de la categoría que se ostenta, y por ello no sólo en clasificación profesional en sentido estricto sino también en la reclamación por diferencias salariales por trabajos de superior categoría.

En cambio, la STSJ Galicia 18-4-91 (AS 2.430) y la STSJ Madrid 13-3-90 (Actualidad Laboral 716) dice que no se exigen los informes de la Inspección de Trabajo y del comité de empresa en la mera reclamación de diferencias salariales.

—STSJ Valencia 13-3-91 (AS 1.807): En el *Ministerio de Defensa*, el *informe de la inspección* de trabajo, que no puede ejercer sus funciones dentro de los recintos militares (art. 4.1 D 23 julio 1971), es sustituido por la información que prevé el art. 73.2 RD 2.205/80 de 13 de junio.

—STSJ Madrid 3-1-91 (AS 682): En los hechos probados de la sentencia de clasificación profesional debe *constar la diferencia retributiva* anual entre la categoría ostentada y la que se solicita.

—STSJ Valencia 8-2-91 (AS 1.555) y 22-2-91 (AS 1.508) declaran la nulidad de la sentencia por estimar una pretensión de diferencias salariales por trabajos de superior categoría *sin cuantificar la cantidad* líquida que sea objeto de condena, dada la prohibición de su determinación en ejecución de sentencia, que establece la LPL.

—STSJ Madrid 28-5-91 (Rec. 8.974/89 s. 1.ª-2.ª) y 28-6-93 (Rec. 3.004/93): Existe incongruencia si se concede *clasificación o diferencias salariales por una categoría distinta de la pedida.*

—STSJ Madrid 26-6-91 (Rec. 3.629/90 s. 1.ª): La demanda de clasificación profesional debe especificar las *funciones*, con el detalle y concreción debidos. De no subsanarse esta falta se produce nulidad de actuaciones.

En igual sentido, la STSJ Extremadura 7-2-91 (AS 1.266) entiende que es necesario que tal demanda concrete las categorías asignadas desde el inicio de la relación laboral, las categorías pretendidas y las funciones que desde el inicio realizaran los productores.

Las STSJ Madrid 16-10-90 (Rec. 1.822/90 s. 1.ª), 30-1-91 (Rec. 2.539/90 s. 1.ª) y la ya citada de 26-6-91 declaran la nulidad de las actuaciones por no constar las funciones desarrolladas durante el período reclamado, de forma pormenorizada, en las sentencias de clasificación profesional o diferencias salariales por trabajos de superior categoría.

La STSJ Madrid 13-12-90 (Rec. 2.372/90) declara la nulidad de actuaciones por no hacerse constar en los hechos probados si las funciones supuestamente superiores se desempeñan desde el inicio de la relación laboral.

—STSJ Madrid 3-7-91 (Rec. 3.853/90 s. 1.ª): Aunque haya *sentencias anteriores estimatorias*, al actor incumbe probar las funciones superiores, con arreglo al art. 1.214 CC.

Sin embargo, la STSJ Madrid 13-3-90 (Actualidad Laboral 716) dice que «si los cometidos desempeñados por el actor durante el período posterior aquí reclamado han seguido siendo sustancialmente los mismos que desempeñó en aquel otro período anterior (por el cual ya obtuvo por sentencia firme las diferencias salariales por trabajos de superior categoría) y no se ha probado por la empresa» el cambio de las normas aplicables, está fundada la estimación de la demanda[1].

Y la STSJ Madrid 25-1-94 (Rec. 1.971/93 s. 1.ª) entiende que, al no haberse probado que los actores vengan desempeñando funciones distintas a las desempeñadas en los períodos anteriores por los que se les

[1] Ha de tenerse en cuenta también la doctrina del Tribunal Constitucional examinada en la voz JURISPRUDENCIA sobre la disparidad de fallos judiciales en situaciones semejantes, que obliga al mismo juzgado o tribunal que reconoció o negó las diferencias salariales por los mismos trabajos de superior categoría en un período anterior a mantener su criterio, salvo que exista una justificación razonable para el cambio de criterio.

reconocieron diferencias salariales por trabajos de superior categoría, aunque no se haya verificado prueba alguna de que siguen desempeñando tales funciones, con ello se ratifica la continuidad de las tareas que se vienen realizando y, aun cuando es conveniente que en cada caso concreto y por corresponder a períodos distintos se reseñen las tareas que realizan los actores, sin embargo, al ser repetidas y continuadas y además perfectamente conocidas por la entidad recurrente es evidente que la confirmación del mantenimiento de la situación controvertida hecha en la forma descrita no la coloca en situación de indefensión, máxime si se tiene en cuenta que en el acto del juicio no se aportó por la misma prueba alguna que lo desvirtuase, razones que justifican también el rechazo a la violación del art. 23.3 ET en relación con el art. 1.214 CC.

Efectos

—STS 11-5-93 (La Ley 13.187): En caso de trabajos de superior categoría las *diferencias salariales a abonar* deben comprender la prorrata de los complementos de vencimiento periódico superior al mes, como las pagas extras, pues aunque venzan en un determinado momento se devengan día a día.

—STC 30-11-92 cita la acción de clasificación profesional como *meramente declarativa*, es decir, no de condena, si bien la STSJ Madrid 24-9-91 (Rec. 5/91 s. 1.ª) afirma, con mayor precisión, el carácter constitutivo de la acción de clasificación profesional. Sin embargo, STSJ Madrid 7-5-93 (Rec. 967/93 s. 1.ª), con cita de las STS 18-9 y 13-11-89, contradice esta anterior sentencia diciendo que «no es constitutiva, puesto que no produce la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, sino que constata tan solo una realidad que ya existía fuera del ámbito judicial, y que ha de operar por ello con eficacia «ex tunc», dada su naturaleza meramente declarativa, fijando sus efectos, al menos, desde la reclamación previa. En esta línea también se manifiesta la STS 30-9-92 citada más abajo. Por su parte, la STC 20/93 de 18-1 (La Ley 2.143) reitera que la acción de clasificación profesional tiene carácter meramente declarativo, pudiendo ir acompañada o no de la reclamaciones de diferencias salariales por trabajos de superior categoría.

—STC 19-7-82 (RTC 51), STS de la sala de lo Contencioso-administrativo 16 y 23-5-86 (RJ 2.376 y 2.403), y STSJ Madrid 23-10-91: La

Orden de 29 de diciembre de 1945 que concede efectos a la clasificación profesional desde la fecha de la reclamación previa ha de entenderse derogada en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, dándose igualmente una ilegalidad ordinaria y siendo nula por aplicación conjunta del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y el anterior art. 1 de la LPL.

Por su parte, la STS 30-9-92 (RJ 6.828) sostiene que la citada Orden de 29 de diciembre de 1945 ha de entenderse derogada por el ET, pues el derecho a la retribución no deriva de su reconocimiento sino de la propia naturaleza del trabajo desempeñado, pero no es necesario suscitar el problema de los efectos retroactivos del reconocimiento de la clasificación profesional pues, precisamente, el derecho a las diferencias salariales deriva del ejercicio de las funciones superiores, teniendo el trabajador derecho a su abono desde el desempeño de las mismas, sin perjuicio de la prescripción. Ver también STSJ Madrid 7-5-93 más arriba.

—STSJ Madrid 23-2-93 (Rec. 246/93), 23-3-93 (Rec. 3.807/92) y 13-10-93 (Rec. 4.030/93 s. 5.ª): Si la *sentencia no establece la fecha de efectos* de la clasificación no cabe pedirla en ejecución, como cuestión no decidida en el título ejecutivo.

—STSJ Madrid 14-5-90 (Rec. 517/88), 26-12-90 (Rec. 2.291/90) y 9-9-91 (Rec. 692/91): *No hay lugar a la consolidación de retribuciones* por el desarrollo de funciones de superior categoría. La previsión del art. 23.1 b) RD 2.205/80, de 13 de junio, en este sentido es nula de pleno Derecho.

Obstáculos legales y convencionales

—STS 10-6-74 (RJ 3.208), 17-10-75 (RJ 3.509) y 29-11-76 (RJ 5.972), 26-1-84 (RJ 101), 20-6-88 (RJ 5.439), 7-6-91 (RJ 5.137), 3-6-92 (RJ 4.517), 20-7-92 (RJ 5.635) y 23-11-92 (RJ 8.826) afirman que, cuando rige un sistema de ascensos debidamente regulado, aquellos trabajadores que desempeñen funciones superiores a las en que estuviesen clasificados no podrán cubrir plaza ni consolidar la categoría superior si no se observa tal sistema regulador, conforme a la doctrina del *obstáculo convencional*, puesto que el art. 23 ET establece que cuando el ascenso no proceda legal o convencionalmente sólo habrá lugar al abono de diferencias salariales, si bien dicho obstáculo no es oponible si la inadecuación entre las funciones del trabajador y la

categoría profesional se produce desde el inicio de la relación laboral, aplicándose el art. 16.4 ET y no el 23[2].

Desarrollan esta tesis, las STS 26-1-84 y 20-6-88 (referentes a un ente público, en concreto RTVE): la primera declara que la consolidación de categoría prevista en el art. 23 del Estatuto de los Trabajadores está supeditada a que proceda legal o convencionalmente el ascenso, conforme dispone el número 3 del mencionado precepto, supeditación cuya finalidad no es otra que la de mantener el principio de no discriminación y limitar las decisiones discrecionales del empresario que no se sometan a la normativa de ascenso, decisiones que pueden ocasionar el consiguiente perjuicio para los derechos de terceros interesados en que funcione regularmente el sistema de promoción en el trabajo (consagrado en el art. 35 CE); y la segunda reitera que en el art. 23 ET se limitan las facultades empresariales, reduciéndolas a un segundo plano si la ley o el pacto regulan un sistema de ascensos y así se respetan los derechos de terceros compañeros de trabajo que podrían tener capacidad y competencia suficientes para ocupar la plaza. Por ello, ambas resoluciones afirman que quien aspira a consolidar la categoría superior puede, además de percibir la diferencia salarial correspondiente, instar en forma legalmente pertinente la convocatoria del oportuno concurso, para atribuir la plaza a quien presente mayores méritos; y de esta forma se armonizan su situación y aspiración de ascenso con los también legítimos derechos de terceros, siendo indiferente que no conste la existencia concreta de terceros con mejor derecho, ya que basta su existencia en potencia.

Ahora bien, como señala la STS 8-4-87 (también sobre RTVE), si el trabajador ha venido realizando desde el comienzo de su relación laboral funciones de categoría superior a la atribuida, es evidente que no estamos ante un supuesto de ascenso por la realización de trabajos correspondientes a una categoría profesional superior a la reconocida que el art. 23.3 ET condiciona a su procedencia conforme a las normas legales o convencionales que regulan la promoción en la empresa, sino ante una clasificación originaria incorrecta imputable a la empresa, que debe ser rectificada conforme al principio de adecua-

[2] La doctrina puede ser la misma, «mutatis mutandis», tras la reforma de 1994, siendo equivalente al antiguo art. 23 el nuevo art. 39 ET. No parece, desde luego, que la reforma se oriente a unificar el tratamiento de los trabajos de superior categoría, sean desde el inicio de la relación laboral o desde después del mismo sino, más bien, a aclarar su separación pues el obstáculo convencional viene contemplado al tratar de la movilidad funcional (art. 39 ET), que supone la atribución de funciones distintas de las primeramente encomendadas.

ción entre función y categoría implícitamente recogido en el art. 16.4 ET. Por consiguiente, si se infringieron las normas relativas a la determinación de la categoría profesional, las consecuencias de este incumplimiento no deben recaer sobre el trabajador, sometiéndole a un status de permanente irregularidad en la empresa. En esta línea, las STS 7-6-91, 20-7-92 y 23-11-92 ratifican que si las funciones superiores se desarrollan desde el inicio de la relación laboral no se aplica el art. 23.3 sino el 16.4 ET.

Aisladamente, la STCT 16-5-88 (RTCT 3.501) dice en su fundamento tercero que «es indiferente que las funciones superiores aducidas se ejerzan desde el inicio de la relación laboral o hayan sido ordenadas con posterioridad por la empresa», y STSJ Castilla y León 7-3-91 (AS 1.924) considera que, aunque las funciones superiores se desarrollen desde el inicio de la relación laboral, es igualmente oponible el obstáculo convencional que supone un sistema reglado para el cambio de categoría.

—STSJ Madrid 8-6-90 (Rec. 929/90) y 29-11-90 (Rec. 5.365/88): Existe *obstáculo convencional en el Convenio del Ministerio de Obras Públicas* por cuanto transcribe algunos preceptos del art. 23 ET, que operarían aunque no los recogiese, y establece que las plazas vacantes deben proveerse a través de los procedimientos reglados.

—STSJ Madrid 21-5-91 (Rec. 6.157/88 s. 1.ª) y 26-2-92 (AS 1.042): Existe *obstáculo convencional en el Instituto de Salud Carlos III*, al existir un procedimiento reglado de ascenso.

—STS 27-12-91 (RJ 9.105): El *principio de adecuación función-categoría* recogido por el art. 16.4 ET, que no es absoluto, *encuentra un límite en el art. 19.1 LMRFP*, de 2 agosto 1984, que impone procedimientos reglados de acceso al empleo público, funcionarial o laboral, para el cumplimiento de los principios del art. 103 CE. La sentencia recuerda que la STS 18-3-91, de la propia sala, declara que el ordenamiento laboral es aplicable a los trabajadores de las Administraciones Públicas con las salvedades que se deriven de su legislación específica, entre las que se encuentra el art. 19.1 de la citada Ley 30/84, conforme al cual «las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario o laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad». A ello añade, en su fundamento jurídico cuarto, que «la anterior premisa doctrinal

sobre la aplicación matizada de la legislación laboral en las Administraciones Públicas obliga de entrada a reconocer la vigencia para los contratos de trabajo celebrados en el sector público administrativo del principio de equivalencia función-categoría ... Ahora bien, tanto en el sector público como en el sector privado, la equivalencia función-categoría no es una norma incondicional sino un criterio o principio normativo, cuya aplicación admite matizaciones y salvedades ... La propia formulación literal del art. 16.4 ET limita su alcance al declarar que tal acuerdo clasificatorio se realizará con sumisión y en los términos establecidos en Convenios Colectivos y, en su defecto, en las normas reglamentarias laborales. Este condicionamiento ... debe extenderse sin duda a la norma establecida en el art. 19.1 de la Ley 30/1984». En definitiva, «una de las matizaciones o salvedades que debe admitir dicho principio de regulación es la regla de selección en las Administraciones Públicas por un procedimiento que permita valorar los méritos comparativos de los candidatos, regla cuya justificación constitucional última son los principios de eficacia y de objetividad en el servicio a los intereses generales que, según el art. 103 de la Constitución debe inspirar la organización administrativa», regla acogida también en los Convenios Colectivos.

En esta línea se manifiestan las STSJ Castilla-La Mancha 24-1-92 (AS 1.497), STSJ Andalucía 2-10-92 (AS 6.566) y 11-12-92 (AS 6.602) y STSJ Baleares 30-11-92 (AS 5.813)[3].

—Dos STS 18-3-97 (Rec. 2821 y 2826/97) consideran que la exigencia del art. 50 del Convenio del Ministerio de Economía y Hacienda (*autorización superior e informe* de comisión paritaria para la orden de trabajos de superior categoría) no supone que no deban abonarse los trabajos de superior categoría efectivamente realizados a pesar de faltar tales requisitos. El mismo criterio es sustentado por las STS 11-5-97 (Rec. 2876/96) y 3-7-97 (Rec. 4340/96).

En igual sentido, la STSJ Madrid 17-12-93 (Rec. 5.421/93 s. 1.ª) entiende que esos requisitos juegan para la empresa pero que no pue-

[3] Con posterioridad, las STS 3-6-92 (RJ 4.517), 20-7-92 (RJ 5.635) y 23-11-92 (Rec. 2.272/91), más arriba citadas, recogen la tradicional doctrina de que el obstáculo convencional es oponible cuando las funciones superiores no se desarrollan desde el inicio de la relación laboral. Para algunos, estas sentencias contradicen la doctrina sentada por la STS 27-12-91. En realidad, lo que hacen es confirmar la doctrina tradicional y no entran a discutir si el principio mismo de adecuación función-categoría es aplicable en la Administración por los razonamientos recogidos en la citada sentencia, toda vez que tal cuestión no se planteaba en las sentencias recurridas ni en los recursos contra las mismas. La STS 25-1-93 (RJ 268) recuerda la de 27-11-91.

den ser opuestos al trabajador que, de hecho, ha ejercido funciones de superior categoría pues lo contrario implicaría un enriquecimiento injusto. También STSJ Madrid 28-10-91 (Rec. 1.364/91 s. 1.ª, Actualidad Laboral 334) rechaza que la falta de estos requisitos pueda oponerse al cobro de las diferencias salariales por trabajos de superior categoría, toda vez que el salario correspondiente al trabajo debe abonarse aunque la obligación sea nula por imperativo del art. 9.2 ET.

Requisitos de plenitud y titulación

—STS 3-6-92 (RJ 4.517): No procede la clasificación profesional si se carece del *título* exigido en el Convenio.

—STSJ Madrid 28-5-91: No por el simple hecho de tener la *titulación* establecida en el Convenio para una categoría profesional hay derecho a ella.

—STSJ Madrid 9-7-91 (Rec. 4.198/90 s. 1.ª-2.ª) y 14-5-92 (Rec. 2.769/91 s. 1.ª-2.ª), entre otras, exigen para que proceda tanto la pretensión de clasificación profesional como la de diferencias retributivas que se desempeñe la *totalidad de las funciones esenciales*, y no solamente algunas, de la categoría superior alegada.

Así también la STSJ Andalucía 25-3-91 (AS 2.266) significa que «el éxito de todo conflicto en materia de clasificación profesional, aun cuando se contraiga a la acción de reclamación de diferencias retributivas por ejercitar servicios de superior categoría, con apoyo legal del n.º 3 del art. 23 ET, ofrece como presupuesto indispensable la cumplida demostración de que las funciones que se realizan tienen incardinación en la superior categoría, bien entendido que han de comprender las funciones básicas y esenciales de la categoría pretendida, y no simplemente las accesorias o complementarias».

—STSJ Madrid 30-10-91 (Rec. 14.004/89 s. 10-20) estima que «dentro de la dificultad que en la Administración Pública supone diferenciar las tareas administrativas en relación con las categorías profesionales por razón de la proximidad de las mismas, en todo caso para reconocer una superior categoría o las diferencias salariales correspondientes, debe resultar *manifiesta la inadecuación de las tareas encomendadas con las propias de la categoría* que se ostente».

—STS 30-3-92 (RJ 1.887): La reclamación de diferencias salariales por la realización de trabajos de categoría superior sólo puede prosperar si concurre una precisa y puntual *correlación entre las tareas*

desempeñadas por el trabajador y las que son propias de la superior categoría profesional, así como estar en posesión del *título* académico oficial que habilite para el ejercicio de una profesión cuando éste sea exigido por el Convenio. Consecuentemente con lo expuesto, no es dable ignorar que la exigencia de una determinada titulación oficial para el desarrollo de determinado género de actividades laborales se erige en ineludible presupuesto para la efectiva realización de las mismas en su propia identidad profesional, siendo notorio, asimismo, que la mayor retribución asignada a ellas tiene una razón de ser no sólo en el dato objetivo de la importancia o jerarquía laboral que revisten sino también en el dato subjetivo que representan el despliegue de un período formativo susceptible de capacitar para el legal ejercicio de tales actividades de superior categoría profesional.

La STSJ Madrid 18-5-92 (Rec. 2.801/91) declaró que «al carecer del *título* exigido no está capacitada (la actora) para ejercer en plenitud todas las funciones inherentes a la superior categoría que pretende, como reiteradamente viene declarando esta sala en sus sentencias (p.e. Ss. 20-10-89, 9-1-91, R. 730, 12-6-91 y 9-7-91, Rec. 4.198/90 s. 1.ª-2.ª), lo que implica a su vez el decaimiento de su derecho a las cantidades reclamadas en la demanda».

En esta línea, las STSJ Madrid 6-11-92 (AS 5.680), 9-12-92 (Rec. 927/92), 14-12-92 (Rec. 410/92), 12-1-93 (Rec. 1.130/92), 18-5-93 (Rec. 3.325/92 s. 1.ª), 8-6-93 (Rec. 1.909/93 s. 1.ª), 8-11-93 (Rec. 525/93 s. 1.ª), 17-12-93 (Rec. 1.458/93 s. 1.ª), 18-3-94 (Rec. 2.655/93 s. 1.ª) y 4-6-96 (Rec. 2.055/96) exigen en todo caso el título previsto en el Convenio Colectivo para el abono de diferencias salariales, de acuerdo con la doctrina expuesta arriba. También la STSJ Baleares 30-11-92 (AS 5.813).

Más matizadamente, la STSJ Madrid 2-4-92 (Rec. 623/91 s. 1.ª) sostiene que el título exigido en el Convenio para la categoría es necesario para el abono de diferencias salariales cuando se trata de un título que corresponde al ejercicio de una profesión reservada a quienes lo poseen y no en otro caso; y la STSJ Madrid 15-3-95 estima procedente el abono de diferencias salariales aunque se carezca del título no oficial exigido en el Convenio.

Las STSJ Madrid 14 y 30-9-94 (Rec. 5.587/93 s. 1.ª y 2.724/94 s. 1.ª) reiteran la exigencia del título. Así, la primera de ellas señala que «como reiteradamente viene afirmando esta Sala en reiteradas sentencias, para que nazca el derecho a las diferencias salariales por la realización de trabajos de superior categoría, deben concurrir dos

requisitos ineludibles para ello, que dichos trabajos hayan ocupado la totalidad de las jornadas laborales realizadas durante el período reclamado y que esté la parte demandante capacitada mediante la posesión del título correspondiente exigido por norma legal o pactada en Convenio Colectivo, ya que la posesión del mismo es garantía del buen hacer del trabajador por esta en posesión de conocimientos académicos precisos para su obtención, exigidos en este caso por la Administración, y su carencia determina que tales trabajos no se realicen en plenitud»; y la segunda significa que «como reiteradamente tiene declarado esta Sala, su posesión (la de los títulos de bachiller o formación profesional) ... es requisito necesario para el ejercicio en plenitud de las funciones esenciales de la categoría que se pretende desempeñar y en evitación de la discriminación que supondría la postergación de los que pudieran ostentar el título exigido y pactado en Convenio (art. 82.3 ET), frente a aquellos otros que fuesen designados por la empresa para desempeñar las funciones controvertidas, sin la habilitación suficiente y con infracción del art. 124 de la Constitución Española, dado el carácter técnico de las que se dice cumplir y cuyo desempeño correcto garantiza la titulación que certifica los necesarios conocimientos en la materia, cuya exigencia no tiene el designio de mantener un nivel cultural y técnico sino el de ofrecer la seguridad a la empresa y al usuario del correcto cumplimiento de la prestación laboral exigida».

La STS 27-1-95 confirma el criterio del TSJ de Madrid estimando que no hay derecho a la retribución superior por el ejercicio de funciones superiores sin estar en posesión del título correspondiente.

En cambio, la STSJ Canarias 26-9-96 estima que la falta de título obsta a la clasificación profesional pero no al abono de diferencias retributivas.

—STSJ Madrid 7-2-92 (AS 973) señala que en los casos en que se pretende que los trabajos de superior categoría son los correspondientes a un *titulado universitario específico* es evidente que si se carece del título no se pueden desarrollar las funciones con plenitud.

En general, la STSJ Madrid 4-2-93 (Rec. 4.650/91 s. 5.ª) exige la *adecuación del título* ostentado a la realización de las funciones propias de la profesión correspondiente a la categoría. Y, en esta misma línea, STSJ Madrid 28-6-93 (Rec. 3.004/93 s. 1.ª) afirma que se no lucran diferencias retributivas como titulado superior por la simple posesión de la titulación, siendo precisa la correspondencia entre la dedicación profesional de un lado y la formación y preparación que

representa el título de otro, so pena de premiar económicamente tal posesión al margen de las funciones efectivamente desarrolladas. Abunda en este criterio la STSJ Madrid 15-3-94 (Rec. 2.567/93 s. 1.ª) rechazando que el título de Licenciada en Ciencias Biológicas sea apto para obtener diferencias salariales como diplomada universitaria en el Instituto Nacional de Estadística.

—STS 23-5-1996 (Rec. 3843/95): «No procede la reclamación de salarios por desempeño de trabajos de superior categoría, aunque los trabajos designados a los *titulados de grado medio sean los mismos que los asignados a los titulados superiores* por cuanto los actores han desempeñados funciones propias de la categoría asignada y conforme al contrato celebrado, habiendo percibido las remuneraciones adecuadas a estos conceptos».

Supuestos diversos

—STSJ Valencia 14-2-91 (AS 1.497): Tras el reingreso subsiguiente a la excedencia forzosa, el trabajador no puede reclamar la retribución del *puesto de libre designación* anteriormente desempeñado.

—STS 19-11-86 (RJ 11.915): No es posible otorgar una *categoría profesional inexistente* en la normativa rectora de la actividad.

—STSJ Madrid 12-11-90 (Rec. 1.971/90 s. 1.ª): Si la *categoría está pendiente de definición por una comisión paritaria* lo más que puede pretender el trabajador es que por la citada comisión se efectúe la definición de la categoría.

—STSJ Andalucía 8-11-89 (Actualidad Laboral 29-4-90): Al no ajustarse las actividades al *nomenclátor*, a causa de su *obsolescencia*, la sentencia debe ser absolutoria, no pudiendo resolver en equidad.

—STSJ Madrid 29-1-91 (AS 915) No cabe pedir diferencias salariales por la *realización de funciones propias de funcionarios*, pidiendo el abono de las retribuciones de estos.

—STSJ Cantabria 22-2-91 (AS 1.200): Tratándose de funciones administrativas o asimiladas de naturaleza pública, goza de una cierta preeminencia la categoría considerada desde le punto de vista formal, por lo que *no cabe hablar de desempeño material de una plaza hasta su creación orgánica*.

—STSJ Cantabria 4-1-91 (AS 497) estima que unos *auxiliares de clínica* ejercen de ATS al no haber personal de esta categoría en el hospital durante el período discutido (aunque luego fueron contratados),

debiendo suplir su ausencia, llevando a cabo funciones comunes y otras propias de la categoría superior (como suministrar medicamentos).

—STSJ Madrid 5-5-93 (Rec. 2.917/92 s. 1.ª): No existe *responsabilidad en las labores de tramitación administrativa* si el resultado se somete a la aprobación del jefe de negociado, que lo revisa antes de que produzca efectos, siendo un auxilio administrativo al personal responsable de la gestión administrativa.

Por el contrario, STSJ Cataluña 26-2-91 (AS 1.677) considera como propias de la categoría de oficial primera administrativo y no de auxiliar las consistentes en confección de nóminas, redacción de certificados, confección de órdenes de pago, sin que sea exigible que se firmen documentos.

—STSJ Madrid 10-2-94 (Rec. 2.079/93 s. 1.ª) estima que, en el caso de autos, «falta el componente de la descripción de la categoría de *jefe de negociado* (en el Instituto de Salud Carlos III), consistente en llevar la dirección de otros trabajadores que desarrollan allí sus tareas, bajo tal jefatura».

—STSJ Baleares 30-11-92 (AS 5.813): «La diferencia esencial entre (*agentes ejecutivos y ayudantes*) parece radicar por tanto en que los agentes ejecutivos realizan embargos, mientras que los ayudantes se limitan a notificarlos y habida cuenta que la actora no realiza embargos ... no parece lógico que se le deba abonar el mismo salario que el de otro trabajador con un nivel de titulación de trabajo y dificultad superior, cual es la realización de un embargo en el domicilio de un deudor y bajo su responsabilidad mientras el agente ayudante se limita a ejecutar el embargo acordado y firmado por el jefe de la unidad de recaudación, existiendo además una profunda diferencia entre el relleno en las oficinas de unos impresos en los que el jefe de la unidad decreta el embargo de un inmueble o cuenta corriente, lo que no constituye una verdadera diligencia de embargo en la forma que establece la LEC sino una diligencia sin la presencia del interesado».

COMISIONES PARITARIAS

—STS 19-11-86 (RJ 11.915), 13-2-87 (RJ 3.153) y 8-2-88 (RJ 1.370) proclaman la *validez de las decisiones* de las comisiones paritarias.

—STSJ Madrid 20-2-89 (Rec. 1.791/87): Las *decisiones de las comisiones paritarias en materia de reclasificación* tienen efectos resolutorios y directa eficacia.

—STS 2-6-87 (AS 14.691), 18-10-88 (AS 476) y 26-10-88 (AS 509) y STSJ Canarias 20-2-91 (AS 1.547): Si el Convenio establece que los *conflictos deben ser ventilados previamente ante una comisión paritaria* así ha de hacerse, no vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva.

—STSJ Madrid 7-7-93 (Rec. 3.750/93): «El juez es quien mide el grado de convicción que cada instrumento probatorio le merece, y en presente supuesto, el juzgador da razón de su criterio, aduciendo el carácter paritario de la CIVE (en el *Ministerio de Defensa*), por lo que ningún reproche cabe hacer a quien cumple el mandato del art. 97.2 de la ley procesal».

COMPETENCIA

—STSJ Madrid 17-9-91 (Rec. 3.595/91 s. 5.ª) y 17-12-91 (Rec. 4.607/91 s. 1.ª): La competencia de la *Audiencia Nacional* viene determinada por el alcance geográfico no del Convenio aplicable sino de la problemática planteada.

—STSJ Madrid 1-4-91 (AS 2.580) y 17-3-92 (AS 1.625) sostienen que es aplicable el art. 41 CC, sobre el domicilio, al Estado, de forma que, al amparo de la anterior LPL, puede *demandarse al Estado* en Madrid, domicilio del Estado, o en el lugar de prestación de servicios[1].

En cambio, la STCT 3-12-86 (RTCT 13.056) y 23-5-87 (RTCT 10.912) sostuvo que, careciendo de domicilio el Estado y extendiendo su actividad a todo el territorio, desaparece la alternativa del fuero del domicilio del demandado y debe demandarse en el lugar de prestación de servicios.

—STSJ Galicia 13-2-91 (AS 1.526) concluye que «en los supuestos en que el *fuero electivo* (en materia de Seguridad Social) se ejercita entre diversos juzgados de la provincia, sólo puede decantarse por el juzgado del domicilio del demandante».

—STSJ Madrid 28-1-94 (Rec. 386/93 s. 2.ª): El art. 10.1 LPL establece de forma terminante el *fuero competencial territorial de las demandas contra las Administraciones* Públicas señala que «será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante a elección de éste y tilda o tacha de inadecuado como improcedente a cualquier otra posibilidad, aunque en vía previa no se haya opuesto la falta de competencia territorial.

—STSJ Andalucía s. Granada 3-7-96: No existe inconveniente alguno en el proceso laboral para aceptar la procedencia de la *sumisión expresa o tácita*, por lo que la incompetencia por razón del territorio no es apreciable de oficio.

[1] La Ley de Procedimiento Laboral de 7-4-1995 contiene, en su art. 10.1, una regla especial, que resuelve el supuesto, señalando que «en las demandas contra las Administraciones Públicas será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante, a elección de éste.

En contra, STSJ Galicia 7-8-96 considera que es apreciable de oficio la incompetencia territorial de acuerdo con lo que dispone la base 2.ª de la Ley de Bases de 12 de abril de 1.989.

Ver también JURISDICCIÓN.

CONCILIACIÓN PREVIA

—STC 28-5-92 (RTC 81): No es necesaria la conciliación previa en las *demandas que tengan por objeto un derecho fundamental*, como la libertad sindical.

—STS 23-10-84 (RJ 5.316): La conciliación constituye una *transacción*.

—STSJ Andalucía 5-2-91 (AS 1.100) y 9-7-96: Sería ilógica la exigencia de *conciliación cuando es parte la Administración*, ya que no llevaría a ningún resultado ante la imposibilidad de transigir de una de las partes.

—STC 8-4-97 considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al *inadmitirse una demanda laboral por omisión del acto de conciliación* previo, que fue subsanado.

CONCURSOS

—STS 6-6-89 (RJ 4.542): Las *normas de la convocatoria son ley entre las partes*, indicando que «integra una declaración de voluntad que, como es propio en los actos de esta naturaleza, no sólo ofrece la celebración de un contrato sino que también contiene, con carácter vinculante, las reglas a través de las cuales ha de seleccionarse la persona contratada, quedando, por tanto, *obligada la Administración a* realizar dicha *contratación* si el participante resulta seleccionado con arreglo a los criterios establecidos y cumple las condiciones previstas», estimando el derecho de la actora a ser contratada y condenando a la Administración al pago de una indemnización, pero no propiamente al abono de salarios, pues la vigencia del contrato no se ha iniciado.

Según STS 25-11-91 (RJ 8.262), si *tras aprobar las pruebas selectivas de ingreso, las AAPP no contratan al trabajador*, el orden social es competente.

STSJ Navarra 10-1-91 (AS 225) afirma que las bases de la convocatoria son ley para los participantes y la STSJ Castilla y León 15-1-91 (AS 380) reitera que las bases de la convocatoria vinculan a la Administración.

STSJ Castilla-La Mancha 7-6-91 (AS 3.977) confirma la competencia del orden social pues no se discute cuestión alguna sobre el proceso de selección sino sobre la preferencia a ser contratado en régimen laboral, determinada e indiscutida en dicho proceso según la lista de espera aprobada.

STSJ Madrid 22-9-93 (Rec. 4.258/92 s. 1.ª) sostiene que «siendo ley entre las partes la norma reguladora de la convocatoria a cubrir plazas laborales al servicio de la (Administración) demandada, aprobados los actores y cubiertas las condiciones de la contratación ofertada, nace la obligación de su contratación, sin que pueda ésta dejarse sin efecto a través de una paulatina incorporación, frustrada por la utilización unilateral del personal fijo de la demandada, cuando las obligaciones nacen de los contratos, arts. 1.091 y 1.254 del Código Civil, en relación con sus arts. 1.255 y 1.256, tiene la fuerza de ley apuntada y si se tiene en cuenta que sus pactos, cláusulas y condiciones, ofertadas y aceptadas por la presentación a la convocatoria y

aprobados en la misma, no pueden quedar al arbitrio de una de las partes para cubrir o no los puestos ofrecidos a los actores, siendo de aplicación, ante el incumplimiento descrito la indemnización a que se refieren los arts. 1.101 y siguientes del Código dicho».

—STS 15-6-93 (La Ley 13.283): «Toda persona que, respondiendo a dicha convocatoria pública, se haya presentado a esas pruebas selectivas, *aceptó totalmente las bases y condiciones establecidas* en la misma, y en consecuencia, una vez superó tales pruebas, estas bases y reglas quedaron automáticamente incorporadas a su contrato de trabajo, al existir plena concordancia de voluntades entre la Administración ... que las formuló y los interesados que las aceptaron al presentarse a la pruebas referidas, ... tratándose, pues, de unas reglas y condiciones nacidas de la voluntad libremente pactada entre las partes, que no violan ninguna norma de Derecho necesario, debiendo ser tales reglas las que han de regir las relaciones laborales de autos».

Para STSJ Madrid 17-6-91 (Rec. 3.477/90 s. 1.ª), *si no fue impugnada la convocatoria* no cabe después impugnar el concurso por supuesta ilegalidad de la convocatoria.

En este sentido, la STSJ Madrid 31-3-92 (Rec. 1.333/91 s. 10) sostiene que, dado que la infracción legal radicaría en la convocatoria y sus bases, de la que tienen los accionantes un amplio, profundo y total conocimiento desde el mismo momento de su publicación y a lo largo de la ejecución del concurso-oposición, al no haber impugnado la convocatoria, no cabe pedir luego la anulación del concurso y la adjudicación de la plaza.

—STSJ Aragón 20-3-91 (AS 1.716) aprecia *litisconsorcio pasivo necesario* respecto del adjudicatario de la plaza en la impugnación de un concurso para la provisión de vacantes.

STSJ Galicia 25-5-92 (AS 2.773) estima que ha de demandarse también al resto de concursantes. En esta línea, STSJ Madrid 10-2-94 (Rec. 2.080/93 s. 1.ª) afirma que «todos los participantes en un concurso, que obtuvieran plaza después del designado para la que es objeto de la pretensión, están afectados por la decisión que se adopte sobre el resultado del mismo, y no solo dicho designado para la plaza a la que aspira el impugnante, pues habrá un efecto en cadena sobre quienes han resultado pospuestos a este concursante. De ahí que el art. 24 CE imponga la llamada al proceso de cuantos quedaran en la resolución del concurso pospuestos a los dos litigantes,...(pero) la consecuencia procesal de estimar dicha excepción no es la absolución en la instancia ...(sino) anular todo lo actuado, a partir de la presentación de la demanda, y reponer a dicho momento las actuaciones, a fin de requerir a la demandante para que amplíe la pretensión».

Ver también JURISDICCIÓN.

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

—STS 4-2-84 (RJ 834): El principio de condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida que queda respetada al producirse una modificación legal, *sin que dicho principio pueda oponerse a las normas de Derecho necesario* (art. 3.3 ET) como las reguladoras del despido.

—STS 9-11-89 (RJ 8.029): Las condiciones laborales que tienen su origen en una *concesión unilateral y voluntaria del empleador* se incorporan al nexo contractual, por la regularidad y persistencia de su disfrute, de forma que ya no pueden ser suprimidas unilateralmente por el empresario, salvo en supuestos especiales en que el acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes lleven a la conclusión contraria.

—STS 21-5-90 (RJ 4.481): La condición más beneficiosa consistente en la duración de la jornada o de las vacaciones no puede ser compensada por una subida salarial pues sólo puede *compensarse con conceptos homogéneos.*

STSJ Andalucía 18-1-91 (AS 584) admite la compensación de una condición más beneficiosa de forma homogénea con una mejora salarial superior a las gratificaciones antes recibidas.

STSJ Navarra 23-4-91 (AS 2.725) rechaza la compensación y absorción de un plus de actividad con una subida del salario base por considerar que tales conceptos salariales son heterogéneos.

—STS 15-6-92 (RJ 4.582): «Subyace en toda condición más beneficiosa la existencia de una *voluntad empresarial de otorgar un beneficio* por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia; condición que *pervive* con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado».

—STS 7-6-93 (La Ley 13.261): «Para que se dé una condición más beneficiosa *no basta la repetición* o la persistencia en el tiempo sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el Convenio. Es preciso que se dé la intencionalidad

empresarial o voluntad de mejorar y conceder un beneficio. Para que el disfrute por el trabajador de un beneficio laboral alcance el valor de una condición más beneficiosa o derecho adquirido ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de la duración o persistencia».

La STS 18-1-96 (RJ 3.249) reitera esta doctrina para negar la existencia de condición más beneficiosa en el caso de cestas de navidad.

—STS 21-2-94 y 18-1-1996 (RJ 3249): Los *obsequios navideños* no son salario ni constituyen condición más beneficiosa pues esta exige la consolidación de un beneficio en virtud de una voluntad inequívoca del empresario, siendo, por el contrario, una mera liberalidad.

—STS 27-5-1998 considera condición más beneficiosa la ocupación de vivienda.

—STS 20-12-93 (RJ 9974): Aunque la empresa haya permitido que se prolongase por 2 meses el período de vacaciones del personal, falta sin duda el acto de concesión que otorgaría a esa práctica el carácter de condición más beneficiosa, como lo prueba el que se consignara en los sucesivos contratos un período de vacaciones de 30 días, siendo irrelevante la mayor o menor prolongación de la inexigencia de trabajo en uno de los 2 meses puesto que la tolerancia o condescendencia no dejan de ser tales necesariamente porque duren más o menos tiempo sino porque se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho.

—STSJ Extremadura 11-9-91 (AS 4.912): No son condiciones más beneficiosas las *conseguidas colectivamente*, pues el Convenio Colectivo es un todo indivisible que sustituye en bloque al anterior.

Por ello, como advierte la STS 8-7-97, no puede reputarse como condición más beneficiosa el derecho reconocido por el Convenio Colectivo de una provincia, que no viene establecido en los convenios de otras provincias.

En este sentido, la STCT 27-10-87 (RTCT 23.676) concluye que, conforme a la doctrina reiterada de este tribunal, la condición más beneficiosa no resulta aplicable a aquella condición de trabajo que instaura un orden normativo (como un Convenio Colectivo) pues su sustitución por otro posterior que modificara «in peius» la condición de referencia no impide que tal modificación produzca efectos en los tractos futuros de la relación de trabajo, con cita de las STCT 3-7-80 (RTCT 4.053), 20-1-81 (RTCT 587), 11-1, 25-3, 15-6, 30-9 y 23-11-82 (RTCT 510, 2.112, 4.036, 5.112 y 6.865), 7-12-83 (RTCT 10.591), 22 y 30-1, 1-2 y 27-3-85 (RTCT 358, 538, 691 y 2.147) y 17-3-87 (RTCT 7.079)».

Así, la STSJ Andalucía 25-1-91 (AS 436) y la STSJ Valencia 19-1-91 (AS 958) rechazan la oponibilidad de una condición más beneficiosa establecida por Convenio Colectivo, que puede ser modificada por nuevo Convenio Colectivo.

La STSJ Valencia 25-4-91 (AS 2.337) niega que exista condición más beneficiosa cuando se sustituye la normativa estatal por un convenio colectivo respecto del pago de un plus.

Y la STSJ Madrid 7-1-93 (AS 260) no aprecia la existencia de condición más beneficiosa «ad personam» al no concurrir el requisito esencial de que la mejora o ventaja haya sido reconocida o concedida por voluntad unilateral del empresario, ya que vino establecida en norma legal y desarrollada en Convenio Colectivo[1].

—STSJ Andalucía 25-1-91 (AS 439): La condición más beneficiosa *no puede ser modificada por el Convenio* Colectivo, al no poder disponer de derechos personalísimos.

Así, STSJ Navarra 30-4-91 (AS 2.732) señala que la condición personal más beneficiosa reconocida al trabajador, incorporada a la relación laboral como derecho adquirido, ha de ser respetada por el Convenio Colectivo posterior mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior más favorable que modifique el «status» laboral anterior en materia homogénea.

—STS 17-3-92 (RJ 1.656) niega el carácter de condición más beneficiosa al disfrute de los *puentes* naturales pactados en el calendario anual.

—STSJ Madrid 8-10-93 (Rec. 4.569/92 s. 10): La posible condición más beneficiosa se extingue al *aceptar los trabajadores la reducción* de la cuantía de la cantidad antes percibida.

Ver también JORNADA DE TRABAJO y SALARIOS.

[1] La doctrina expuesta se ve respaldada por el nuevo apartado 4 al art. 82 ET, conforme a la Ley 11/94, para decir que «el Convenio Colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél», con lo que conecta también el nuevo art. 86.4, en cuya virtud, «el Convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan».

CONFLICTOS COLECTIVOS

Ver también ACCIONES MERO-DECLARATIVAS, HUELGA, LITISPENDENCIA y PRESCRIPCIÓN.

—STS 29-4-92 (RJ 2.685): El conflicto colectivo requiere la conjunción de *dos elementos*: uno subjetivo, el grupo de trabajadores, considerado en su conjunto y en abstracto; y otro objetivo, el interés de aquel, que, por general e indivisible, no es confundible con el particular de cada trabajador ni con la suma de dichos intereses particulares.

—STC 8-4-81 (RTC 11): En los *procedimientos extrajudiciales* para la composición de conflictos colectivos están legitimados no sólo los representantes de los trabajadores sino también los sindicatos con notoria implantación en el ámbito del conflicto, y es inconstitucional que dicho procedimiento sea zanjado por laudo obligatorio de la autoridad laboral.

—STC 8-4-81 (RTC 11), 2-12-82 (RTC 72) y 21-3-84 (RTC 14): El *cierre patronal* se fundamenta en el art. 37 CE, como medida de conflicto colectivo, pero carece del tratamiento específico y privilegiado de la huelga.

—STS 18-6-92 (RJ 4.595), 21-7-92 (RJ 5.644), 10-11-92 (RJ 8.792), 23-11-92 (RJ 8.827) y 2-4-93 tratan de la excepción procesal de *inadecuación de procedimiento* y las diferencias entre el proceso especial de conflicto colectivo y el ordinario seguido mediante el ejercicio de demandas individuales, entendiendo que lo importante es el modo de ejercicio de la acción y que «es claro que aquellas pretensiones que se resuelven en una petición concreta de cantidad individualizada para cada uno de los demandantes no es una pretensión propia y exclusiva de conflicto colectivo».

—STC 23-5-88 (RTC 92): Las *sentencias* dictadas en el procedimiento de conflicto colectivo, por su naturaleza declarativa y cuasinormativa, *no suelen ser directamente ejecutables*, debiendo acudirse luego a pretensiones individuales de condena, a no ser que la pretensión de conflicto colectivo ya fuese de condena.

—SAN 28-9-90 (Actualidad Laboral 70): No es de conflicto colectivo aquel proceso que afecta *en particular a algunos trabajadores*.

—STC 23-1-87 (RTC 4) y 4-5-90 (RTC 81): El *interés particular de trabajadores individuales* puede legitimarlos para ejercitar acciones

procesales contra aquellas normas del Convenio que les causen lesión concreta de sus derechos o intereses, pero no para demandar la nulidad, anulabilidad o inaplicación genérica de los Convenios colectivos.

—STS 30-6-93 (Rec. 1.511/92): «En cualquier caso, aunque la pretensión ejercitada afecta a un grupo de trabajadores, se resuelve en una reclamación de *cantidad concreta, individualizada para cada uno* de ellos, lo que puede ser materia de un proceso plural, pero no colectivo, por lo que la interpretación del *art. 29.3 ET* podría afectarle pero como en cualquier conflicto individual afecta la interpretación y posible aplicación de una norma jurídica cuyo alcance y sentido se discute, pero no el sentido genérico y cuasi-normativo que tiene tal interpretación y aplicación en el proceso de conflicto colectivo».

—STCT 18-4-85 (RTCT 2.867) aclara que el *conflicto es colectivo cuando* las cuestiones que en el mismo se suscitan afectan a la totalidad de los trabajadores de una empresa o a los que pertenezcan a una categoría profesional o integran un determinado grupo.

—STCT 25-1-83 (RTCT 615): Si el conflicto afecta a *intereses individuales*, aunque fuesen varios los afectados, pero no el colectivo al que pertenecen, el procedimiento a seguir será el ordinario y no el colectivo, considerados en conjunto y en abstracto, de tal forma que el interés que en él se debate no es el individual y concreto de cada trabajador ni tampoco la suma de los intereses individuales de estos.

—STSJ Extremadura 23-3-92 (AS 1.200): La *legitimación* para promover demanda de conflicto colectivo no corresponde a los miembros del comité de empresa sino que exige el acuerdo de su mayoría, por ser órgano colegiado.

—STS 22-6-93: En el proceso de conflicto colectivo se aborda un problema genérico, y por ello no cabe analizar derechos individuales, por lo que no entra en juego el instituto de la *prescripción*, ya que de lo que definitiva se trata es de la aplicación de toda una normativa laboral (en el caso, un Convenio Colectivo), que no es susceptible de prescribir, sino, únicamente, de ser sustituida o cambiada por otra.

CONGRUENCIA

Ver también *MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS.*

APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS O CONSECUENCIAS NECESARIAS

—STC 90/93 de 15-3 (La Ley 2.198): La congruencia se refiere a hechos y peticiones pero no al Derecho aplicable, en virtud de la máxima *«jura novit curia»*.

—STC 10-12-84 (RTC 120), 1-2-85 (RTC 14) y 10-6-87 (RTC 97): No hay incongruencia cuando se aplique una *consecuencia no pedida expresamente* si viene impuesta por normas de Derecho necesario o se ajusta al objeto material del proceso.

En esta línea, la STC 275/93 de 20-7 (La Ley 2.275) entiende que no hace falta pedir lo que la ley manda ni incurre en vicio de incongruencia la resolución judicial que, sin que nadie lo haya solicitado, contiene un *pronunciamiento ope legis*.

—STS 29-6-81 (RJ 6.828): La *congruencia* no exige conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes sino *racional y flexible*, por lo que puede extenderse el fallo a consecuencias lógicas y naturales del tema planteado y todos los puntos que lo completen y precisen y a los que se encuentren implícitos en la controversia.

En particular, las STS 6-5-88 (RJ 3.569) y 16-2-93 concretan que *la interpretación no formalista de la incongruencia debe tener mayor laxitud en el orden social* pues el principio dispositivo está limitado y se aplica con mayor intensidad la máxima «iura novit curia», y, además, en el proceso laboral se ventilan derechos que son en gran parte irrenunciables.

—STC 95/93 de 22-3 (La Ley 2.165): No es hecho nuevo la *aplicación de un determinado precepto legal* al supuesto de hecho debatido y aceptado por las partes (como los momentos en que se realizaron determinados actos a efectos de prescripción), ya que, como indica la STC 48/1989, la exigencia constitucional de congruencia de las resoluciones judiciales es perfectamente compatible con el principio «iura novit curia», de modo que no existe obligación por parte de los órganos judiciales de ajustar los razonamientos jurídicos que sir-

ven de fundamento a sus decisiones a las alegaciones sobre las normas jurídicas aducidas por las partes en el desarrollo del proceso, pues el principio citado les faculta para desvincularse de las mismas.

Desestimación tácita

—STC 40/93 de 8-2: Para que se vulnere el art. 24.1 CE, por omisión de pronunciamiento, es necesario que se haya planteado oportunamente la cuestión cuyo conocimiento y decisión por el órgano judicial sea trascendente para el fallo, que no se dé una respuesta fundada por parte del mismo y que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de una *desestimación tácita* de la pretensión.

La desestimación tácita o implícita es también admitida por las STC 23-5-90 (RTC 95) y 90/93 de 15-3 (La Ley 2.198), así como las STC 150/93 de 3-5 (La Ley 2.247) y 161/93 de 17-5 (La Ley 2.229), precisando que han de ponderarse las circunstancias del caso para ver si la absolución es razonablemente una desestimación tácita o una incongruencia omisiva. La STC 368/93 de 13-12 (BOE 14-1-94) estima la falta de motivación de la sentencia pues no se ha tenido en cuenta el recurso de una de las partes, recurrente en amparo, no pudiendo considerarse desestimación implícita toda vez que no hay razonamiento alguno en la sentencia que directa o indirectamente se relacione con los motivos de suplicación formalizados por dos de los recurrentes, limitándose la sentencia a estimar parcialmente el recurso de otra de las partes.

Asimismo, la STC 67/93 de 1-3 considera que se produce incongruencia si se concede más, menos o cosa distinta, sin que se exija un paralelismo servil, exigiendo la congruencia que el juez decida todas las cuestiones controvertidas, explícitamente en principio, o al menos *implícitamente*.

Congruencia con las excepciones

—STC 8-10-86 (RTC 116): La mera omisión de una declaración de voluntad no debe estimarse respuesta judicial suficiente ni satisfacción adecuada del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE, del que se deduce la exigencia, cuando la *tesis del demandado no prospere*, a que se le den a conocer las razones que sustenten la decisión que recaiga. En igual sentido, la STSJ Madrid 22-9-92 (Rec. 3305/91 s. 5.ª).

—STSJ Madrid 18-2-91 (Rec. 5.383/89 s 1.ª): Tanto del art. 120.3 CE, en relación con su art. 24, como de los arts. 359 y 372 LEC y 248.3 LOPJ, se desprende plenamente que las sentencias, a través de los fundamentos de Derecho serán siempre motivadas, motivación que debe abarcar *todas las pretensiones deducidas* oportunamente así como los demás puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Como consecuencia de todo ello, *si alegada una excepción*, procesal o material, no se examina la misma en los fundamentos jurídicos, tal omisión priva a la sentencia en que se produce del requisito de exhaustividad, como declara la sentencia de la sala de 27-1-87, sin que tal defecto pueda considerarse subsanado por el signo estimatorio del fallo, por entender que incluye implícitamente la denegación de la excepción.

En esta línea, la STSJ Madrid 30-3-92 (Rec. 383/91 s. 1.ª) anula de oficio la sentencia ya que, como quiera que la sentencia no ha argumentado ni decidido sobre todos los puntos sometidos al juez (decidiendo sólo sobre la prescripción y no sobre la existencia del derecho), por lo que se produce una incongruencia interna en la resolución judicial que la viciada de nulidad por infracción a) de los arts. 120.3 y 24.1 CE, pues la exigencia de motivación impone que las sentencias sean argumentadas en su totalidad, con contestación razonada a cada punto que las partes sometan a la tutela judicial, o al menos, poniendo de manifiesto que no se argumenta sobre determinado extremo o petición por ser inútil dado lo ya decidido con anterioridad; b) el art. 359 LEC, que obliga igualmente a los jueces y tribunales a emitir sentencias en las que se decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, debiendo dar las razones fundamentales por las que se estiman o no la demanda o las excepciones; y c) en cierto modo el art. 361 LEC cuando nos dice que no pueden los jueces y tribunales negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito, colisionando también con el art. 1.7 CC.

En cambio, la STSJ Baleares 25-1-91 (AS 1.016) señala que «como dice la sentencia de la Sala 10 del Tribunal Supremo de 21-12-84 (RJ 6.289), no es preciso que en el fallo se resuelva de manera expresa sobre cada una de las excepciones esgrimidas por el demandado, cuando la estimación de alguna de las pretensiones del actor las excluya de modo implícito», juzgando ser este el caso en que, opuesta la falta de jurisdicción por el demandado, se entró en el fondo del asunto, aun sin valorar la falta o no de jurisdicción. En esta línea, la STS 10 4-12-93 (La Ley 13.578) y 7-12-93 (La Ley 15.881-R) consideran que la congruencia no exige la desestimación expresa y detallada de

todas y cada una de las excepciones aducidas por el demandado, pues siempre que se estima totalmente la acción ejercitada por el demandante se entienden implícitamente desestimadas, por ese mismo hecho, las excepciones del demandado.

Recurso de suplicación por incongruencia

—STCT 28-10-74 (RTCT 4.360), 27-2-75 (RTCT 1.091), 12-11-75 (RTCT 4.974), 16-11-77 (RTCT 5.636), 16-5-79 (RTCT 3.128), 12-1-80 (RTCT 65), 2-5-80 (RTCT 3.054), 28-1-81 (RTCT 306), 24-7-82 (RTCT 4.547), 5-11-82 (RTCT 6.045), 23-5-83 (RTCT 4.591) y 21-7-86 (RTCT 6.560): La incongruencia debe invocarse como *infracción del Derecho aplicable* y no como infracción de procedimiento.

Así, la STSJ La Rioja 24-9-92 (AS 1.847) sostiene que la infracción del art. 359 LEC debe plantearse al amparo del art. 190 c) LPL (actual 191 c), por tener la congruencia carácter sustantivo, a pesar de que está exigida en una norma de la LEC, tal y como pusieron de manifiesto sentencias del Tribunal Supremo tales como las de 14-2 y 15-4-67 (RJ 1.009 y 1.621) y 25-5-77 (RJ 3.097). También la STSJ Madrid 21-7-92 (AS 3.470) estima que la incongruencia debe denunciarse al amparo del actual art. 191 c) LPL pues no es infracción de procedimiento, por lo que debería desestimarse sin más el motivo amparado en el art. 191 a) LPL, entrando, no obstante, a resolver el motivo mal planteado en aras a la tutela judicial efectiva.

En cambio, según la STSJ Navarra 7-12-90 (Rec. 383/90), la incongruencia debe invocarse en virtud del art. 190 a) LPL (actual 191 a), y las STSJ Madrid 23-1-91 (AS 843), 18-2-91 (Rec. 5.383/89 s. 1.ª) y 30-11-92 (Rec. 243/92 s. 1.ª) declaran la nulidad de la sentencia por falta de motivación o incongruencia omisiva [1].

[1] Una solución sería considerar como vicio procedimental y causa de nulidad la incongruencia omisiva, que vulnera también la exigencia de motivación, e infracción de norma sustantiva los demás casos de incongruencia; aunque esta solución podría ser criticada por diversificar el tratamiento jurídico de la institución de la congruencia. Además, seguir la vía de la letra a) del art. 191 LPL exige el requisito de la indefensión que no parece que haya de ser exigible para sancionar la incongruencia, en su sentido estricto de infracción de los principios de audiencia, igualdad y contradicción, aunque la indefensión, en sentido amplio, sí engloba cualquier infracción de los principios derivantes del art. 24 CE, incluyendo la congruencia. El art. 205 e) LPL, siguiendo lo dispuesto por la LEC (art. 1.692), configura como motivo de recurso de casación la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, como la congruencia (Cfr. STS 29-4-97, Rec. 1680/96), sin exigir indefensión, y el art. 213 LPL, también siguiendo a la LEC (art. 1.715), ordena entrar en el fondo del asunto, mientras que la vía del art. 191 a) LPL da lugar a la reposición de los autos en el momento de la falta y no a entrar en el fondo (art. 200 LPL).

—STSJ Madrid 30-3-93 (Rec. 5.340 s. 10) entra a considerar si existe incongruencia antes de ver si la cuantía alcanza o no el mínimo para la *suplicación* y con independencia de ello.

Requisitos generales

—STS 17-4-84 (RJ 2.449), 6-5-85 (RJ 2.665), 5-5-88 (RJ 3.564), 8-11-88 (RJ 7.534) y 14-2-89 (RJ 1.403), STSJ Madrid 20-9-91 (AS 5.312) y STSJ La Rioja 24-4-92 (AS 1.847): Para apreciar si se cumplen los requisitos de la congruencia han de parangonarse las *pretensiones de las partes* (el «petitum» de la demanda y la resistencia aducida en la contestación) *y el fallo* pero no los fundamentos jurídicos.

La STSJ Madrid 16-4-91 (AS 2.617), tras hacer un exposición sobre la incongruencia, sus requisitos y modalidades, concluye, con cita de la STS 23-2-88 (RJ 760), que «ese vicio procesal no se produce ... entre los hechos declarados probados y los fundamentos jurídicos, sino que la discordancia ha de darse entre las pretensiones deducidas y los pronunciamientos del fallo», de modo que «la inadecuación entre los hechos probados o fundamentos de hecho citados en el razonamiento jurídico y el fallo o la parte dispositiva de la resolución se tiene y se debe combatir —no por la vía de la incongruencia—, sino por la rectificación de hechos y denuncia de violación de preceptos sustantivos».

Según la STC 16/93 de 18-1 y 48/93 de 8-2 (La Ley 2.140), también existe incongruencia si se produce una *contradicción entre la motivación* de la sentencia *y el fallo*, lo que provoca indefensión, ya se trate de una contradicción jurídica (analizada por la STC 16/93) o fáctica, caso de dar como probado lo que en los hechos probados se dio como no probado (STC 48/93).

—STC 44/93 de 8-2 (BOE 11-3-93): «La congruencia ... no supone el atenimiento a la literalidad de las pretensiones de las partes sino a su sustancia, entendiendo por sustancia la causa petendi, que ... se constituye, fundamentalmente a su vez, por los *hechos básicos y fundamentales de la pretensión*».

Así, la STS 21-4-93 (La Ley 13.227) aclara que «en virtud del respeto a la obligada congruencia de la sentencia (art. 359 LEC), se impone la prohibición de la modificación de los términos en que se produjo el debate cuando así *se altere la causa de pedir* y el fundamento jurídico que le servía de apoyo, con violación de los principios de con-

tradicción y defensa (art. 24 CE y STC 17/86, de 18 dic. y 42/88 de 15 mar., entre otras muchas)».

—STS 2-6-97 (Rec. 4016/96) sostiene, en relación con el requisito de la congruencia, que *quien pide lo más pide lo menos*, si esto último forma parte del contenido sustancial de su pretensión.

Sentencias absolutorias

—STS 29-9-62 (RJ 4.359), 7-6-63 (RJ 3.580), 4-11-63 (RJ 4.686), 23-11-65 (RJ 5.649), 20-10-83 (RJ 5.126), 6-5-85 (RJ 2.665) y 16-3-87 (RJ 1.615); STCT 13-12-76 (RTCT 6.026), 26-7-82 (RTCT 4.557), 11-3-83 (RTCT 2.005) y 21-7-86 (RTCT 6.560); STSJ Madrid 14-10-92 (AS 4.915); y STSJ La Rioja 27-10-92 (AS 4.732): *No puede incurrir en incongruencia la sentencia totalmente absolutoria.*

Las STSJ Madrid 23-1-91 (AS 823) y 30-3-92 (Rec. 383/91 s. 1.ª) matizan que, a pesar de ello, existe incongruencia cuando no se razona la desestimación, aunque sea mínimamente o por alusión a preceptos aplicables; emitiéndose la misma como algo separado de la razonado y sin asiento en un proceso mental lógico-jurídico que el juez o el tribunal debe dar a conocer a las partes.

La STSJ Madrid 9-12-93 (Rec. 2.330/93 s. 2.ª), aunque parte de que la incongruencia no cabe deducirla de la fundamentación jurídica de la resolución judicial impugnada sino de su parte dispositiva, siendo reiteradas las sentencias que establecen que un pronunciamiento que desestima íntegramente la demanda y absuelve a la parte demandada nunca puede ser incongruente, estima que no es respuesta judicial suficiente la desestimación de la demanda con una fundamentación jurídica que hace referencia sólo a la petición subsidiaria y no a la principal de la demanda. También la citada STSJ Madrid 23-1-91 resuelve sobre un supuesto en que la sentencia íntegramente desestimatoria en realidad sólo razona sobre uno de los puntos litigiosos planteados por la demanda.

Supuestos diversos

—STC 46/93 de 8-2: Reiteradamente ha señalado el TC que lesiona el art. 24.1 CE una *desviación* sustancial *entre la sentencia y* los términos en que *el recurso* se ha planteado, que supone una completa

modificación del debate procesal, desconoce el principio de contradicción y ocasiona indefensión.

—STC 38/93 de 8-2: Puede existir incongruencia con relevancia constitucional *al no resolver sobre una causa de inadmisibilidad de un recurso* (de suplicación). Para ello la citada sentencia exige que la acogida del motivo de impugnación del recurso hubiese llevado a la inadmisión del mismo, que tal defecto sea esencial e insubsanable y que resulte claramente incumplido, ya que en otro caso puede existir una denegación ex silentio.

—STCT 30-6-82 (RTCT 3.959): La sentencia incurre en incongruencia si no se pronuncia sobre la excepción de *incompetencia* alegada por el demandado. En esta línea, STSJ Extremadura 25-9-91 (Rec. 524/91) declara la nulidad de la sentencia por no resolver sobre la excepción de falta de jurisdicción.

—STSJ Madrid 7-4-92 (Rec. 1.465/91 s. 10) y 9-2-93 (Rec. 4.893/91): La *ampliación de las cantidades* pedidas en la reclamación previa y la demanda vulnera el principio de congruencia entre reclamación previa, demanda y sentencia.

—STC 28-4-88 (RTC 84): Incongruencia si alegada *prescripción* no se resuelve o si la sentencia no se pronuncia sobre la *acumulación indebida* de acciones al ser impugnada tal acumulación.

—STC 29-3-90 (RTC 60): Incongruencia si se piden diferencias salariales y se concediese *clasificación profesional.*

Sin embargo, la STSJ Madrid 15-2-94 (Rec. 1.863/93 s. 1.ª) niega que exista incongruencia al concederse la categoría superior cuando se piden diferencias salariales por hacerlo, según el suplico, «como consecuencia de clasificación profesional».

—STSJ Madrid 28-5-91 (Rec. 8.974/89 s. 1.ª-2.ª), 28-6-93 (Rec. 3.004/93) y 10-3-94 (Rec. 6.412/93 s. 1.ª): Existe incongruencia si se concede *clasificación o diferencias salariales por una categoría distinta de la pedida*, incluso si es inferior.

—STSJ Navarra 7-12-90 (Rec. 383/90): En la acción de clasificación profesional *no se pueden entender implícitas las diferencias salariales.*

CONTRATO ADMINISTRATIVO

—STS 24-11-86 (RJ 6.495), 25-5-87 (RJ 3.864), 8-7-89 (RJ 5.439), 30-12-89 (RJ 9.532), 12-3-90 (RJ 2.051), 9-4-90 (RJ 3.430), 10-12-91 (Rec. 803/91), 28-2-92 (RJ 1.805) y 20-4-92 (RJ 2.661), STCT 22-5-87 (RTCT 10.862) y 18-2-86 (RTCT 984), STSJ Madrid 18-7-89 (Rec. 284/89), 20-2-90 (Rec. 26/90), 9-1-91 (AS 734), 29-10-91 (Rec. 3.553/91 s. 2.ª), 14-10-92 (Rec. 1.960/92 s.2.ª) y 16-7-93 (Rec. 102/93 s. 2.ª), STSJ Castilla-La Mancha 30-1-91 (AS 1.047), STSJ Canarias 15-3-91 (AS 2.235) y STSJ Andalucía 7-5-92 (Rec. 565/91): No es la naturaleza del trabajo lo que determina que un contrato sea laboral o administrativo (pues no existe ninguna diferencia esencial) sino el sometimiento al Derecho laboral o administrativo, cediendo ante este sometimiento la presunción de laboralidad del art. 8 ET, y las supuestas irregularidades en los contratos administrativos no los transforman en laborales, manteniéndose su carácter administrativo y la *competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo* para conocer de las pretensiones relativas a los mismos.

Así, la STSJ Madrid 9-1-91 reitera esta doctrina, especificando que «según reiterada doctrina jurisprudencial establecida en la materia, las expresiones y cláusulas pactadas e incorporadas al contrato, así como la específica calificación que de él se haga como administrativo o laboral, son elementos decisivos a la hora de determinar la naturaleza de la relación, no perdiendo su naturaleza administrativa dichos contratos, transformándose en laborales, por el hecho de prolongarse en el tiempo más allá de lo prevenido en sus disposiciones reguladoras, ni tampoco por contener otras desviaciones en el sistema seguido para su celebración o extinción, pudiendo considerarse en tal caso como una patología en la relación, que no desvirtúa la naturaleza de la misma, que nace y continúa siendo administrativa», debiendo declararse la incompetencia de jurisdicción del orden social.

STSJ Andalucía 13-10-92 (AS 5.012) estima también la falta de jurisdicción del orden social para conocer de una *relación inicialmente laboral* pero luego novada como administrativa.

En cambio, la STSJ Madrid 26-2-92 (Rec. 16.485/89 s. 1.ª) declara la competencia del orden social para conocer de la pretensión de calificación como laboral de una relación aparentemente administrativa

pues en caso contrario la sentencia, aparentemente procesal, se convierte en resolución de fondo y no es posible acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para que declare la naturaleza laboral de la relación. Al respecto, la STCT 22-5-87 (Actualidad Laboral 875) entiende que es cierto que es el orden social el competente para declarar la naturaleza laboral de un contrato, pero es la Administración la que determina a qué bloque normativo se somete la relación, siendo el principio general la relación administrativa y operando el Derecho laboral sólo cuando lo hubiera decidido la Administración.

—STS 3-3-87 (RJ 1.316): «Tenemos que, al haberse formalizado los contratos *con posterioridad a la vigencia de la Ley 30/84* de 2 de agosto, por imperativo de su disposición adicional cuarta, no podía tener, pese a lo que en ellos se dijera ... la consideración de trabajos de colaboración temporal en régimen administrativo. Reasume vigencia la presunción de laboralidad inherente a toda prestación de servicios retribuida, que impone el art. 8.1 ET. Tenemos, pues, un contrato en el que, *al margen de las manifestaciones que hacen las partes sobre el bloque normativo regulador* aplicable, es lo cierto que concreta diversos aspectos sustanciales», considerándose como un contrato laboral temporal pues la prestación se limitaba al tiempo en que se cubrieran las plazas de funcionarios cuya oposición ya estaba convocada, siendo el cese simultáneo a la adjudicación de destino de las plazas aprobadas.

En esta línea, la STS 26-10-92 (RJ 7.842) declara que el recurso formal al contrato administrativo, al amparo del RD 17-7-85, no puede alterar la naturaleza real de la relación existente entre las partes, pues este contrato tiene carácter excepcional, estando *limitado a trabajos específicos, concretos y no habituales* por la d.a. 4.ª LMRFP. Existe *fraude de ley* en una sucesión contractual iniciada por contratos laborales de duración determinada, seguida por contratos administrativos y luego sin cobertura contractual escrita.

En cambio, STSJ Canarias 5-6-91 (AS 3.914) entendió que, en aplicación de la doctrina consolidada del TS en el sentido de que la relación administrativa no se convierte en laboral por la patología que pueda sufrir, siendo lo único relevante la existencia de una norma con rango legal que autorice la contratación administrativa y el sometimiento a ella de las partes, no altera la naturaleza administrativa de la relación que no se trate de actividades específicas, concretas y no habituales.

Finalmente, la competencia del orden social en caso de contratación laboral temporal seguida de contratos administrativos para la realización de trabajos específicos es reiterada por la STS 2-2-1998.

—STSJ Andalucía 25-1-91 (AS 429) y STSJ Galicia 31-1-92 (AS 243): Lo importante para calificar como administrativa y no laboral una relación contractual es la existencia de una norma con rango legal» que le atribuya ese carácter y la *correspondencia real entre el tipo legal y la prestación* efectivamente concertada.

Según la STSJ Madrid 9-4-91 (AS 2.603), sólo es eficaz la sumisión al bloque normativo administrativo si el Derecho administrativo autoriza la contratación, siendo laboral, en caso contrario, la relación.

—STSJ Madrid 18-7-89 (Rec. 284/89) y 20-2-90 (Rec. 26/90): La *entrada en vigor de la LMRFP* no transforma los contratos administrativos en laborales pues la prohibición de los contratos administrativos de colaboración temporal sólo es para el futuro.

—STSJ Madrid 24-10-91 (Rec. 77/91 s. 1.ª) considera el contrato como administrativo, *de los previstos por el RD 17-7-85*, toda vez que se somete a él y al orden contencioso-administrativo, el contratante puede servirse de personal colaborador y no consta que los servicios se hayan prestado de forma distinta a la pactada.

CONTRATO DE TRABAJO

Ver también *CONTRATO ADMINISTRATIVO* y *PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.*

—STS 25-11-81 (RJ 4.600), 24-9-87 (RJ 6.381) y 8-10-92 (RJ 7.622), entre otras muchas: La *dependencia* del trabajador al empresario es la diferencia que caracteriza al contrato de trabajo frente al arrendamiento civil de servicios, esto es (como dice la STS 8-10-92), «la línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó integración en el círculo rector y disciplinario del empresario, concepto que en la ley vigente se formula como servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (art. 1.1 ET) y que la doctrina científica denomina nota o criterio de dependencia».

En esta línea, la STS 3.ª 14-1-1998 (Rec. 1683/92), con cita de las STS 4.ª de 25 de mayo y 4 de noviembre de 1993, enumera, como elementos que se constituyen como indispensables en una relación laboral, conforme al art. 1 ET: a) prestación personal de servicios, b) ajeneidad con la asunción del riesgo por la empresa, y c) retribución y dependencia de la empresa, considerada no como una subordinación rigurosa, sino como inserción del trabajador en el ámbito organizativo y directivo del empleador.

—STS 28-11-88 (RJ 8.896): No hay relación laboral en el caso de un *contrato civil de ejecución de obra* en el que el trabajo a realizar es una obra y no existe diferencia de contenido esencial entre la *relación laboral y la administrativa*, u otra admitida en Derecho, que liga a los entes públicos con las personas que les prestan servicios, dado que la presunción que establece el art. 8.1 ET cede si las cláusulas del contrato revela claramente que no está sujeto al Derecho laboral, máxime si existe una norma jurídica con rango suficiente que autoriza el tipo de contratación actualizado.

—STS 3.ª 30-9-97 estima la existencia de relación laboral, y obligación de cotización a la Seguridad Social, respecto de la *hija de la mujer* conviviente con el titular del negocio.

—STSJ Murcia 10-11-91 (S. 492) niega la existencia de relación laboral entre la sociedad y el *socio* que sin alcanzar la mayoría del capital ocupa una posición de predominio en la empresa. En el

supuesto inverso, la STCT 7-2-89 entiende que la condición de socio no es incompatible con la de trabajador por cuenta de la sociedad siempre y cuando su participación en el capital social sea poco importante.

La STS 15-11-90 (RJ 8.481) trata del supuesto de *mero desempeño del cargo de consejero* o miembro de los órganos de administración de la sociedad como exclusión de la relación laboral.

Frente a la doctrina anterior, la STS 22-12-94 (RJ 10.221) afirma el carácter mercantil de la relación jurídica de consejeros delegados de sociedad anónima. Según ella, los órganos de las sociedades, y en particular de las anónimas, tienen precisamente como función o misión esencial y característica la realización de actividades de dirección, gestión, administración y representación. «Por ello, es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les competen las actuaciones directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía ... Evidentemente, el personal laboral de alta dirección también desarrolla esa clase de actividades pero es obvio que las facultades para poderlas llevar a cabo las recibe, precisamente, de ese órgano de administración que es al que competen por la propia naturaleza de la institución. Pero aunque unos y otros realicen funciones análogas, la naturaleza jurídica de las relaciones que cada uno de ellos mantiene con la entidad es marcadamente diferente; son muy diversas las razones que fundan y justifican la diferencia o disparidad, pero entre ellas cabe destacar la circunstancia de que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre de forma plena y clara la ajeneidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, mientras que la misma no existe, de ningún modo, en la relación jurídica de los miembros de los órganos de administración, ya que éstos, como se ha dicho, son parte integrante de la propia sociedad, es decir, la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate».

Concuerda con ello la sentencia de la Sala 3.ª del TS de 6-5-96 (RJ 4106).

La STS 4-6-96 (RJ 4882) estima improcedente la reconducción al régimen de autónomos del alta indebidamente causada en el régimen general por altos cargos societarios. La STSJ Castilla y León 24-9-96 consideró procedente el alta en el régimen de trabajadores autónomos de los socios al 50 % que son administradores solidarios; pero la STSJ

Castilla y León 4-9-96 lo niega, compartiendo el criterio del Tribunal Supremo.

De acuerdo con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14-5-1997 (Rec. 1143/96), la anterior doctrina ha de ser completada con la de la sentencia de 29-1-1997, en la que se concluye que los administradores de las compañías mercantiles capitalistas de carácter ejecutivo que carecen de participación en el capital social, o la que tienen no alcanza el 50 % del mismo, están incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, como trabajadores por cuenta ajena, aunque con una relación mercantil y no laboral. Ahora bien, la última sentencia precisa que estos beneficiarios de la Seguridad Social no tienen derecho a la prestación por desempleo, ni deben cotizar por la misma, pues tal prestación sí se limita a los trabajadores que hayan sido sujetos de una relación laboral.

En esta línea, la STS 3.ª 23-5-97 (Rec. ap. 7572/90) estima que la exclusión legal de la Seguridad Social no abarca a los consejeros ejecutivos, por lo que se confirma el acta de liquidación por falta de alta y cotización de consejeros delegados.

Ahora bien, la STS 11-11-97 (Rec. 4483/96) reconoce, a los efectos de la prestación por desempleo, la condición de trabajadores de los socios de una Sociedad Anónima Laboral y miembros de su Consejo de Administración, pues la función en éste no tenía entidad suficiente para absorber el carácter laboral del socio trabajador y en la esta clase de sociedades el hecho de que el trabajador participe en el capital social, participación que se somete a un tope máximo previsto por la Ley, no es obstáculo a la calificación de sus servicios como incluibles en la relación laboral[1].

—STS 27-5-92 (RJ 3.678) analiza la existencia de relación laboral entre *encuestadores* y empresas de investigación de mercado.

—STS 3-12-91 (RJ 9.034): Existe relación laboral entre la empresa y quienes recogen y entregan paquetes a los clientes de aquella, para lo que cobran el importe de los servicios cuando la mercancía se transporta a portes debidos.

En esta línea, las STS 18-4-88 (RJ 2.973), 25-5-93 (RJ 4121) y 29-9-93 (RJ 7090) declaran que existe relación laboral, en *reparto con vehículo propio*, por cumplirse las notas del art. 1.1 ET, cuando la aportación

[1] Finalmente, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, integra a los administradores de sociedades mercantiles en el régimen especial de autónomos y a los socios trabajadores que no ostenten el control efectivo en el general (disp. adicional 430).

no tiene la relevancia económica necesaria para convertir su explotación en elemento definidor y en la finalidad fundamental del contrato, de modo que lo predominante es el trabajo y el vehículo no es más que una herramienta

Asimismo, la STS 4-11-93 (RJ 8543) reitera que la laboralidad de la relación no queda desvirtuada por la aportación de vehículo propio y que la dependencia de la empresa se patentiza en el caso del trasporte en la existencia de una zona, ruta o clientela, cuya determinación, control y cambio corresponde, unilateralmente al empleador, y ,además, en la obligación asumida por el repartidor de hacer figurar en el vehículo los anagramas anuncios y logotipos de la empresa [2].

Las STS 2-11-95 (RJ 8670) y 18-7-96 (RJ 6159) reiteran la doctrina anterior y afirman que la reforma de 1994, que excluye de la relación laboral ciertos servicios de transporte, en la nueva redacción del art. 1.3 g) ET, si bien estiman que, en el caso concreto, la relación de servicios del transportista es de carácter mercantil, por no reunir los requisitos exigidos por la doctrina anterior para la laboralidad de la relación y, por ello, es competente el orden civil.

También la STS 5-6-96 (RJ 4994) niega la aplicación de la reforma a los servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/94, por atender al criterio de *tempus regit actum*.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha hecho eco de la doctrina de la Sala de lo Social, y, así, las STS 3.ª 21-12-94 (RJ 10458), 19-7-95 (RJ 6139) y 5-9-95 (RJ 6711) confirman el carácter laboral de la relación de los mensajeros con las empresas de mensajería. Y la STS 3.ª 7-5-96 (RJ 4111) reitera la consideración de que es laboral y no mercantil la relación de los trabajadores que realizan transporte de mercancías por cuenta de una empresa con vehículo propio.

La STC 26-11-98 declara la constitucionalidad del carácter no laboral del transporte del art. 1.3 g) ET. Ver también STC 5/1999, de 8 de febrero, que declara la constitucionalidad de la exclusión del ámbito laboral de la prestación de servicios de transporte por los titulares de autorización administrativa mediante vehículos comerciales de servicio público. Por su parte, la STC 92/1999, de 26 de mayo, estima compatible con el art. 24 CE el cambio legislativo determinante de la no laboralidad de ciertas relaciones de transporte, que supone una modificación del criterio de competencia jurisdiccional.

—STS 25-5-93: Es irrelevante para desnaturalizar el contrato laboral que el sujeto que presta sus servicios se haya dado de alta en *licencia fiscal*, ya que esta circunstancia no interfiere en el complejo de derechos y obligaciones dimanantes del referido contrato.

En esta línea, la STS 20-9-95 declara que la naturaleza laboral de la relación controvertida no se altera porque la demandante ostentara el cargo de directora ... ni porque los honorarios percibidos incluyan el IVA con el alta correspondiente en licencia fiscal, porque remuneran el trabajo efectivo realizado, sin beneficio industrial alguno y se perciben en cuantía prácticamente fija mensualmente, resaltando la continuidad del trabajo para una sola empresa y la aplicación de un régimen de dedicación personal.

—STS 17-6-93 (RJ 4.762): La noción de *alta dirección* exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la misma, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento; debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, debiendo excluirse a quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de la dirección de la entidad empleadora.

—STSJ Murcia de 25 de abril de 1.997 (Rec. 511/96) «resalta el carácter político de la designación del cargo, sin perjuicio del contenido técnico que confirman muchas de las atribuciones que tiene asignadas [el *Presidente de la Autoridad Portuaria*]. Naturaleza discrecional y política del puesto que también se revela en el modo de poner fin a la relación, a través de orden del Ministro competente». Además, la sentencia analiza los requisitos propios de las relaciones de alta dirección para concluir que no se cumplen en este caso.

—STSJ Madrid 2-4-91 (AS 2.584) y 26-9-91 (AS 5.336): El criterio jurisprudencial establecido, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 11-1-67 (RJ 636) y 11-2-70 (RJ 674) mantiene que los servicios prestados por el *abogado en ejercicio no reviste, en principio,*

[2] Frente a la jurisprudencia, cada vez más favorable a la relación laboral en los transportistas, la letra g) del n1 3 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores (introducida por la Ley 11/94, de 19 de mayo) excluye del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas, señalando que «se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente, precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forman continuada para un mismo cargados o comercializador».

naturaleza laboral por ser una profesión de las llamadas liberales, lo que no excluye que en determinadas hipótesis sí tenga tal naturaleza. En concreto, en el supuesto resuelto por la STSJ Madrid 26-9-91 no se aprecia la existencia de relación laboral toda vez que el actor no recibe órdenes e instrucciones salvo ciertas directrices, es retribuido mediante minutas tarifadas, no tiene el deber de permanecer en un centro de trabajo y puede prestar servicios a otros clientes.

En esta línea, la STSJ Aragón 15-1-92 (AS 193) niega la existencia de relación laboral en el caso de *pasante* de abogado.

—STS 29-9-93: «Como tantas veces ha resaltado la doctrina y ha dicho la jurisprudencia (STS 7-5-85, R. 1.985), *los contratos son lo que son*, es decir, lo que se deduce de su propio contenido obligacional y del conjunto de prestaciones y contraprestaciones que se desarrollan durante su vigencia, y no lo que las partes dicen que son, otorgándole una determinada denominación». Así también STSJ Madrid 7-10-93 (Rec. 1.195/93 s. 4.ª) y STS 3.ª 2-12-97 (Rec. 1754/91) y 14-1-1998 (Rec. 1683/92).

—STC 142/93 de 22-4 (La Ley 2.207): El principio de la *autonomía de la voluntad* aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, del principio de igualdad y por ello es constitucionalmente justificable el virtual sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos.

—STS 19-7-93 aprecia la existencia de relación laboral de los trabajadores de la *ONCE* pues ésta no actúa como Administración sino como entidad colaboradora de ella.

—STS 19-6-96 declara la existencia de relación laboral de los *profesores de religión* en centros docentes públicos.

—STSJ Madrid 11-4-91 (AS 2.615) niega la existencia de relación laboral entre la Administración y *religiosas* con voto de pobreza que, sin remuneración de la Administración, desarrollan actividades benéficas en un centro de la propia Administración.

—STSJ Madrid 13-3-91 (AS 1.866) declara la existencia de relación laboral entre el instituto público titular del hospital y los *capellanes* que en él actúan con retribución de aquel y siguiendo sus instrucciones sobre las horas de realizar sus servicios.

—STSJ Cantabria 19-2-91 (AS 1.192) aclara que «la existencia de un *horario variable* e incluso elástico no es circunstancia excluyente de la relación laboral».

—STSJ Andalucía 8-1-91 (AS 442) concluye que existe *arrendamiento civil de servicios* y no relación laboral, aunque no hay que estar al «nomen iuris» empleado por las partes sino a las funciones

efectivamente realizadas dentro del marco que les es propio para determinar si la relación tiene una u otra naturaleza, toda vez que la actora no estaba sujeta a horario, tenía libertad de entrada y salida, no estaba obligada a fichar, como el personal, no cobraba horas extras y percibía sus emolumentos por facturas expedidas por ella misma y con aplicación del IVA, sin que existiese dependencia por algunas notas en que se especifican las cosas que había que hacer pues es lógico cierta conexión entre las partes.

—STSJ Madrid 19-7-93 (Rec. 594/93 s. 2.ª): No existe relación laboral *aunque se empleen medios e instalaciones de la empresa* si no se está dentro del círculo rector y disciplinario de la empresa, caso de un *profesional sanitario* que cobra honorarios variables en función de los actos realizados y no tiene jornada fija.

—STSJ Madrid 23-4-92 (Rec. 3.784/91 s. 2.ª): No existe relación laboral sino arrendamiento civil de servicios en el caso de un *monitor de educación física* que percibe honorarios con aplicación del IVA del colegio oficial de profesores de educación física, limitándose el colegio a proveer de monitores a centros penitenciarios y abonarles los honorarios de cantidades que para ello percibe.

—STSJ Madrid 7-10-93 (Rec. 1.195/93 s. 4.ª): No existe relación laboral sino arrendamiento civil de servicios en el caso del *profesor* que aporta material y método de enseñanza aunque usa también medios del demandado, las partes pueden cancelar el contrato anualmente celebrado, las clases se interrumpen en semana santa, navidad y verano, la remuneración se satisface en parte por el demandado y en parte por los alumnos y las clases se dan a beneficio de estos últimos.

—STSJ Madrid 18-5-96 (Rec. 5.304/94 s. 2.ª): «La relación mantenida entre las partes no era de naturaleza laboral, puesto que la actora: A) no estaba sometida en la realización de su trabajo a un horario fijo y determinado, B) su remuneración era variable dentro de cada año ..., C) no estaba sometida en la realización de los trabajados a la esfera organizativa, rectora y disciplinaria de la empresa, si bien tenía libre acceso a las instalaciones de la *revista* ..., D) las remuneraciones eran pactadas, según baremo aprobado ... según el tipo de *colaboración* que podría ser, de reportaje, documentación, columna, entrevista y maquetación».

—STS 12-11-93 (La Ley 15.854-R): La *interpretación de los contratos* y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, prevalece sobre el de las partes, salvo que no sea racional ni lógico o infrinja notoriamente alguna de las normas legales sobre la exégesis contractual.

CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL/ FIJO DISCONTINUO

—STS 8-5-92 (RJ 3.525): El criterio normativo de la *proporcionalidad* respecto de los trabajadores a tiempo completo sólo afecta a ciertas condiciones laborales, señaladamente las salariales, pero carece de sentido en el tope máximo de la jornada.

—STS 21-12-95 estima improcedente el despido en contrato de trabajo a tiempo parcial concertado por *un año de duración, sin especificación de causa.*

—STS 23-9-97 niega el carácter de trabajo fijo discontinuo la contratación temporal sucesiva para *campaña de verano.*

—STSJ Extremadura 9-2-94 (Rec. 773/93): Las contrataciones para la *prevención de incendios* en las épocas de mayor riesgo no son propias de la relación de los trabajadores fijos discontinuos sino de obras o servicios determinados, cada vez, con sustantividad propia.

—STSJ Aragón 27-10-93 (La Ley 13.658) aprecia la existencia de contrato fijo discontinuo en el caso de trabajador contratado por temporadas en la *piscina municipal* y que es llamado cada año al mismo tiempo que el personal fijo discontinuo.

CONTRATOS TEMPORALES

Ver también *FRAUDE DE LEY.*

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CELEBRADOS CON LA

—STS 3-3-84 (RJ 1.511), 9-10-85 (RJ 4.697), 21-2-86 (RJ 800), 13-11-86 (RJ 6.683), 3-3-87 (RJ 1.316), 23-6-87 (RJ 4.611), 13-7-87 (RJ 5.352), 21-10-87 (RJ 7.174), 26-7-88 (RJ 6.244), 25-10-88 (RJ 8.150), 28-11-88 (RJ 8.901), 18-4-89 (Rec. 6.041/88), 27-11-89 (Rec. 5.220/88), 18-7-90 (RJ 6.424) y, en especial, las más recientes, dictadas en recurso de casación para unificación de doctrina, de 19-5-92 (RJ 3.577), 24-7-92 (RJ 5.657), 7-10-92 (Rec. 200/92) y 16-2-93 (RJ 1.174), así como ATC 17-5-90, STSJ Madrid 9-1-91 (AS 731), 9-4-91 (Rec. 2.647/90 s. 1.ª, Actualidad Laboral 990), 4-6-92 (Rec. 2.576/91 s. 5.ª), 15-2-93 (Rec. 1.266/92 s. 1.ª) y 30-11-93 (Rec. 1.536/93 s. 2.ª), STSJ Navarra 2-9-91 (S. 295), STSJ Baleares 6-2-93 (Rec. 476/92) y STSJ Andalucía 2-3-93 (Rec. 1.035/91): En virtud de los arts. 23.2 y 103.3 CE, que establecen que el acceso al empleo público debe seguir los procedimientos reglados de selección, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, las *irregularidades en los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas no transforman la relación laboral en indefinida.*

Esta doctrina ha sido reiterada por resoluciones más recientes, tales como las Sentencias del Tribunal Supremo de 22-9-1998 (Rec. 768/98), 5-10-1998 (Rec. 766/98), 21-12-1998 (Rec.1517/98) y 26-1-1999 (Rec. 2338/98).

Como señala el fundamento de Derecho segundo de la última de las sentencias citadas, «el recurso debe tener favorable acogida ... porque la cuestión debatida ha sido resuelta por la Sala en la sentencia de 20 de enero de 1998 y otras posteriores, entre las que pueden citarse las de 21 del mismo mes y año, 22 de abril, 12 de junio, 22 de septiembre, 13 de octubre y 18 de noviembre de 1998. En estas sentencias se establece que: 1.º) las normas sobre provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas determinan que éstas tienen "una posición especial en materia de contratación laboral, 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", 2.º) la infracción de las normas laborales sobre contratación temporal, aunque pueda determinar el reconocimiento de la relación como indefinida, no puede suponer la declaración de fijeza, porque la Administración está obligada a adoptar las medidas precisas 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"».

Así, la STS 13-11-86 significa que «tales irregularidades, que podrán en su caso determinar las correspondientes responsabilidades de orden administrativo, no implican, en principio y salvo en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados, la transformación de los contratos temporales suscritos en otros de duración indefinida, pues la Administración contratante está obligada en virtud de normas que, tanto por su rango jerárquico como por su especialidad, son de aplicación preferente en caso de conflicto a cubrir sus puesto de trabajo de acuerdo con un sistema que, mediante la convocatoria pública y la realización de las correspondientes pruebas selectivas, garantice que el acceso a estos puestos se produce con arreglo a los principios de mérito y capacidad que establece el art. 103 CE y que son los que, en definitiva, permiten hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a optar en condiciones de igualdad a dichos puestos; derecho que se vería sin duda lesionado si, como consecuencia de aquellas irregularidades, se permitiera la atribución con carácter indefinido de empleos públicos sin cumplir los indicados requisitos».

La STS 3-3-87 reitera que «la Sala ha precisado que viabilizar un medio de acceso a los servicios correspondientes a puestos de trabajo en la función pública, con exclusión de las pruebas regladas por el Derecho Administrativo, significaría burlar su normativa específica, causando un grave daño a los intereses públicos y un evidente atentado a los derechos inherentes a cualquier ciudadano que pudiera aspirar a dichas plazas y estuviera en condiciones de superar las oportunas pruebas de idoneidad, violando, por tanto, las reglas de acceso a la función pública, según mérito y capacidad y el principio de igualdad de oportunidades, reglas y principio consagrados en nuestra Ley

fundamental, la Constitución», añadiendo que «el contrato laboral ha de tenerse por tiempo limitado cuando su propia naturaleza así lo imponga», como el caso en que «concurren las circunstancias precisas para concluir que el trabajador asume el quehacer para una función definida o por un tiempo determinado, ocupando una plaza hasta su adjudicación a quienes superen las correspondientes pruebas», y concluyendo que «la actuación administrativa que comporte una determinada infracción generará las pertinentes responsabilidades administrativa, y, en ningún caso la alteración de la naturaleza temporal del contrato, transformándolo en por tiempo indefinido».

Las STS 19-5-92 y 24-7-92 afirman que incluso cuando los contratos temporales para cubrir puestos de plantilla incurren en defectos esenciales subsiste la relación laboral en una situación de *interinidad indefinida hasta que sea cubierto el puesto* reglamentariamente y no se produce la fijeza del trabajador. En esta línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996 (Rec. 3.307/95), 10 de diciembre de 1.996 (Rec. 1989/95) y 14 de enero de 1.997 (Rec. 1.989/95), dictadas en supuestos de contratación temporal irregular de las Administraciones Públicas, niegan que los trabajadores deban quedar como fijos de plantilla sino como trabajadores con contrato indefinido; doctrina que es, asimismo, recogida en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) de 15 de mayo de 1.996 (AS Social 1.513) y 7 de marzo de 1.997 (Rec. 164/97) y de Cataluña de 10-3-97 (Rec. 7182/96) y 17-4-97 (Rec. 8717/96).

La STSJ Castilla y León (Burgos) 8-4-97 (Rec. 587/96) señala que «al respecto el Tribunal Supremo ha establecido (sentencia de 7-10-1996) que "la contratación laboral en la 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". Por ende, la irregularidad en la contratación temporal de una Administración Pública puede determinar que una relación laboral así constituida deba ser considerada por tiempo indefinido, pero ello no supone que el trabajador que accedió al empleo sin haber seguido el procedimiento de selección adecuada, sea equiparable a los trabajadores fijos de plantilla, pues tal condición queda ligada a la contratación realizada a través del indicado procedimiento». En sentido

semejante se pronuncia la Sentencia de la misma Sala de 28 de abril de 1997 (Rec. 593/96).

Por su parte, la STSJ Navarra 28-1-91 (AS 1.143) estima que, a pesar de que los contratos temporales han excedido las previsiones legales y se ha producido, por parte de la Administración, una o sucesivas infracciones legales, «salvo casos muy contados, en que se demuestre, supuesto por supuesto, esa voluntad deliberada de fraude a la ley aplicada, con menoscabo para el empleado, la regla general es la de no aceptación esa torcida conducta en el actuar de la Administración, puesto que, por un lado, la obtención de la fijeza en el empleo daría cobertura a supuestos de acceso a la función pública en forma anormal, sin cumplirse los requisitos exigidos ... en el art. 103.3 CE ... y, por otro lado, es claro que el principio del bien común, alcanzable para la Administración, legitimaría, en un principio (no en sus consecuencias finales) las prórrogas o sucesivos contratos para cubrir puestos de empleo necesarios que es lo que cabe predicar en el presente supuesto»; y la STSJ Castilla y León 4-12-91 (AS 6.598) afirma que el hecho de que un organismo público contrate personal temporal por no poder atender los trabajos urgentes o incluso los normales no implica la transformación del contrato temporal en otro de duración indefinida, debiendo superar el personal fijo a su servicio los correspondientes pruebas selectivas, no siendo aplicable la presunción de indefinición de la relación laboral al personal que tenga atribuidas tareas públicas.

—STS 11-2-91 (RJ 822), 18-3-91 (RJ 1.875), 31-5-91 (RJ 3.931), 6-5-92 (RJ 3.516), 7-10-92 (RJ 7.621) y 16-2-93 (RJ 1.174), y STSJ Madrid 4-6-92 (Rec. 2.576/91 s. 5.ª), aunque las meras irregularidades formales en la contratación temporal de las Administraciones Públicas no transforman la relación en indefinida por mor de los principios del art. 103.3 CE para el acceso al empleo público y el fraude no se presume en ellas, ello no quiere decir que cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales estén exentas de atenerse a la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo que chocaría frontalmente con el principio constitucional de legalidad, y no existe prohibición alguna sino, por el contrario, posibilidad real de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido. En definitiva, *no es posible eludir el art. 15 ET y las demás normas* reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes que regulan y generan derechos y obligaciones para las Administraciones Públicas.

Por ello, las STS 18-3-91 y 6-5-92 entienden que si los contratos temporales se prolongan más allá de los límites legales, con uso abusivo de la norma en que se amparan y fraude de ley, se puede estimar la fijeza del trabajador, de acuerdo con el art. 15 ET.

Las STS 7-10-92 y 16-2-93, aunque parten de las mismas premisas, esto es, que las irregularidades en la contratación temporal de la Administración no transforman la relación laboral en indefinida, pero que ello no significa que las entidades públicas queden exoneradas de observar las normas aplicables, entrando a examinar si existen fraude de ley, que podría determinar la fijeza, la deniegan por tratarse de una prestación de carácter temporal, propia de un contrato para obra o servicio determinado, y no de carácter permanente; sin que, como dice la primera de las sentencias citadas, baste la alegación apodíctica de fraude por la no existencia de discontinuidad de las relaciones laborales temporales y la no modificación de las tareas respecto de anteriores contratos. Por su parte, la STSJ Madrid 4-6-92 entiende que no cabe la fijeza por un fraude de ley pero deben observarse las normas laborales y se plantea la naturaleza temporal o no de la prestación, desestimando finalmente la fijeza por ser la prestación temporal.

Según el ATS 12-2-97 (Rec. 1153/96), «no puede generalizarse que no obstante las irregularidades cometidas por la Administración en la celebración del contrato temporal, éste no pierde tal naturaleza, sino que deberá estarse a las concretas contrataciones para determinar si concurre la ausencia de requisitos sustantivos que sean establecidos por la legalidad vigente a la sazón que provoquen la fijeza de dicha relación, y más concretamente si en la contratación se da la causa objetiva que la justifica».

La STS 3-11-93 (La Ley 15.811-R) entiende que los incumplimientos de las condiciones que la normativa laboral impone para que las cláusulas de temporalidad sean válidas acarrea, para los órganos públicos *igual que a los empresarios privados*, la nulidad de tales estipulaciones, convirtiendo la relación temporal en indefinida, sin que la Administración Pública mantenga privilegio alguno que le exima de las consecuencias anulatorias previstas para las infracciones de la normativa laboral, ni siquiera los principios del art. 103.3 CE.

—STS 27-1-92 (RJ 75): *Fijeza* del trabajador contratado temporalmente de forma verbal por la Administración sin requisito formal alguno ni causa justificada de la temporalidad.

La STS 25-3-99 considera el carácter indefinido del contrato en tales casos, más que la fijeza, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial más arriba expuesta.

—STS 22-5-91 (Rec. 1.455/91): No procede la fijeza que se pretende fundar en una de las bases de la convocatoria del concurso en el que las actoras resultaron *aprobadas sin plaza*, lo que no impidió que, *posteriormente*, dichas demandantes fueran *contratadas temporalmente* por esa Comunidad Autónoma.

—STS 29-6-96 (RJ 5.403) estima que el *error de calificación* en que ha incurrido la Administración al celebrar un contrato de trabajo para obra o servicio determinado en lugar de un contrato de interinidad por vacante, no significa conducta fraudulenta a la que resulte aplicable la presunción de indefinición del contrato.

En este mismo sentido se pronuncia la STS 22-9-97.

—STSJ País Vasco 7-2-91 (AS 1.066): En «el caso de la consecución de contratos temporales -a lo largo de un *considerable período de tiempo*- para servir un empleo racionalizado en el esquema de la Administración Pública que, no obstante, se abstiene tenazmente de convocar las oportunas pruebas selectivas. Hay entonces un juicio permanente y eficaz en favor de las *condiciones de mérito y capacidad* del afectado y de la consolidación definitiva de su cualidad de servidor público».

—STS 18-5-92 (RJ 3.564): En caso de *relación laboral iniciada sin suerte alguna de limitación temporal y posterior suscripción de contrato de duración determinada*, se trata de una renuncia de derechos indisponibles que implica la concurrencia de fraude de Ley, lo que hace que la relación contractual que une a las partes deba calificarse como indefinida.

En esta línea, STSJ Galicia 14-1-91 (AS 35), STSJ Andalucía 16-1-91 (AS 576), STSJ Castilla y León 5-5-91 (AS 3.016) y STSJ Murcia 28-1-91 (AS 648) consideran nulo el *contrato temporal celebrado por* quien había adquirido la condición de *fijo*.

Ahora bien, la STSJ Madrid 18-2-94 (Rec. 3.369/93 s. 20) niega el carácter de grave irregularidad el que, al incorporarse a sus puestos los trabajadores, *no hubiesen formalizado todavía los contratos* de trabajo, de carácter temporal, cuando ellos mismos habían renunciado días antes a su anterior contratación, manifestando su futura vinculación voluntariamente, con base en tales contratos temporales y máxime cuando el día de su incorporación se les adjudica destino, firmando su conformidad.

—STSJ Andalucía 20-7-92 (Rec. 1.901/90): Si bien ciertas irregularidades en que incurra la Administración pública en la contratación temporal no pueden convertir el contrato en indefinido sí cabe esta posibilidad en los casos de *vulneración palmaria* de las normas reguladoras de dicha contratación.

En este sentido, la STSJ 14-9-93 (AS 4.101) estima que no toda irregularidad formal en el uso de tal contratación puede determinar la atribución de un puesto de trabajo con carácter definitivo en la función pública aun cuando sea en régimen laboral, al tener que garantizarse por razones de eficacia en la gestión de los intereses generales, ex art. 103.1 CE, que el acceso será sometido al contraste objetivo y en pública según mérito y capacidad, principios sancionados tanto por el art. 103.3 CE, como por el 19 de la Ley 30/1984, por lo que sólo las desviaciones de la legalidad laboral, que puedan calificar de esenciales o de claro y continuado apartamiento de la Ley y el Derecho, pueden conducir a que sin cubrir puestos de plantilla existan contratos laborales de carácter indefinido.

—STS 7-3 y 11-6-88 (RJ 1.864 y 6.021), STSJ Madrid 12-9-89 (Rec. 72/89), 4-10-89 (Actualidad Laboral 96/90), 9-12-90 (Rec. 2.297/90 s. 1.ª), 9-1-91 (AS 733) y 31-10-91 (Rec. 3.118/91 s. 2.ª), STSJ Murcia 28-1-91 (AS 648) y STSJ Andalucía 22-1-91 (AS 426): En caso de despido improcedente o nulo de la Administración por resolución de un contrato temporal que se prolongó más allá de su plazo máximo, *no procede la readmisión sino la indemnización*, a fin de proteger los principios del art. 103 CE sobre el acceso al empleo público (doctrina esta y superada).

Según la STSJ Andalucía 9-4-91 (AS 2.706), la procedencia de la indemnización y no de la readmisión se aplica incluso al caso de que el Convenio Colectivo otorgue a los trabajadores la opción entre indemnización y readmisión.

En contra, las STS 18-7-90 (RJ 6.424), 27-7-92 (RJ 5.663) y 26-11-93 (La Ley 15.926-R), que entienden que el Estado debe someterse plenamente a la legislación laboral cuando actúa como empresario, incluyendo la readmisión obligatoria cuando opta por ella el representante de los trabajadores o el despido es nulo.

Contrato de fomento de empleo

—STS 14-7-87 (RJ 5.367), 26-7-88 (RJ 6.244), 21-12-88 (RJ 9.886) y 21-12-92 (RJ 10.346), STSJ Madrid 16-7-92 (AS 3.717) y 29-7-92 (AS

3.753) y STSJ Castilla y León 11-12-91 (AS 6.599): La *no inscripción en la oficina de empleo* del trabajador que esté desempleado y la falta de oferta de empleo por parte empresarial constituyen meras infracciones administrativas, que no modifican la naturaleza temporal del contrato de fomento de empleo. En contra, entre otras, STS 16-11-88 (RJ 8.593).

La STS 14-7-87 dice que «como precisa la sentencia de 8 de noviembre de 1.985 (RJ 5.746), "...patente la conforme voluntad de las partes de acogerse a la contratación de fomento de empleo, en las condiciones sustanciales requeridas por el legislador, ... excluye la posibilidad de invocar defectos formales que expresamente no tengan carácter constitutivo"; añadiendo que «en cierta medida la actual pretensión del actor (que se le declare fijo por no haber estado inscrito en el INEM al celebrar el contrato) podría encuadrarse, incluso, en la figura de cuya interdicción se ocupa el art. 7.2 CC, puesto que no es compatible con su conducta inicial, durante la cual no expuso como impedimento legal de la contratación esa condición, personal suya, que ahora invoca para mantener que la contraparte actuó en fraude de ley. De otra parte, de aceptarse, solo a efectos dialécticos cabría, la tesis que se esboza en el motivo, la única conclusión válida según nuestro ordenamiento sería la nulidad radical del contrato, al haber contribuido una y otro intervinientes al imputado fraude de ley por partes iguales, uno ocultando un hecho que ahora califica de básico y la otra desconociendo que tal hecho existía. Quienes dieron vida a una relación jurídica no pueden lucrarse de ella invocando una realidad que la invalida, si todos ellos eran totalmente conscientes de la existencia de tal realidad. Como tampoco cabe que una parte atribuya a la otra voluntad de eludir una norma determinada, alegando para ello una situación personal inherente a ella misma y que debió destacar desde el primer momento. El Código civil así lo dispone en su art. 6, como también cuando se preste el consentimiento mediante dolo (arts. 1265 y 1269)».

La STSJ Madrid 2-4-92 (AS 2.095) estima la existencia de fraude de ley al no constar que el trabajador estuviese desempleado, ni inscrito en el INEM ni mediara la oferta a través de éste, celebrándose el contrato el mismo día en que el trabajador se da de baja voluntariamente, con efectos de vigencia al día siguiente.

La STS 23-10-92 (RJ 7.676) declara la fijeza de trabajadores que suscribieron contrato de fomento de empleo con la Administración no sólo sin estar inscritos en el INEM sino sin tan siquiera estar desem-

pleados (pues trabajaban para otras empresas al tiempo de la celebración de aquel).

La STS 29-1-93 (RJ 380) rechaza que un contrato en el que no se especifica la causa de la temporalidad haya de considerarse como de fomento de empleo no sólo porque no se tiene constancia de que el trabajador esté desempleado sino, sobre todo, porque no basta la mera voluntad de las partes de someterse a un término sin expresar la causa que justifique la temporalidad.

—STS 21-12-88 (RJ 9.886) y 5-4-90 (RJ 3.111): El contrato de fomento de empleo ha cumplido las previsiones reglamentarias en cuanto que el trabajador, el día de su contratación, figuraba como desempleado e inscrito en la Oficina de Empleo y así se hace constar en el contrato (aunque *el trabajador había estado ligado a la empresa* por contratos temporales anteriores, sin solución de continuidad entre ellos y con un solo día de interrupción respecto del de fomento de empleo).

Siguiendo este criterio, la STSJ Andalucía 2-3-93 (Rec. 1.035/91-Gr) sostiene que si al término de un contrato temporal concurre un acuerdo de voluntades que le pone fin, inscribiéndose el trabajador en la oficina de empleo para posibilitar una nueva fórmula de contratación, no es de apreciar infracción alguna que denote una actuación fraudulenta, sugerente de la presunción de indefinición del contrato, aunque la prestación de servicios no se interrumpa.

Confirma esta doctrina la STS 29-12-93 (La Ley 15.944-R) concluye que, celebrándose el contrato de fomento del empleo al día siguiente de la expiración de otro contrato temporal con la empresa, resulta clara la situación de desempleo del trabajador, máxime cuando aparecía inscrito a tales efectos en la Oficina de Empleo correspondiente.

En cambio, la STS 6-10-95, en un supuesto en que sin solución de continuidad, al término de un contrato temporal, el trabajador fue contratado nuevamente por la misma Administración empleadora con un contrato de fomento de empleo, estima que si bien con respecto a la exigencia de inscripción en la oficina de empleo, la Sala ha seguido una doctrina oscilante, ha mantenido una doctrina constante en declarar que un contrato de fomento de empleo celebrado con trabajador que no esté desempleado se transforma en una relación laboral de carácter indefinido pues es condición esencial para la validez del contrato de fomento de empleo que el trabajador esté en situación de desempleo.

—STS 25-1-94 (Rec. 2.818/91): Nada impide el válido acogimiento a la modalidad contractual para fomento del empleo para encomendar tareas que pudieran haber justificado una contratación para obra o servicio determinado, pues tal modalidad puede referirse a actividades de cualquier naturaleza, según dispone el art. 1.1 del RD 1989/84, no estando vedada esta modalidad *tras un contrato para obra o servicio determinado.*

—STS 27-10-88 (RJ 7.204), 30-1-88 (RJ 74), 26-7-88 (RJ 6.243), 14-10-88 (RJ 7.816) y 5-4-90 (RJ 3.111): Las referencias que hace el Decreto regulador de los contratos de fomento de empleo a los *contratos temporales*, como la duración máxima de 3 años o la prohibición de contratar a trabajadores que hubieran estado vinculados a la empresa por otro contrato temporal durante los 12 meses anteriores, han de circunscribirse, precisamente, a los contratos de fomento de empleo sin que se refieran a otros contratos temporales de distinta naturaleza.

La STS 27-7-93 (La Ley 13.388) entiende que la prohibición que establece el art. 5.3 RD 1.989/84 de 17-10 en el sentido de impedir la contratación de fomento de empleo cuando con ella se trate de cubrir el mismo puesto de trabajo que haya quedado vacante dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la nueva contratación de esta naturaleza, por la terminación de otro contrato temporal que hubiera agotado el plazo máximo de duración legalmente previsto, no debe ser entendida en términos tan extensivos que incluya todas las modalidades contractuales que comprenden el sistema ordinario de contratación temporal sino en el estricto de los contratos de la misma naturaleza, esto es, de fomento de empleo. Abunda en esta interpretación la STS 10-12-93 (Rec. 1.254/93).

—STSJ Navarra 5-11-96 estima que, aunque el contrato de fomento de empleo posterior a otro temporal, con un solo día intermedio, pudiera considerarse ficticio, no hay despido sino extinción legítima del contrato temporal puesto que el segundo contrato cumple su función de fomento del empleo, pues sin él la trabajadora hubiera cesado, efectivamente, quedando en paro.

—STSJ Madrid 18-2-94 (Rec. 3.369/93 s. 2.ª) reitera la posibilidad de utilización del contrato de fomento de empleo por las Administraciones Públicas *aun cuando los trabajos puedan ser atendidos por personal fijo*, pues tal contratación viene amparada en una norma de carácter general que no establece ninguna excepción respecto de dichas Administraciones.

—STSJ Cataluña 7-10-91 (AS 5.621): «Para determinar la naturaleza salarial o indemnizatoria del concepto denominado *compensación económica* por años de servicio (a la terminación del contrato de fomento de empleo) habrá que atender por tanto a la finalidad de dicho concepto, más que a su denominación legal ... El concepto en cuestión se abona como consecuencia de la terminación del contrato, pero no en el supuesto de que la contratación temporal sea objeto de novación contractual expresa o tácita (art. 49 ET) que dé lugar a la contratación por tiempo indefinido ... Es claro por tanto que se trata de un concepto destinado a compensar la pérdida del puesto de trabajo, aunque la extinción contractual opere por causa consignada en el contrato por ambas partes (art. 49.2 ET). Con tal concepto la ley pretende resarcir en parte al trabajador de la situación de precariedad de empleo facilitada por esta modalidad contractual, en la que no se exige especial causa de temporalidad en la prestación de trabajo ... Las consideraciones anteriores obligan a estimar ... la naturaleza indemnizatoria del concepto ...».

En esta línea, la sentencia del TSJ de Andalucía de 15-6-93 (AS 2846) deniega la compensación de los 12 días por año al extinguirse el contrato de fomento de empleo por seguir trabajando los actores para la empresa en virtud de otro contrato temporal, concluyendo que «esta indemnización no puede afectar a los actores, pues un criterio interpretativo, espiritualista y teleológico de la norma conforme al art. 3.1 CC, veda esta posibilidad, ya que la razón de ser de la misma es la de cubrir una situación de desamparo que potencialmente puede producirse tras la finalización de un contrato temporal y que aquí no se produce por cuanto los actores continuaron prestando servicios para la demandada, y no se les ocasiona ningún perjuicio que merezca ser indemnizado. Tesis que la Sala comparte, pues todas las indemnizaciones que la normativa laboral concede a los trabajadores en los supuestos de cese o despido obedecen a la finalidad de resarcir la pérdida del empleo, teniendo carácter compensatorio ante esta contingencia, por la situación difícil en que se coloca a aquellas personas que pierden su puesto de trabajo, pero que no puede hacerse extensiva a un cambio en la modalidad de contratación temporal, continuando el servicio en la misma empresa; careciendo de sentido la argumentación de los recurrentes de que la compensación económica que contempla la norma controvertida sea la de resarcir la aplicación de una restricción al principio general del carácter indefinido del contrato de trabajo, cuando lo cierto y real es que el RD 1.989/1.984, de 17

de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento de empleo, se promulga en desarrollo y cumplimiento del ap. 2 del art. 15 ET de 10-3-1980 y tiene como finalidad "facilitar la colocación de los trabajadores demandantes de empleo" (art. 17 del Estatuto Calendado)».

La polémica ha sido zanjada por el Tribunal Supremo, que, en Ss. 16-12-96 (Rec. 2.198), 24-2-97 (Rec. 1.824/96), 12-3-97 (Rec. 3.072/96) y 24-4-97 (Rec. 3073/96), considera que la compensación tiene carácter indemnizatorio, ante la frustración de acceder a empleo fijo, por lo que procede en los casos en que el contrato de fomento de empleo es seguido por otro contrato temporal, pero si el siguiente contrato fuese indefinido había desaparecido la razón de ser del derecho a la compensación económica.

Las Sentencias de 22 de abril de 1.997 (Rec. 3.076/96) y 7 de mayo de 1.997 (Rec. 3571/96) niegan la procedencia de la compensación cuando el trabajador contratado temporalmente por fomento de empleo adquiere la condición de funcionario, pues «la estabilidad en el empleo se ha conseguido con plenitud mediante una situación funcionarial que, aunque de naturaleza diferente a la del contrato laboral indefinido ... priva de finalidad artículo 3.4 citado. Pero es que además, por aplicación de la Ley 70/1.978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración pública de los funcionarios públicos, se consideran servicios efectivos todos los prestados ... incluso ... en régimen de contratación laboral, con derecho al devengo de los trienios correspondientes, por lo que en esta cuestión tampoco han sufrido menoscabo alguno».

—STS 25-5-96 estima que *no existe fraude de ley* en caso de *aumento neto de la plantilla* en los 12 meses anteriores aun cuando se haya producido un despido improcedente en dicho período, puesto que el art. 5.1 RD 1.989/84, que impide la contratación de fomento de empleo cuando se hayan amortizado puestos de trabajo en los últimos doce meses, no ha de interpretarse literalmente.

CONTRATO DE INTERINIDAD

—STS 17-11-87 (RJ 8.000), 7-12-88 (RJ 9.577), 30-9-88 (RJ 7.154), 27-3-92 (RJ 1.880) y 21-12-93 (La Ley 15.941-R): En los *contratos interinos de la Administración* basta con identificar el puesto vacante sin que sea necesario precisar el trabajador sustituido.

En especial, la STS 27-3-92 afirma que el contrato de interinidad debe «ser interpretado de forma racional, teleológica y espiritualista, superando la mera literalidad del texto, y por ello se ha de entender que dentro» del mismo «se incluye la denominada *interinidad por vacante* de las Administraciones Públicas, es decir, el contrato de interinaje concertado para ocupar una vacante en tanto ésta no sea cubierta reglamentariamente por dichas Administraciones, ya que la finalidad del contrato es la ocupación temporal de un puesto de trabajo que se va a cubrir en el futuro de acuerdo con la ley y a ella responde la letra de la ley, que contempla supuestos pensados para la empresa privada, mientras que en la Administración el interinaje se justifica con frecuencia en aquellos casos en que existe una vacante que va a ser cubierta de forma reglamentaria, lo que obliga a la Administración a cumplir los trámites y realizar las pruebas que impone el art. 19 LMRFP. Añade la citada sentencia que el cumplimiento de estos trámites y pruebas puede llevar «un período de tiempo quizá excesivo, lo que puede causar a la Administración y a la función pública en general graves quebrantos».

Así, STSJ Andalucía 25-1-91 (AS 438) afirma que «reiterada jurisprudencia trata de contratos de interinidad en los que el puesto de trabajo desempeñado por los trabajadores interinos eran plazas que integradas en plantilla debían ser cubiertas reglamentariamente, por ello tal doctrina jurisprudencial deja a salvo la extinción de la relación laboral por cobertura definitiva de la plaza desempeñada, con arreglo al correspondiente procedimiento legalmente establecido».

La interinidad por vacante es también aceptada por dos STS 22-1-96 (RJ 4.127 y 4.128) y STSJ Madrid 16-5-96 (Rec. 1.057/95).

Para la STS 24-6-96 (RJ 5.300), «*la eventual demora en provisión*» de las plazas que estén cubiertas interinamente, «aunque pudiera implicar la infracción de normas administrativas no determinaría ni un fraude de ley en la contratación temporal laboral, ni la transformación de esta contratación en indefinida». «El fraude actuaría, por tanto, en sentido contrario al que apunta el recurso, permitiendo que eventuales irregularidades administrativas conviertan en laboral un puesto reservado para la función pública y otorgando ese puesto a la persona que lo ocupa provisionalmente con exclusión de su provisión por los procedimientos que garantizan la aplicación de los principios de igualdad y publicidad y los criterios de mérito y capacidad en la selección».

Según la STS 22-10-97 el transcurso del plazo para la convocatoria del correspondiente concurso no transforma el contrato en indefinido, de acuerdo con el RD 2546/94.

—STS 20-3-96 (RJ 2.301) y 29-6-96 (RJ 5.403): La falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada o la *no identificación numérica de la plaza* no invalida el carácter de interinidad del contrato, siempre que la identificación se realice de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado y el acto empresarial se realice con criterios objetivos.

Ahora bien, según STSJ Castilla-La Mancha 15-2-91 (AS 1.592), «la falta de una clara designación o identificación del puesto de trabajo ocupado, ya que no del trabajador sustituido por estar vacante la plaza, al no efectuarse más que una mención genérica del puesto o categoría cubierto en régimen de interinidad, obviamente es contrario al espíritu y finalidad de la regulación de esta modalidad contractual».

—STS 24-7-95 y 7-11-95 considera procedentes los ceses de los contratos temporales celebrados por el INSALUD para desempeñar *plaza vacante* de personal no sanitario *hasta su cobertura*.

—STSJ La Rioja 22-4-91 (AS 2.572): A pesar de la forma *apariencia del tipo legal de eventual* de los contratos, tales contratos fueron de interinidad por cuanto en dichos contratos consta claramente que se trata de cubrir una plaza vacante hasta la incorporación de su titular, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial de que los contratos son lo que son y no lo que les denominen las partes.

—STSJ Madrid 19-11-92 (Rec. 2.429/92 s. 2.ª): En los contratos interinos las *funciones del interino* pueden no ser coincidentes con las de sustituido, ya que entra dentro de las facultades organizativas del empresario acordar que las funciones concretas que realizaba el trabajador sustituido sean encomendadas durante su ausencia a otro trabajador que pueda desempeñarlas más adecuadamente que el interino, pasando éste a desempeñar otras no enteramente coincidentes con las del sustituido.

Así también lo entienden las STCT 8-3-88 (RTCT 2.169) y 12-4-88 (RTCT 2.941).

—STS 17-11-87 (RJ 8.000), 22-10-87 (RJ 7.181), 25-2-88 (RJ 949), 28-12-92 (RJ 10.368) y 20-1-97: Tras el RD 2.104/84 y en virtud de su art. 4, el contrato de interinidad deviene indefinido *cuando el trabajador sustituido no se reincorpora* en el plazo establecido.

Así lo confirma la STS 27-1-94 en caso de extinción del contrato del trabajador sustituido por incapacidad laboral transitoria al ser

declarado en situación de invalidez permanente total. Y la STS 5-12-96 declara que no se extingue el contrato cuando el trabajador sustituido pasa a jubilación por invalidez.

Sin embargo, STSJ La Rioja 12-2-91 (AS 1.248) añade que «las conclusiones anteriores han de matizarse en aquellos supuestos en que la falta de reincorporación del sustituido debe determinar la declaración de vacante de la plaza y su cobertura mediante el procedimiento legalmente establecido, ya que en tales supuestos no se produciría la transformación en indefinido del contrato, manteniéndose la interinidad hasta la provisión reglamentaria de la vacante», puesto que «la interinidad en las relaciones de empleo público tiene la limitación de que en ningún caso se puede convertir la relación inicial en otra de duración indefinida, porque se opone radicalmente a ello el mandato contenido en el art. 103.3 CE». La STSJ Madrid 19-7-96 (Rec. 4.190/95) ratifica esta doctrina y estima que en caso de no reincorporación del trabajador sustituido, en la Administración, el contrato no deviene indefinido sino que se produce una novación de la causa, que deja de ser la necesidad de cubrir la plaza en tanto durara el derecho de reserva para el trabajador sustituido y se transforma en la necesidad de desempeñarla hasta tanto se produzca su cobertura con arreglo a las normas vigentes de provisión de vacantes.

Por su parte, la STSJ Madrid 27-2-91 (AS 1.412) estima que si el contrato de trabajo del titular de la plaza sustituido se extingue también cuando se extingue el contrato del interino ya que su mantenimiento como interino desvirtuaría la naturaleza de este contrato y su fijeza vulneraría el art. 103.3 CE; y la STSJ Madrid 24-6-93 (Rec. 100/93 s. 2.ª) señala que «la pendencia condicionante de la interinidad era o bien la reincorporación del sustituido a sus funciones (art. 4.2 c) RD 2.104/84) o en otro caso la finalización del tiempo del derecho a reserva del puesto de trabajo de aquel (art. 4.2 b) RD 2.104/84), habiéndose operado esta causa de extinción al causar baja definitiva el sustituido ausente al pasar a incapacidad absoluta».

—STS 5-3-95 aprecia la transformación en indefinido del contrato de interinidad cuando *el trabajador sustituto continúa prestando sus servicios tras la reincorporación del sustituido.*

STCT 12-4-88 (RTCT 2.941) estima que el hecho de que el trabajador interino permanezca unos días más tras la vuelta del sustituto, tratándose como se trata de Administraciones Públicas, la complejidad burocrática explica el retraso y enerva la presunción de indefinición del vínculo.

Más aún, STSJ Andalucía 13-11-91 (AS 6.987) reconoce un «tiempo prudencial», «como son siete meses», para constatar el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato de interinidad (la reincorporación del sustituido o la extinción de la causa de sustitución) y comunicar el cese al trabajador interino, como ha entendido el Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 17-2 y 14-7-87 (RTCT 3.294 y 15.064), que contemplaban supuestos de retrasos de seis y cuatro meses.

En cambio, la STSJ Extremadura 15-3-91 (AS 2.213) considera que la continuación en la prestación de servicios para la Administración no por un breve período de tiempo sino durante 5 meses implica una tácita reconducción, expresiva de la voluntad de que se produzca la novación del contrato, que se convierte en indefinido.

—STCT 12-4-88 (RTCT 2.941) llegó a la conclusión de que la *prolongación del contrato más allá del plazo pactado* pero subsistiendo la causa de interinidad que motivo el contrato (excedencia forzosa del sustituido) no tiene otra significación que una prórroga tácita del plazo inicialmente pactado sin que quede sustituido por una relación indefinida, de modo que se extingue al reincorporarse el sustituido y no hay despido.

—STSJ Madrid 30-7-92 (Rec. 375/92) rechaza la posibilidad de añadir a la condición resolutoria del *contrato de trabajo por interinidad un término final*, como prevé el RD 2205/80 para el personal laboral del Ministerio de Defensa por mor del principio de igualdad, ya que esa posibilidad no viene prevista con carácter general para los contratos de interinaje en el RD 2.104/84.

Por el contrario, STSJ Madrid 28-12-93 (Rec. 695/93 s. 2.ª) admite que el contrato de interinidad quede sometido no sólo a la condición de la reincorporación del sustituido sino también a un término final («certus an, certus quando»), consistente en la fecha en que el sustituido debía jubilarse, de modo que la no reincorporación en tal fecha del sustituido que, con anterioridad, fue declarado en situación de incapacidad permanente, pues las plazas de reincorporación «legal o reglamentariamente establecidos» son para supuestos de interinidad (permisos, licencias, excedencias, etc.) distintos al que en la causa originó la sustitución.

Contrato de lanzamiento de nueva actividad

—STS 17-7-95 estima que, en el contrato de lanzamiento de nueva actividad, *las tareas asignadas* deben desarrollarse, necesariamente, en la actividad de nuevo lanzamiento.

—STS 30-11-96: El *cese del trabajador tras haber sobrepasado la duración* del contrato de lanzamiento de nueva actividad constituye despido improcedente.

Contrato de obra o servicio determinado

—STS 10-12-96, aunque niega la fijeza de los trabajadores, considera *indefinida la relación* del contrato de obra o servicio determinado que en su concertación y desarrollo no cumple los requisitos de tal modalidad contractual.

—STS 10-2-97: La ausencia de especificación del servicio u obra determinada no constituye fraude de ley si durante su vigencia *se prorroga hasta que la plaza se cubra definitivamente*, puesto que ello «es una irregularidad irrelevante, sin que pueda atribuirse a fraude de ley ... pues antes del vencimiento del contrato se acuerdo su prórroga con clara determinación de la causa que lo justifica. Este criterio ha sido seguido por la Sala en sentencias de 6 y 16 de noviembre de 1.996 ante supuestos prácticamente idénticos».

—STS 28-12-93 (Rec. 808/93): La duración del contrato de obra o servicio determinado (como el celebrado por el Ministerio de Agricultura para la erradicación de la peste porcina africana) no viene determinada por un mero dato temporal pues su establecimiento no hubiera podido ampararse en el art. 15.1 ET, sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de modo que la referencia a un período de tiempo debe tener el carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal.

Así, STSJ Madrid 7-9-93 (Rec. 4.217/93) ratifica que el contrato de obra o servicio determinado *no tiene una limitación temporal determinada*, pudiendo durar todo el tiempo necesario para concluir la obra o el servicio determinado.

En igual sentido, STSJ Asturias 30-6-93 (La Ley 13.368) niega, salvo excepciones, que sea posible la fijación en el contrato de obra o servicio determinado un término final a fecha cierta, siendo nula esta fijación, en su caso.

—STS 10-6-94 (RJ 5.422), STSJ Extremadura 9-2-94 (Rec. 773/93) y STSJ Andalucía (Granada) 12 y 19-6-95 (Rec. 1.041 y 1.079/95): «El objeto de los contratos celebrados entre las partes ..., en cuanto dirigidos a la cobertura de la *campaña de extinción de incendios* forestales ... cumple plenamente las previsiones del artículo 2.1 del Real

Decreto 2104/1984: se trata de la realización de obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia ...».

—STSJ Andalucía 20-7-93 (La Ley 13.585): El contrato de obra o servicio determinado con duración indeterminada hasta que la plaza, en la Administración, se cubra por los mecanismos normales de provisión es, en rigor, un contrato de interinidad y su extinción por la *supresión de la plaza*, sin autorización administrativa alguna, constituye despido nulo.

—STS 18-10-93 (La Ley 13.538): *No* es válida la cláusula temporal en cuya virtud la duración del contrato de obra o servicio determinado queda *supeditado a la voluntad de una de las partes*, como sucede si una empresa contrata trabajadores, bajo dicha modalidad, para un servicio (de guardería) que esté establecido o se pueda establecer cuando la empresa lo considere necesario.

—STSJ Madrid 5-2-91 (AS 1.350): Si la *obra* objeto del contrato *no está suficientemente determinada*, se presume que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, conforme al art. 15.1 ET.

—STS 14-7-87 (RJ 5.368): El contrato de obra o servicio determinado está válidamente celebrado si su objeto no es la actividad genéricamente contemplada del ente público demandado (en este caso RTVE) sino un *programa concreto*.

—STS 7-10-92 (RJ 7.621) y 16-2-93 (Rec. 2.655/91) y STSJ Madrid 4-6-92 (Rec. 2.576/ 91 s. 5.ª): El *plan nacional de Formación e Inserción Profesional* es un servicio determinado por lo que no hay fraude si tras un contrato en prácticas con el INEM, se celebra un contrato de obra o servicio determinado con el objeto de terminar dicho plan.

—STS 25-1-94 (Rec. 2.818/91) reitera la validez del contrato de obra o servicio determinado para el plan FIP.

—STS 24-9-93 (Rec. 3.357/92) admite la validez de los *sucesivos contratos de fomento de empleo y de obra o servicio determinado*, estimando que «no puede apreciarse en la segunda contratación la concurrencia de fraude de ley por el solo hecho de no haber existido discontinuidad en la relación laboral, ni haberse producido modificación en el trabajo de los actores, sino que, habría que ponderar todos los factores y circunstancias en juego y al efecto resulta que la inicial contratación de fomento de empleo se ajusta a la normativa aplicable, al igual que la segunda, de obra o servicio determinado, para el cumplimiento por el INEM del plan FIP (plan nacional de Formación e Inserción Profesional), de modo que el hecho de que en la segunda

contratación la actora realizara la misma actividad que en el anterior contrato temporal es lógico, atendiendo a la naturaleza y finalidad del plan, cuyo mayor aprovechamiento exigiría contratar trabajadores anteriormente empleados como medida de fomento del empleo.

—STS 30-11-92 (RJ 9.292): No puede aceptarse un contrato de obra o servicio determinado cuando es celebrado por empresas concesionarias *por el tiempo que dure la concesión*, ya que el servicio es permanente, mediante sucesivas concesiones, por lo que los trabajadores son fijos y su subrogan en la nueva empresa adjudicataria.

—STSJ Cataluña 27-5-93 (Rec. 1.051/93): Las tareas de confeccionar programas o de seguimiento de las enseñanzas impartidas deben entenderse incluidas en la *labor de impartir enseñanza* cuando ésta es el objeto de contrato de obra o servicio determinado. (En el caso de autos era para impartir cursos de formación ocupacional del INEM).

—STS 16-2-93 (Rec. 2.655/91) admite la repercusión de la no estabilidad de las *consignaciones presupuestarias* en los contratos de obra o servicio determinado.

Al respecto, STSJ Galicia 12-6-91 (AS 3.705) estima la extinción del contrato de obra o servicio determinado al extinguirse las subvenciones para el programa que constituía su objeto, aunque pueda haber nuevas subvenciones que implicarían otro servicio distinto.

Contrato en prácticas

—STS 14-5-92 (RJ 3.557), 10-7-92 (Rec. 333/92), 1-10-92 (RJ 7.594), 10-10-92 (RJ 7.628), 26-10-92 (RJ 7.843) y 1-2-93 (RJ 723): El contrato en prácticas exige un *título* que conlleve estudios teóricos que habilite para una profesión vinculada a una capacitación previa, no una mera autorización (caso de los vigilantes jurados), y si este requisito falta el contrato es indefinido al ser nula la cláusula de temporalidad [1].

[1] La reforma operada por la Ley 10/94, de 19 de mayo, y el Real Decreto de 29 de diciembre de 1993 mantienen una redacción similar a la anterior, pero en lugar de hablar de «titulaciones que habiliten legalmente para la práctica profesional» se habla de «títulos ... que habiliten para el ejercicio profesional». El criterio jurisprudencial señalado parece que sigue siendo de aplicación pues, aunque no se aluda a habilitación legal, exige que el título reconozca una aptitud para el ejercicio de una profesión, que ha de estar vinculada a una capacitación previa por la propia finalidad del contrato.

—STS 15-9-92 (RJ 6.788): Es *título* suficiente para el contrato en prácticas el expedido por el INEM o los centros colaboradores por superar cursos de formación profesional ocupacional.

—STSJ Madrid 8-10-91 (Rec. 2.756/91, Actualidad Laboral 31) admite la validez del contrato en prácticas, por cumplirse sus requisitos, a pesar de la *existencia de dos contratos eventuales anteriores* entre las mismas partes.

—STSJ Madrid 26-1-95 estima la conversión en contrato por tiempo indefinido del contrato en prácticas suscrito cuando *ya se había prestado servicios*, con igual categoría, para la misma empresa.

—STSJ Madrid 18-9-95 exige la correlación entre *título poseído y el objeto del contrato* de trabajo en prácticas.

Contrato eventual

—STS 12-11-84 (RJ 5.834), 6-5-85 (RJ 2.665) y 21-2-86 (RJ 800): Caben *contratos eventuales en la Administración* aunque no se trate de actividades excepcionales, incluso si no se aumenta el trabajo del centro, declarándose la validez del contrato eventual celebrado por la Administración no sólo para tareas urgentes sino también para aquellas que sean normales pero que no puedan ser desarrolladas por los funcionarios de plantilla, pues la Administración está sometida a normas sobre la selección de personal.

En particular, la STS 21-2-86 señala que es válida y no incurre en fraude de ley «la contratación (que) obedecía a la calidad y magnitud del trabajo a realizar con una plantilla insuficiente, de ahí, que las posibles irregularidades en la contratación de los actores o en las prórrogas de sus contratos podrían determinar responsabilidades a exigir a quienes resultaren responsable de aquellas pero en manera alguna ser un portillo para abrir el acceso a la función pública sin superar las pruebas d selección y capacidad requeridas para ello».

—STS 21-6-89 (RJ 4.827) entiende que no es obstáculo para la temporalidad del vínculo que las tareas sean las normales cuando las dificultades propias para la provisión de vacantes en propiedad persisten y por ello se acude a la *contratación temporal hasta cubrir definitivamente las plazas* de manera reglamentaria, persiguiéndose esta finalidad y no eludir una contratación indefinida, por lo que no hay fraude de ley.

Admite también el contrato eventual por acumulación de tareas en Correos y Telégrafos la STS 30-9-94 (Rec. 357/94).

Asimismo, la STS 15-5-94 (RJ 4.208) admite el contrato eventual por acumulación de tareas, «tanto cuando se trata de un aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando completa la plantilla correspondiente como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo ... (y) ... si bien en el ámbito de la empresa privada no pueden calificarse como propios de la acumulación de tareas los casos en que el indicado desequilibrio o desproporción se debe exclusivamente a la existencia de vacantes ... en cambio en la Administración Pública, aunque en definitiva las vacantes existentes terminarán siendo provistas en la forma reglamentaria establecida, hay que tener en cuenta que tal provisión exige el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones, lo que implica que la misma no pueda tener lugar inmediatamente ... de ahí que sea lícito el que la Administración acuda a los contratos de trabajo eventuales para remediar en la medida de lo posible esa situación».

La STSJ País Vasco 18-11-93 (Rec. 1.153/93) admite el *contrato eventual «por vacante»* como tal y no como contrato de interinidad pues el término vacante no es tomado en su sentido estricto de puesto de trabajo vacío e identificado, propio de la interinidad, sino como deficiencia de plantilla.

La STSJ Madrid 22-2-96 (Rec. 4.432/94 s. 2.ª) admite la licitud de acudir a los contratos de trabajo eventuales para remediar una actuación temporal de déficit de personal de la Administración, por no haberse cubierto las vacantes existentes.

También cabe citar la STSJ Galicia 5-2-97 (Rec. 6.007/96).

—STSJ Castilla-La Mancha 15-2-91 (AS 1.592): Aunque, en principio, es ajustada a la norma la contratación sucesiva del mismo trabajador con *carácter eventual y de interinidad*, es contraria a aquella cuando se pretende desconocer las limitaciones establecidas legalmente o se perjudican los derechos del trabajador, como sucede si se celebra contrato eventual para una plaza vacante pues el contrato eventual tiene un término determinado mientras que el de interinidad está sujeto a condición resolutoria.

—STS 10-12-93 (Rec. 1.254/93): Los contratos eventuales por acumulación de tareas no son nulos por no especificar con precisión en qué consistían aquellas tareas, pues esa irregularidad sólo acarrea a lo

sumo una presunción «iuris tantum» de fijeza, destruible mediante prueba de la naturaleza temporal de la prestación.

La STSJ Madrid 2-4-92 (AS 2.090) *niega que exista fraude de ley por no especificar la causa* o circunstancia que justifique el contrato eventual (habiéndose utilizado un modelo estándar), pues la voluntad de las partes aparece clara en el contrato inicial y en las prórrogas posteriores y, además, el fraude no se presume sino que ha de ser probado por quien lo alega.

Para la STSJ Extremadura 17-2-93 (La Ley 15.494), no puede apreciarse el fraude de ley en el contrato eventual por no expresar con claridad y precisión las causas de la eventualidad, al constar que el motivo del vínculo estriba en atender circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, ya que no son precisos más detalles (STSJ Baleares 21-1, 18-4 y 22-10-91 y 29-2-92 y STSJ Murcia 12-4-90). Para que exista fraude de ley es preciso que no se contrate para atender necesidades coyunturales que superen el ámbito normal de la actividad de la empresa o, incluso dentro de su ámbito, carezcan de la permanencia precisa para justificar una contratación por tiempo indefinido, produciéndose así una utilización del tipo legal con una finalidad contraria al principio de estabilidad en el empleo (STS 28-4-87, R. 2.817, y 4-4-90, R. 3.104). En definitiva, el fraude de ley es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades, envolviendo en todo caso una decidida y patente voluntad de eludir el mandato imperativo de la norma, obviando su finalidad.

Según la STSJ Andalucía 2-3-93 (Rec. 1.035/91-Gr), no concurre fraude de ley por la no especificación pormenorizada de las circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, si queda constada la eventualidad contractual en la voluntad de las partes, y la no consignación de las circunstancias que permiten la contratación temporal no convierte a ésta en indefinida si queda acreditada que tal fue la voluntad de las partes, confirmando el criterio de la Sala de que no hay fraude de ley si se deduce con claridad la naturaleza temporal de la prestación aunque no se consignen con claridad y precisión las circunstancias del contrato.

Por contra, la STSJ Madrid 6-7-95 exige que el contrato precise las circunstancias que justifiquen la eventualidad.

—STSJ Madrid 29-1-93 (Rec. 3.784/92) juzga correcto el contrato eventual celebrado por Correos justificado en *«circunstancias del tráfico* (postal)».

CUESTIONES DIVERSAS

—STS 14-4-97 (Rec. 1803/96) considera que en caso de *despido improcedente* de un contratado temporal si, antes de dictarse sentencia, se extingue el contrato, no cabe opción por la readmisión, pero subsiste la obligación alternativa de indemnizar.

—STS 2-3-89 (RJ 1.785): En la contratación temporal la *falta de forma escrita y alta en la Seguridad Social* sólo constituye una presunción «iuris tantum» de indefinición que puede desvirtuar la naturaleza temporal de la prestación.

—STSJ Madrid 27-2-91 (AS 1.413): El *preaviso de la denuncia* de los contratos temporales no ha de ser, necesariamente, por escrito, valiendo también en forma verbal.

—STSJ Madrid 29-1-93 (Rec. 3.784/92): «Aun cuando» los *contratos temporales celebrados sucesivamente* lo fueran «sin solución de continuidad», «ello implicó una situación consolidada, al no haberse formulado protesta alguna en forma de reclamación».

—STS 29-3-93 (Rec. 795/92) entendió que no es de aplicación el plazo de 20 días para accionar contra el cese de contratos temporales al caso de sucesión entre ellos cuando entre la expiración de uno y la formalización de otro no llega a pasar dicho plazo.

Sin embargo, la STS 24-1-96 (RJ 194) sostiene que, en caso de sucesión de contratos temporales, «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 ...». Esta doctrina es recogida por la STSJ Andalucía (Málaga) 24-1-97 (Rec. 991/96) y la STSJ Cataluña 30-5-96 (Rec. 650/96).

Ahora bien, la STS 20-2-97 (Rec. 2.580/96) lo matiza, considerando la limitación del examen al último contrato, «sólo podría ser aceptada de modo excepcional, cuando de las series contractuales reflejadas en los hechos probados no se infiere defecto sustancial alguno en los contratos temporales o fraude de ley». Y, con posterioridad, se han dictada numerosos autos de inadmisión por considerar que la doctrina del examen del último contrato es contraria a la de la STS 20-2-97. P.e. ATS 26-11-97 (Rec. 2263/96).

—STS 28-9-93 (La Ley 13.441): Si bien el carácter temporal de los contratos no es desdeñable a la hora de establecer diferencias en las

condiciones de trabajo del personal fijo y el temporal si van referidos a distintas actividades y responden a sus peculiaridades, tal *modalidad de adscripción no puede justificar por sí sola un distinto tratamiento retributivo.*

—STSJ Madrid 26-3-91 (Rec. 1.006/91 s. 5.ª): A diferencia de las vacaciones, los *permisos* no los disfrutan los trabajadores temporales en proporción al tiempo trabajado sino por entero.

—STCT 15-1-85 (RTCT 187) y STSJ Madrid 15-6-93 (Rec. 5.186/92 s. 2.ª): La *suspensión* de los contratos temporales no interrumpe el plazo máximo de los mismos, extinguiéndose el contrato al llegar al plazo máximo legal aunque el trabajador esté prestando o haya prestado durante el contrato el servicio militar. Ello es así pues las normas aplicables no establecen tal interrupción, fuera de los contratos en prácticas y para la formación, respecto de los cuales la cuestión viene resuelta por el art. 13 RD 1.992/84.

—STS 21-9-93 (La Ley 13.434): Los contratos temporales deben, por lo general, constar por escrito y deben especificar la modalidad contractual a que se acoge el contrato y las circunstancias en concreto que justifiquen el contrato temporal, pero la omisión de tales especificaciones no conlleva necesariamente la automática conversión en por tiempo indefinido de la relación laboral, existiendo sólo una presunción de fijeza que puede ser desvirtuada por la prueba de la naturaleza temporal de la prestación; y lo que es inexcusable es la concurrencia de la causa objetiva específicamente justificativa de la contratación temporal, no bastando la voluntad de las partes de celebrar un contrato temporal.

En esta línea, la STSJ Andalucía 6-3-92 (Rec. 755/91) sostiene que la *omisión de la expresión de la causa* del contrato en los contratos temporales (al igual que la omisión de la forma escrita) supone una presunción iuris tantum de su carácter indefinido, que cede cuando se deduce la temporalidad de la propia naturaleza de los servicios.

—STSJ Valencia 31-1-91 (AS 983): Una reiterada doctrina del Tribunal Central de Trabajo -Ss. de 15-4-83 (RTCT 3.188), 18-2-86 (RTCT 964), 19-1-88 (RTCT 910) y 20-6-89 (Rep. T.S.J. Madrid 500), entre otras- ha venido declarando que la prolongación por unos días de un contrato temporal no supone, sin otros hechos que puedan demostrar lo contrario, que existiese animus novandi de la relación inicialmente pactada, ni que lo que evidentemente constituye un error o un descuido involuntario e intrascendente por la escasa entidad cuantitativa del retraso- de la que no se deriva perjuicio económico al

trabajador que mantiene la percepción salarial hasta la fecha del cese. y al que hay que aplicar la presunción de buena fe ..., pueda calificarse como actuación fraudulenta impensable y productora de un automatismo que la norma sólo concede como sanción en el supuesto claro y evidente de abuso de derecho.

—STSJ Madrid 29-1-90 (Actualidad Laboral 367): El contrato celebrado para *sustituir a un trabajador que se jubile voluntariamente*, antes de los 65 años, no es de relevo parcial y no tiene causa de temporalidad.

—STSJ Madrid 11-2-91 (Rec. 4.4491/90 s. 2.ª) y 30-11-93 (Rec. 1.536/93 s. 2.ª): Los contratos temporales de la Administración se rigen por las normas generales, que no hacen diferencias por razón de la naturaleza del empleador y *no por Circulares de la Administración*, que no pueden prevalecer frente a aquellas.

—STSJ Madrid 11-1-91 (Rec. 2.996/90 s. 1.ª-2.ª, Actualidad Laboral 521) sostiene, en su fundamento jurídico tercero, que «se ha de tener muy en cuenta que la sentencia de la sala cuarta de lo Social del Tribunal Supremo de 18 septiembre 1989, cambiando la doctrina anteriormente seguida, llega a la conclusión de que al instarse que el juzgador se pronuncie sobre la adquisición de *fijeza* en la empresa, su sentencia no es constitutiva, pues no crea ni modifica situaciones jurídicas, sino que constata sólo una realidad que existe ya fuera del ámbito judicial, que opera por ello *con eficacia «ex tunc», dada su naturaleza meramente declarativa*, porque la adquisición de la fijeza se produjo ... desde que ingresó en la empresa...» .

CONVENIOS COLECTIVOS

Ver también CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, HECHOS PROBADOS, NORMAS SUSTANTIVAS y SUCESIÓN DE EMPRESAS.

—STS 3.ª 30-6-93 (Actualidad Laboral 1.118): Es *competente el orden social* y no el contencioso-administrativo para la impugnación de un Convenio Colectivo, aunque fuera aprobado por la Administración empleadora.

—STS 2-11-93 (La Ley 13.607): La *impugnación de oficio* de convenios colectivos no está sometida a plazo alguno preclusivo, sin ser de aplicación el plazo de registro.

En este sentido, STS 2-2-94 (Rec. 4.052) señala que la autoridad laboral (representada por el Abogado del Estado) puede impugnar un Convenio Colectivo tras su inscripción, no habiendo plazo para su impugnación de oficio.

—STC 177/93 de 31-5 (La Ley 2.237): El Convenio Colectivo, con *valor normativo* y, en consecuencia, inscrito en el sistema de fuentes del Derecho, está por ello mismo subordinado a las normas de mayor rango, en virtud del principio de *jerarquía normativa*, reconocido por la CE, debiendo respetar los derechos fundamentales y, en especial, la prohibición de discriminación.

—STC 124/88 de 23-6 y 47/88 de 21-3: No es inconstitucional ni produce indefensión recurrible en amparo el impedir por falta de legitimación activa las *impugnaciones individuales* de los Convenios Colectivos, pues debe existir una correlación entre la legitimación y la clase de pretensión que se ejercite ... sin perjuicio de que puedan impugnarse individualmente los actos de aplicación del convenio que lesionen derechos o intereses legítimos.

—STC 1-7-92 (RTC 105): El derecho a la negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el art. 28.1 CE y de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en Convenio Colectivo quebraría el sistema de negociación colectiva, por lo que no puede alterarse lo convenido colectivamente por *pacto individual*.

La STC 208/93 de 28-6 (BOE 2-8) afirma que «una utilización masiva de la autonomía individual para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva sería dudosa-

mente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales, que trata de hacer compatibles la libertad sindical, con el consiguiente predominio de lo colectivo sobre lo individual, y la libertad de empresa, que es un espacio abierto a la autonomía individual», si bien «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone ... un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión».

Sobre el particular, la STSJ Murcia 10-1-92 (Rec. 35/91) entiende que son posibles los acuerdos individuales y que si su generalización se encamina a dificultar la negociación colectiva es ilícita pero no en otro caso.

STS 16-7-93 (La Ley 13.428) sostiene que el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos es compatible con el establecimiento en la negociación individual de condiciones que no sean contrarias ni inferiores a las establecidas en dichos Convenios.

—STC 25-4-91: La extensión de los Convenios Colectivos corresponde, en su caso, a las *CCAA* catalana y vasca.

—STS 16-6-89 (RJ 4.593) y STSJ Madrid 23-1-91 (AS 842), 5-7-91 (Rec. 3.451/90 s. 1.ª) y 16-3-92 (Rec. 2.424/91 s. 1.ª): Los *acuerdos marco* son Convenios para convenir, regulando no las condiciones de trabajo sino la negociación colectiva ulterior, aunque pueden también incluirse acuerdos sobre materias concretas con la eficacia de un Convenio Colectivo propiamente dicho.

—STS 8-10-93 (La Ley 13.442) analiza la posibilidad de un *convenio conjunto para dos empresas*.

—STS 29-9-93 (La Ley 13.445): En caso de concurrencia entre un *Convenio Colectivo anterior y de ámbito más específico* y otra más amplio y posterior se ha de dar preferencia al primero en virtud de los principios de antigüedad y especialidad.

—STS 23-12-91: La negociación colectiva puede *distribuir libremente los incrementos salariales* entre los diversos conceptos salariales, siempre que se respeten los mínimos legales globalmente considerados para cada trabajador.

—STS 18-1-93 (RJ 94): Las representaciones sindicales que cumplan los requisitos que establece el art. 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical tienen *legitimación para intervenir en la negociación colectiva* y si se les excluye del «banco social» de la negociación se vulnera la libertad sindical.

Pero, según STS 29-10-93 (La Ley 13.510), no la tienen los miembros del comité de empresa que no formen parte de la comisión negociadora, siendo su composición de «ius cogens» e irrelevante la anterior admisión por la empresa de que acompañasen a los miembros de la comisión negociadora.

—STS 15-3-93 (RJ 1.859): «La denuncia por un tercero de que les es *lesivo el Convenio Colectivo* que por tal causa impugna, requiere, para su viabilidad, la existencia de un daño con tal origen, no potencial o hipotético, sino verdadero y real, de entidad grave, no necesariamente causado con "animus nocendi", que afectare a un interés de aquél, jurídicamente protegido, o que se le hubiera producido por quienes negociaron el Convenio, usando abusivamente de sus derechos o contraviniendo de otro modo el ordenamiento jurídico».

—STS 29-4-93 (Rec. 459/92): La relación entre las normas legales y el Convenio Colectivo no es de jerarquía sino de *complementariedad* y el Convenio debe aplicarse como un *todo orgánico*, sin que quepa tomar lo favorable y rechazar lo desfavorable.

—STS 25-6-93 (RJ 4.921): El Convenio Colectivo es esencialmente una norma temporal que, en principio, no está llamada a desplegar su eficacia fuera del tiempo a que se contrae su vigencia, de tal manera que la sustitución de un convenio por otro no implica aplicación retroactiva de ningún precepto limitador de derechos ni reducción de salarios sino más bien un *cambio de sistema retributivo* válido por haber sido pactado y admitido por las partes negociadoras.

—STS 5-3-93 (RJ 1.707): El *acuerdo* entre empresa y trabajadores limitado a aquellos que lo sean al tiempo de su celebración (consistente en la equiparación salarial por la unificación de horarios) es condición más beneficiosa para estos trabajadores y *no se extiende a los que ingresen después*, no comprendidos en el campo de aplicación de dicho acuerdo.

—STS 21-6-96 (RJ 5.221) trata de los *sindicatos legitimados* para la conclusión de convenios colectivos en el ámbito de la Administración Pública.

—STCT 28-3-85 (RTCT 2.294) y 28-2-86 (RTCT 1.352): Junto a los Convenios de eficacia general pueden existir Convenios de eficacia limitada a los sindicatos y asociaciones empresariales que sean parte y sus afiliados, los llamados «*pactos extraestatutarios*».

—STCT 25-5-82 (RTCT 3.099) y 26-1-85 (RTCT 475): Los *Convenios Colectivos no publicados* en el BOE debe ser acreditados.

—STS 20-9-93 (La Ley 13.493): Corresponde a las partes negociadoras determinar el ámbito de aplicación del Convenio, siempre que estén legitimadas al efecto, pero no cabe delimitar su *ámbito por la afiliación del empresario* a una asociación empresarial; y el *proceso de impugnación de Convenios Colectivos se limita a controlar la legalidad* de un Convenio, pronunciándose sobre su nulidad total o parcial, y no ha de entrar en la aplicación preferente de un Convenio u otro.

—STSJ Madrid 4-3-91 (AS 1.817): En caso de creación de *nuevos ministerios*, a los trabajadores les es de aplicación el Convenio Colectivo del Ministerio para el que prestan sus servicios, que supone en su conjunto un aumento de las retribuciones globales, sin que sea posible que pretendan el cobro de un determinado complemento salarial por el Convenio de un Ministerio extinguido u otro distinto, respetándose sólo las situaciones personales que, con carácter global, superen a las pactadas. Ver también SUCESIÓN DE EMPRESAS.

—STSJ Madrid 8-10-93 (Rec. 4.569/92 s. 1.ª): El Convenio Colectivo nacional de *Artes Gráficas* es aplicable al Ministerio de Economía y Hacienda puesto que en su propio Convenio se excluye al personal acogido al Convenio de Artes Gráficas, sin que la alusión a un Convenio de empresa del Ministerio para su actividad de artes gráficas inexistente implique que tal vacío sea cubierto por las normas contractuales, sino por el Convenio Colectivo nacional de Artes Gráficas, y ello viene refrendado por el acuerdo obtenido en acto de conciliación por las partes litigantes en el anterior conflicto colectivo promovido al efecto.

—STSJ Madrid 3-12-93 (Rec. 1.181/93 s. 1.ª): No hay discriminación cuando existe un diferente sistema retributivo, caso del *personal dentro y fuera de Convenio*, cuya comparación se ha de hacer globalmente, conforme al art. 3.3 E.T., y no es posible un «espigueo» de regímenes retributivos, tomando del Convenio Colectivo lo que favorece y evitando lo que le desfavorece.

—STS 30-4-94: La instauración unilateral por la empresa de un plus para algunos trabajadores no vulnera el derecho a la negociación colectiva ni modifica la estructura salarial del convenio, siendo una mejora por encima de las condiciones salariales mínimas previstas por el mismo, que es conforme a Derecho, de acuerdo con el art. 3.1 ET.

En parecido sentido, la STSJ Valencia 5-10-93 (AS 4.600) declaró válido el abono a algunos trabajadores de una *retribución* (primas de producción) *no prevista en el Convenio Colectivo* y más favorable que

lo previsto en él, ya que no se vulnera el Convenio ni la representación de los representantes legales de los trabajadores, que no priva que los trabajadores por sí mismos acepten voluntariamente tales retribuciones por encima de los previsto en el Convenio; constituyendo una condición más beneficiosa, si bien, tal condición no puede ser proclamada como tal por el fallo de la sentencia al no haberse pedido mediante reconvención.

—STS 18-12-95 entiende que los trabajadores carecen de *legitimación activa* para impugnar el convenio *por perjuicio de terceros.*

—STSJ Murcia 2-9-96: En caso de concurrencia de convenios colectivos será *aplicable el más favorable en su conjunto.*

COSA JUZGADA

—STS 25-2-83 (RJ 1.054): Lo preceptuado por el art. 408 LEC (*cosa juzgada formal*) constituye una disposición de orden público de rigurosa observancia, hasta el punto de que si se admite indebidamente un recurso, aunque la parte contraria no hubiese impugnado el acuerdo correspondiente y se haya sustanciado el recurso, de oficio, debe ponerse de manifiesto la firmeza de la resolución recurrida.

—STS 15-4-92 (RJ 2.656): La excepción de cosa juzgada es *apreciable de oficio*. También STS 1.ª 11-11-81 (RJ 4.505), 10-5-82 (RJ 2.562) y 6-12-82 (RJ 7.462). STS 1.ª 23-2-90 (Actualidad Civil 614/90) entiende que la cosa juzgada es apreciable de oficio, tanto en su función negativa, de excluir el replanteamiento del problema ante los tribunales, como en su función positiva, consistente en la vinculación que produce en los jueces respecto de un fallo futuro. En contra, STS 31-3-83 (RJ 151) y 17-7-86 (RJ 4.168) admiten la apreciación de oficio de la función positiva pero no de la negativa.

—STS 29-2-60 (RJ 1.480) y 12-5 y 13-10-83 (RJ 2.375 y 5.092): Para que se dé la *función negativa* de la cosa juzgada deben concurrir los requisitos del art. 1.252 CC, habiendo recaído sentencia definitiva anterior.

—STS 6-11-65 (RJ 4.986), 1-7-66 (RJ 3.663) y 31-1-83 (RJ 151): La *función positiva* de la cosa juzgada se aprecia «aunque no concurran las condiciones requeridas para la procedencia» de la función negativa, ya que «no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si se pudieran discutir los ya firmes, ello equivaldría a poderse revisar subrepticiamente la ejecutoria».

—STS 17-7-81 (RJ 3.194) y 4-2-88 (RJ 573): En las *relaciones jurídicas de tracto sucesivo*, cabe apreciar cosa juzgada siempre que «no se introduzcan nuevos hechos, situaciones sobrevenidas que alteren la causa de pedir con posterioridad al primer pronunciamiento».

—STS 15-4-92 (RJ 2.656): *No se desvirtúa la cosa juzgada por subsanar omisiones* padecidas en el primer proceso, como aportar documentos no presentados en aquel.

—STS 30-1-82 (RJ 325), 12-11-82 (RJ 6.695), 3-2-83 (RJ 531), 7-12-83 (RJ 6.177), 12-6-84 (RJ 3.313), 20-10-84 (RJ 5.303), 3-1-91 (RJ 47)

y 12-4-93 (RJ 2.922): No obsta a la cosa juzgada que *a la acción se le dé distinto nombre* si son idénticas las cosas y las causas de pedir.

—STS 20-3-72 (RJ 1.211) y STCT 4-3-80 (RTCT 1.339): Los hechos probados en un anterior proceso no vinculan en uno posterior en se ventile una *reclamación diferente*. Ver también *PRUEBA EN EL PROCESO*.

—STCT 15-10-76 (RTCT 4.505) y 14-1-77 (RTCT 88): La *causa de pedir* comprende tanto las normas legales como las premisas de hecho que sirvieron de soporte a la demanda.

—STS 11-11-69 (RJ 5.599) y STCT 21-5-80 (RTCT 2.921) y 8-10-81 (RTCT 6.297): Las sentencias en que *no se resuelve el fondo del asunto* están desprovistas de autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, STS 18-5-92 (RJ 3.566) aprecia la excepción de cosa juzgada respecto de una sentencia que declara la falta de jurisdicción y, por ende, no entra en el fondo del asunto. Así también la STS 28-2-90 (RJ 1.245) entiende que produce vinculación a los tribunales la sentencia declarando la incompetencia de jurisdicción en proceso sobre declaración del carácter laboral de una relación jurídica respecto del pleito posterior sobre despido.

—STSJ Asturias 21-10-91 (Rec. 603/91): Cabe apreciar la excepción de cosa juzgada si concurren los requisitos del art. 1252 CC aunque la anterior *sentencia sea del orden contencioso-administrativo*.

En contra se manifiestan las STSJ Madrid 5-3-91 (AS 1.828) y 15-3-91 (Rec. 6.157/88 s. 4.ª), «dado que es constante -su reiteración nos ahorra su cita- la doctrina afirmando que no cabe apreciar tal excepción en los supuestos que el conocimiento de los asuntos corresponda a órdenes jurisdiccionales diferentes»..

—STC 92/93 de 15-3: La cosa juzgada no puede ser alterada por un *cambio jurisprudencial posterior* en base al principio de igualdad. Ver también JURISPRUDENCIA.

COSTAS

De ejecución

—STSJ Madrid 21-10-91 (Rec. 3.005/91, Actualidad Laboral 124/92): «En materia de *ejecución frente a la Administración* Pública, es solamente aplicable el capítulo III, título primero, del libro cuarto de la Ley de Procedimiento Laboral vigente, y no el capítulo II del mismo título, referido a la ejecución dineraria, pero solo en cuanto a los particulares», por lo que no es aplicable a la ejecución contra la Administración el art. 266.3 LPL, que prevé la inclusión de los *honorarios de abogado* en la tasación de costas.

En contra, la STSJ Cataluña incluye la minuta de letrado en las costas a que condena a un organismo autónomo por entender que la Administración no está incluida en el beneficio de defensa gratuita. Asimismo, la STSJ Madrid 5-10-95 estima procedente incluir los honorarios de letrado en la tasación de costas en ejecución de sentencias condenatorias contra la Administración.

—STS 2-7-96 y 23-6-97 (Rec. 3195/96) consideran *improcedente plantear en suplicación la inclusión o no* de las costas de ejecución contra la Administración por no tratarse de un punto sustancial y ser cuestión ajena a la fase de conocimiento y decisión del pleito.

De recurso de suplicación (o casación)

—STS 12-7-93 (La Ley 15.715-R): El art. 232 LPL, al referirse a la *parte vencida en el recurso* como causa de imposición de costas ha de ser interpretado en el sentido de que tal es sólo el recurrente cuyo recurso se desestima y no el perdedor de la oposición que sostiene los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

—STS 3-3-87 (RJ 1.322), 16-3-87 (RJ 1.614) y 22-11-88 (RJ 8.857) y STSJ Madrid 20-2-89 (Rec. 1.791/87), 27-6-91 (AS 4.112) y 27-3-92 (AS 1.645) declaran que el Estado puede ser condenado en costas en suplicación, ya que no goza del beneficio de justicia gratuita, pues el privilegio de exención de depósitos no es aplicable a este punto.

En contra, la STSJ Cataluña 11-2-92 (AS 802) sostiene que «es lo cierto que el *Estado* y los órganos del mismo dependientes gozan del beneficio de justicia gratuita a efectos litigiosos, cual se infiere del contenido del n.º 4 del art. 226 LPL, quedando legalmente exentos del pago de honorarios de abogado conforme a lo establecido por el art. 25.2 de la misma Ley Procesal». Y la STSJ País Vasco 7-2-91 (AS 1.066) entiende que no procede imponer las costas a una corporación local por considerarla beneficiaria de la asistencia judicial gratuita.

—STSJ Baleares 22-2-91 (AS 1.626) afirma que «al desestimarse el recurso del *INEM* y no haber alegado ni justificado goce del beneficio de justicia gratuita, ni ser un ente gestor de la Seguridad Social, procede imponerle el pago de las costas causadas en el recurso».

En cambio, el ATSJ Extremadura (AS 3.851) exonera al INEM de la imposición de los honorarios del letrado de la parte recurrida en suplicación por ser una entidad gestora y serle aplicable, por tanto, el art. 38 LGSS.

—STS 5-5-95 estima que no procede imponer las costas a una *Universidad*, por gozar del beneficio de justicia gratuita, salvo mala fe o temeridad notoria.

—STSJ 7-4-1998 considera procedente la imposición de costas al *personal estatutario de la Seguridad Social* en cuanto ninguna norma les reconoce el beneficio de justicia gratuita y su relación es estatutaria y no laboral.

CUESTIONES PREJUDICIALES

—STS 16-10-91 (RJ 7.216): Es ajustado a la Constitución que las cuestiones prejudiciales en el orden social *no tengan, como regla general, carácter suspensivo* pues ello atiende, entre otros bienes jurídicos, a la rapidez y a la búsqueda de la verdad material que deben ser propias del proceso laboral.

DEMANDA

Ver también *JUZGADO DE GUARDIA* y *SENTENCIA*.

—STS 27-4-87 (RJ 2.796): La Ley de Procedimiento Laboral impone la *liquidez de las demandas*, pues uno de sus requisitos es la súplica de que el demandado sea condenado a la entrega de la cantidad que se considera exigible, sin perjuicio de que se fije en conclusiones definitivas; imperativo que es completado por la prohibición de que se deje para la ejecución de sentencia la determinación de la cantidad objeto de condena.

En esta línea, STCT 19-5-89 (Rec. 3.737/88) y STSJ Madrid 9-1-91 (Rec. 2.413/90 s. 1.ª) exigen que la demanda especifique la cantidad reclamada. De no subsanarse esta falta se produce nulidad de actuaciones. Así, la primera de las sentencias citadas señala, en su fundamento jurídico primero, que «en el suplico de la misma (la demanda) se tenía que haber instado que se condenase a la entidad demandada a pagar al actor la cantidad concreta y determinada que se considera que aquella le adeuda» y ,«además, para poder llegar a la concreción y determinación de tal cantidad, es necesario expresar, en el cuerpo de tal demanda el período de tiempo a que se contrae la reclamación de autos, y las bases y datos fácticos precisos para poder fijar el importe mensual del concepto reclamado, así como si ha percibido alguna suma por ese mismo concepto, determinar el montante de lo cobrado, para poder precisar si realmente se adeuda, mediante la oportuna resta o sustracción. Pero es evidente que en la referida demanda no se cumple ninguna de estas exigencias o requisitos». A ello añade, en su fundamento jurídico segundo, que «como consecuencia de lo expuesto resulta claro que la magistratura de instancia tenía que haber hecho uso del art. 72 del Texto Refundido de la LPL (actual art. 80 del vigente Texto Articulado de la LPL) a fin de que se subsanasen los defectos referidos, y al no haberlo hecho así, se han infringido normas esenciales del procedimiento, y como éstas son de Derecho necesario, al afectar al orden público del proceso, este tribunal ha de ordenar de oficio la nulidad de las presentes actuaciones, en base a lo que establecen el art. 6.3 CC y el art. 240.2 LOPJ ... , reponiendo las mismas al momento inmediatamente posterior a la admisión a trámite de la demanda, a fin de que se requiera a la parte acto-

ra para que subsane los defectos antedichos, en el plazo improrrogable de 4 días, con apercibimiento de que, si no se hace así, se procederá sin más al archivo de estos autos».

STSJ Valencia 2-4-91 (AS 2.672) y 26-4-91 (AS 2.698) anulan las actuaciones por falta de concreción de la cantidad reclamada (pidiendo el derecho al cobro de un complemento sin cuantificarlo) y las retrotrae para que sea subsanada la demanda fijando el montante de del pago reclamado. Y STSJ Valencia 6-3-91 (AS 1.801) declara la nulidad de actuaciones desde la admisión de la demanda para que ésta sea subsanada al no fijar en la misma la cantidad que se reclama en concepto de diferencias retributivas. También declara la nulidad de actuaciones desde la admisión de la demanda por no haberse instado su subsanación por inconcreción de la cantidad reclamada la STSJ Extremadura 18-4-91 (AS 2.492).

—STSJ Madrid 7-4-92 (Rec. 1.465/91 s. 1.ª) y 9-2-93 (Rec. 4.893/91): La *ampliación de cantidades* devengadas hasta la fecha del juicio y no pedidas antes es variación sustancial de la demanda y vulnera el principio de congruencia entre reclamación previa, demanda y sentencia. Así, la segunda de las sentencias señala que «al adicionar otro período de devengos, con total desconocimiento de la demandada por no haber sido objeto de reclamación previa, impide ... articular una hipotética defensa, no solamente sobre la cuantía del pretendido devengo, sino sobre cualquier otro antecedente en ese momento desconocido, como pudiera ser el pago, la condonación, no prestación de servicios, etc. ..., de modo que lo sorpresivo del cambio da derecho a la parte a oponerse con razón a él», lo que «necesariamente ha de conducir a extraer de la litis la pretensión novedosa».

En esta línea, STSJ Madrid 27-1-95 (Rec. 1.276/94 s. 5.ª) estima que «la petición genérica de futuro (en reclamación previa) no deja expedita la vía a una demanda en la que se cuantifica el importe del derecho e incluso los incrementos de que haya sido objeto, pues se trata de una petición distinta y, como tal, pudiera general una situación de indefensión y, en todo caso, impide que la parte demandada analice previamente la procedencia de la petición concreta, cumpliéndose la finalidad optativa del proceso si aquella fuera procedente».

Por el contrario, STSJ Madrid 17-12-93 (Rec. 5.421/93 s. 1.ª) admite la ampliación de cantidades devengadas hasta el acto del juicio por diferencias salariales, al haber identidad del concepto objeto de la pretensión, acción y razón de pedir.

—STS 6-3-84 (RJ 1.521), con cita de las STS 6-3-65 (RJ 1.367), 13-2-67 (RJ 1.078), 20-3-70 (RJ 1.236) y 12-5-75 (RJ 2.537), excluye del orden social la *excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda*, pues «es de evidencia que la excepción relativa a los defectos en el modo de proponer la demanda prevista en el art. 533.61 LEC es inaceptable en el proceso laboral en razón de que ... la Ley específica reguladora de este proceso excluye su aceptación en cuanto (sus preceptos) establecen y obligan al juez de instancia a que advierta previamente si la demanda cumple las exigencias formales previstas en ... dicho texto procesal, y está obligado a compeler a la parte demandante para que subsane los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que se corrijan ... y si no lo efectuara deberá ordenar su archivo ... y así está aceptado por la doctrina de este tribunal contenida, entre otras, en sus SS. de 2-1-67 (RJ 296), 7-3-70 (RJ 1.155) y 20-5-77 (RJ 2.673) afirmativas de que la observancia de este precepto es de orden público y que su incumplimiento origina la nulidad de actuaciones en la que pueda existir sentencia absolutoria con este amparo». En esta línea, STSJ Galicia 8-1-91 (AS 15).

DERECHOS ADQUIRIDOS

—STC 29-7-86 (RJ 108), 11-6-87 (RJ 99) y 19-4-88 (RJ 70), y STSJ Madrid 9-2-93 (Rec. 1.344/92-10): No existe un derecho adquirido a que una regulación, como la fijación de la edad de jubilación de los funcionarios, se mantenga, sólo una *expectativa de derecho*.

—STSJ Madrid 29-11-90 (Rec. 6.961/88 s. 1.ª): No existe derecho adquirido en caso de cambio de régimen jurídico sobre el disfrute de las *vacaciones*. En las *relaciones estatutarias* sólo hay derechos adquiridos de orden económico o respecto al contenido de las funciones realizadas.

DESAHUCIO

Ver también *JURISDICCIÓN.*

—STCT 28-6-71 (n.º 265), 27-4-73 (RTCT 1.856), 19-10-73 (RTCT 3947), 6-12-73 (RTCT 5.008), 29-12-73 (RTCT 5.425), 17-7-74 (RTCT 3.580), 10-4-75 (RTCT 1.752), 17-9-75 (RTCT 3.770 y 3.771), 25-9-75 (RTCT 3.969), 7-10-75 (RTCT 4.135), 13-10-75 (RTCT 4.302), 28-1-76 (RTCT 401), 23-11-76 (RTCT 5.475), 6-12-76 (RTCT 5.851), 17-12-76 (RTCT 6.153), 18-2-77 (RTCT 934), 22-2-77 (RTCT 1.003), 6-4-78 (RTCT 1.958), 26-6-78 (RTCT 3.995), 15-12-78 (RTCT 7.125), 16-1-79 (RTCT 125), 24-1-79 (RTCT 341), 3-4-79 (RTCT 2.175), 17-9-80 (RTCT 4.400), 6-4-81 (RTCT 2.488), 14-5-81 (RTCT 3.273), 3-6-81 (RTCT 3.793), 18-1-82 (RTCT 137), 26-2-82 (RTCT 1.156), 7-7-82 (RTCT 2.488), 14-5-81 (RTCT 3.273), 3-6-81 (RTCT 3.793), 18-1-82 (RTCT 137), 26-2-82 (RTCT 1.156), 7-7-82 (RTCT 4.259), 14-12-82 (RTCT 7.268), y 23-9-87 (RTCT 19.682): El *orden jurisdiccional social* es competente para conocer del desahucio de vivienda por extinción de la relación laboral, aunque la extinción del contrato sea por reconocimiento de incapacidad permanente (STCT 30-10-69, n.º 487; 11-1-73, RTCT 32; 1-2-74, RTCT 485; y 30-5-77, RTCT 3.025) o por fallecimiento del trabajador (STCT 6-3-74, RTCT 1136; 25-2-76, RTCT 1.014; 10-12-81, RTCT 7.262; y 13-1-87, RTCT 451).

—STSJ Castilla y León 5-2-91 (AS 1.290) y 28-9-92 (AS 4.686): Cuando se suscribe un contrato *de arrendamiento como accesorio del de trabajo*, esto es, concertado por ser trabajador de la empresa, es competente el orden social para el desahucio por extinción del contrato de trabajo pero, según la segunda de las citadas, el plazo de prescripción aplicable es el de 15 años del art. 1.964 CC.

Igualmente, STSJ País Vasco 28-2-95 estima la competencia del orden social para conocer del desalojo de vivienda arrendada por la empresa al trabajador con motivo del contrato de trabajo.

—STSJ Murcia 10-7-92 (Rec. 529/91, Actualidad Laboral 1.432) declara que «la *legitimación pasiva del trabajador* no puede negarse, ya que sus obligaciones no derivan de un hecho físico: la ocupación del inmueble, sino de una relación contractual, lo que acarrea dos importantes consecuencias: 10, que el derecho a la utilización y disfrute de la vivienda decae y se extingue cuanto tal sucede con el con-

trato de trabajo mismo (Cfr. LCT 1.944, art. 52; y LPL 1.990, art. 283); (y) 20, que, aunque se otorgue plazos de gracia para el desalojo del inmueble, éste es obligado para el operario, según reza el art. 283.1 (LPL): el operario "deberá abandonar" la vivienda».

DESCANSO SEMANAL Y FESTIVO

—STS 20-2-92 (RJ 1.044) y 9-6-92 (RJ 4.552): El descanso compensatorio como consecuencia de la realización de un *servicio de guardia* de presencia física cuando éste coincide con víspera de festivo no tiene por qué fijarse en el primer día hábil o laborable siguiente a dicho festivo, sino que queda embebido en él.

DESEMPLEO

—STS Sala de Revisión 11-6-91 (RJ 4.874/92) y STS 4.ª 26-5-92 (R 3.604), 20-7-92 (Rec. 57/92), 2-10-92 (RJ 7.597), 21-10-92 (RJ 7.665), 23-10-92 (RJ 7.673), 25-11-92 (RJ 8.836), 3-12-92 (RJ 10.054) y 11-12-92 (RJ 10.484) y 22-12-92 (RJ 10.356): El subsidio de desempleo no comprende la prorrata de las *pagas extras*.

—STS 4-11-97 (Rec. 212/97) declara la incompatibilidad del desempleo con *trabajos por cuenta propia*.

—STS 3-7-1995 (RJ 5471) mantiene la tesis de que, a pesar de la reducción de jornada, con *desempleo parcial, anterior*, ese periodo se computa por días enteros como de ocupación cotizada a los efectos de una prestación de desempleo posterior.

—STS 23-9-97 (Rec. 277/97) estima que, dentro de las *cargas familiares* que la Ley contempla para el subsidio por desempleo, hay que incluir los hijos privativos del cónyuge del solicitante.

—STS 22-12-97 (Rec. 326/97) declara que *el subsidio de desempleo se extingue* cuando el perceptor encuentra empleo o se incrementan sus rentas por encima del mínimo establecido.

—STS 20-10-97 considera que entre las rentas del solicitante del subsidio por desempleo *no se computa la pensión de orfandad de los hijos* a su cargo.

—STS 5-7-1998 (La Ley 8678) admite la acreditación de la situación de desempleo por *conciliación* administrativa en que se reconozca la improcedencia del despido y se acuerde una indemnización.

—STS 14-7-89 (RJ 5.470) y 10-3-92 (RJ 1.633): La *comparecencia ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo* no es constitutiva del derecho a la prestación; simplemente, su falta, previo requerimiento, es causa de suspensión del pago de la prestación.

—STS 22-9-92 (RJ 7.366): Es válida la exigencia reglamentaria de que, para el abono de la prestación por desempleo, en caso de acreditar la extinción de la relación laboral por acta de *conciliación*, se debe haber acordado una indemnización no inferior a 35 días de salario.

—STS 2-2-91 (RJ 788): No se pueden computar a efectos de *ocupación cotizada* los períodos ya tenidos en cuenta para un derecho anterior.

—STSJ Aragón 10-7-91 (Rec. 517/91) aprecia *fraude de ley* del trabajador que tras causar baja voluntaria es contratado temporalmente, denegándole el derecho a la prestación.

—STS 5-9-95 estima procedente la extinción de la prestación por la *realización de trabajos por cuenta propia* por cuanto, aun cuando no se hubiese pagado la prestación, se había ya devengado, y, aunque se tratase de labores preparatorias, éstas producen, por sí mismas, un rendimiento.

—STS 20-11-96 (Rec. 1.050/96): No es necesaria la previa declaración de lesividad para que el propio INEM solicite judicialmente la *revocación de una resolución anterior del INEM.*

—STS 24-2-97 (Rec. 2.328/96): La *reducción de la jornada por tiempo indefinido* es hecho causante de la prestación de desempleo parcial, y no sólo la reducción temporal.

Esta doctrina es reiterada por la STS 13-5-97 (Rec. 4404/96), la cual declara la procedencia de la prestación por desempleo parcial tanto en supuestos de reducción parcial temporal o transitoria como a la indefinida o definitiva. También reitera esta doctrina la STS 14-7-1997 (Rec. 4022/96).

Así, la STS 7-11-97 (Rec. 233/97) recuerda que la expresión de que la jornada se reduzca temporalmente se refiere a la reducción del tiempo de trabajo, no que la reducción sea transitoria[1].

—STS 22-10-1997 (Rec. 1635/97) considera que para el abono de desempleo parcial por *reducción de jornada y salario*, en caso de modificación individual, no es preceptiva autorización administrativa, que ya no exige el art. 41 ET.

En contra, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de marzo de 1996 (AS 1996\1192) establece claramente la necesidad de que la reducción de jornada cuente con la autorización administrativa pertinente también en los casos de carácter individual como es el contemplado en dicha sentencia, siendo, pues, aplicable la norma reglamentaria del art. 1.4 del meritado Reglamento, tanto en su redacción inicial como en la conferida por el Decreto de 19 de enero de 1996 (disposición adicional única, apartado tercero).

—STS 27-10-97 (Rec. 71/97): «En tanto que la prestación de desempleo no puede ser reclamada, cuando se encontraba pendiente

[1] Frente a esta doctrina, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, adiciona un nuevo párrafo al art. 203.3 LGSS, de modo que no será reducción temporal de la jornada la de carácter definitivo.

el proceso instado por el trabajo sobre *impugnación del acto extintivo*, una vez terminado aquel 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».

—STS 25-11-97 (Rec. 771/97), con cita de la de 14-6-1994, admite la existencia de relación laboral, a los efectos de la percepción de prestación por desempleo, aunque el *beneficiario tenga relación de parentesco con los titulares de la sociedad* empleadora, al propio tiempo que participación en el accionariado, por cuanto tanto el art. 1.3 e) ET como el art. 7.2 LGSS contienen una simple presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumerada, por lo que cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la trabajador por cuenta ajena.

Admite también la procedencia de la prestación la STS 19-12-97 (Rec. 1048/97) en un supuesto en que la madre del trabajador de una sociedad anónima es la socia mayoritaria pero no convive con él y su esposa es socia con un 30 % de las acciones y administradora única. Y la STS 22-12-97 (Rec. 571/97) considera beneficiario del desempleo a un sujeto a pesar de que su esposa era titular del 50% del capital social.

Por otra parte, la STS de 19 de octubre de 1994 (RJ 8060) no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues estima que la *previa inclusión de una persona en el expediente de regulación de empleo*, autorizado por la Administración laboral, impide al INEM negar el carácter laboral de la relación.

DESPIDO Y SANCIONES

Ver también *CONTRATOS TEMPORALES, EJECUCIÓN, INCOMPATIBILIDAD, PRESCRIPCIÓN* y *SALARIOS DE TRAMITACIÓN.*

Caducidad de la acción

—STSJ País Vasco 24-1-91 (As 282): El inicio del *cómputo* (del plazo de *caducidad* de 20 días para impugnar el despido o la resolución de contratos temporales) tiene lugar desde el día siguiente a aquel en que se produce el despido, con arreglo al principio «dies a quo non computatur in termino». En cuanto a la reclamación administrativa previa, el art. 49 LPL dispone que esta reclamación interrumpirá el plazo para el ejercicio de las acciones, contándose los días anteriores a la reclamación y los posteriores a la resolución o a la fecha en que debió quedar resuelta.

Ver también *PLAZOS.*

—STS 30-1-1987 (RJ 1987\194) estima que el tiempo anterior y el posterior a la tramitación de la reclamación previa deben computarse a efectos de la caducidad de la acción por despido.

Ver también *RECLAMACIÓN PREVIA.*

—STSJ Madrid 30-7-96 (Rec. 3.972/94 s. 6.ª) considera que, *si es exigible la reclamación previa,* su no presentación en tiempo hace caducar la acción de despido, sin que quepa su sustitución por el acto de conciliación ni este error sea susceptible de subsanación.

—STSJ Extremadura 13-12-91 (Rec. 606/91): La *fecha del despido* a efectos de la caducidad para impugnarlo es la del cese efectivo en el trabajo y no cuando se notifica el futuro cese.

—STSJ Cantabria 19-2-91 (AS 1.192) recuerda la doctrina sentada, entre otras, por la STCT 19-5-87 (RTCT 10.314) al establecer que «la relación laboral no sólo se extingue por el despido explícito documentado o no, en que la empresa hace expresa manifestación de su voluntad de tener por extinguido el contrato sino también cuando la inequívoca conducta de aquel evidencia tal voluntad e intención rescisoria y como tal ha de valorarse el hecho de que los actores no rea-

licen ningún tipo de trabajo para la empresa ni percibiesen de la misma remuneración alguna».

Ahora bien, aclara la STSJ Galicia 8-1-92 (AS 213) que el *despido tácito* (a partir del cual se cuenta el plazo de caducidad para accionar contra el mismo) exige una conducta inequívoca del empleador, que no deje lugar a dudas sobre la ruptura mediante actos concluyentes, esto es, no proporcionando trabajo efectivo ni salario, sin que baste el incumplimiento de alguna de las obligaciones del empresario (que pueden dar lugar a la extinción del contrato al amparo del art. 50 ET).

Asimismo, la STSJ Andalucía 18-3-91 (AS 2.260) estima el cómputo del plazo de caducidad desde que «no se facilita por la empresa ocupación como tampoco se percibe retribución alguna».

—STS 12-3-85 (RJ 1.323): La *incapacidad laboral transitoria* no obsta al transcurso del plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones de *despido*, si bien, como señalan las STS 18-12-91 (RJ 9.081) y 8-6-92 (RJ 4.534) se exceptúa el caso de *trabajadores fijos discontinuos*, en cuyo caso su cómputo queda diferido al día en que, tras ser dado de alta médicamente e iniciarse una nueva campaña, se presenta el trabajador en la empresa y no es admitido a prestar servicios.

En cambio, la STSJ Aragón 30-1-91 (AS 216) sostiene que el plazo de caducidad en el despido, en caso de incapacidad laboral transitoria, se computa desde el día hábil siguiente al cese de tal situación.

—STS 3-3-87 (RJ 1.320): En caso de *comunicación reiterada del despido*, la nueva notificación no suspende ni interrumpe el plazo de caducidad de la acción, pues es sólo la ratificación de una decisión ya conocida por el accionante.

Calificación del despido[1]

—STC 23-11-81 (RTC 38), 27-3-85 (RTC 47), 19-7-85 (RTC 88), 17-6-87 (RTC 104), 14/93 de 18-1 (La Ley 2.131) y 66/93 de 1-3: *Es nulo el despido cuando supone discriminación o atenta contra un derecho fundamental*, por ejemplo, en caso de que se adopte en represalia por

[1] Con la reforma de 1994 será nulo el despido sólo cuando haya sido adoptado por razón de discriminación o con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado, siendo improcedente en caso contrario o cuando no se ajuste a la forma establecida (art. 55 ET). Por consiguiente, el despido no sujeto a las formalidades establecidas deja de ser nulo y pasa a ser simplemente improcedente.

ejercer el trabajador acciones tendentes al reconocimiento de sus derechos (o la negativa al reingreso de la mujer excedente por matrimonio en la STC 66/93). Cuando se aporten por el actor indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de ello corresponde al empresario la carga de la prueba de un motivo razonable de despido (lo que recuerda la STSJ Madrid 2-4-92, R. 2.094). Pero según STC 14/93 no es que el empresario deba desvirtuar la discriminación o vulneración de algún derecho fundamental sino acreditar un motivo que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, aunque el despido no nulo sea improcedente.

La STC 11-4-94 califica como nulo el despido del trabajador en represalia por no haber dejado utilizar su imagen, en perjuicio de su derecho a la propia imagen. Y la STC 1/98, de 12 de enero, estima vulnerado el derecho a la libertad de expresión, con nulidad radical del despido.

Y la STC 13-10-98 declara la nulidad del despido cuya causa deriva de la declaración como testigo del trabajador en procesos laborales frente a su empleador.

—STS 30-11-91 (RJ 8.425) confirma que es posible excepcionalmente apreciar la existencia de un *despido radicalmente nulo por fraude* empresarial, no contemplado por el ET ni la LPL, cuando el despido no sólo es antijurídico sino también intensamente arbitrario, buscando el amparo de las normas del despido para obtener la declaración de improcedencia de un despido carente de causa.

—STS 18-7-90 (RJ 6.424): «*Cuando exista comunicación escrita*, aun cuando no se trate del cese de la relación laboral por causa disciplinaria (sino de un supuesto cese de un contrato temporal, impugnado como despido), éste es calificado como improcedente si no concurren otras causas que obliguen a declarar la nulidad del despido».

En esta línea, las STS 11-2-91 (RJ 822), 4-5-93, 25-5-93 y 21-9-93 (La Ley 13.434) y STSJ Madrid 25-1-91 (AS 513) sostienen que el despido es *improcedente y no nulo*, aunque sea ilegal la cláusula de temporalidad, siempre que exista comunicación escrita. Cuando la causa alegada es la expiración del contrato temporal, es claro que la comunicación escrita en que ella se inserta cumple la exigencia del art. 55.1 ET, al tiempo que otorga al trabajador la posibilidad real de defensa.

Esta doctrina es confirmada por STS 17-6-93 (RJ 4.762) al entender como improcedente es cese comunicado por escrito como libre desistimiento de una relación de alta dirección, no teniendo esta consideración.

La STS 2-11-93 (La Ley 13.500) significa que, con la nueva LPL de 1990, se enumera de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo sin que en ninguno de ellos quepa incluir la figura del despido nulo por fraude, por lo que carece de refrendo o apoyo legal, de suerte que no puede admitirse el despido nulo cuando se cumple el requisito de la comunicación escrita aunque la causa de despido no sea una de las previstas para justificar la procedencia del despido disciplinario, siendo entonces improcedente.

—STSJ Madrid 3-3-92 (AS 1.575): Es nulo el despido por *incumplir requisitos formales del Convenio*[2].

—STS 31-1-92 (RJ 142) y 26-9-92 (RJ 7.368): Es nulo el despido cuando se comunica el cese por *causas económicas o tecnológicas sin autorización* administrativa.

—STSJ Murcia 28-7-95 declara nulo el despido por causas objetivas *sin especificar hecho alguno que justifique la causa alegada.*

—STS 10-12-91 (RJ 9.050): Las faltas han de ser enjuiciadas no sólo en atención al elemento objetivo sino también al subjetivo, siendo preciso que exista *culpabilidad*, no siendo procedente el despido si el trabajador padece una inestabilidad depresiva que le aboca al hecho determinante del despido (una bofetada a un compañero).

Causas de despido

—STC 25-11-97: La *libertad de expresión* no es absoluta y no excluye la posibilidad de despido por razón de ofensas a los directivos y responsables de la empresa.

—STS 23-7-90 (RJ 6.455), STSJ Madrid 2-4-92 (AS 2.093), STSJ Cantabria 13-11-91 (Rec. 715/91), STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234) y STSJ Galicia 24-1-92 (Rec. 5.246/91) declaran procedente el despido de *trabajador que en situación de incapacidad laboral transitoria realiza trabajos*, como transgresión grave de la buena fe contractual.

Las STSJ Madrid 8-1-91 (AS 717), STSJ País Vasco 4-2-91 (AS 1.057) y STSJ Cantabria 22-2-91 (AS 1.199), sin embargo, recogen las matizaciones del alto tribunal, en el sentido de la necesidad de valorar

[2] Con la nueva redacción resultante de la Ley 11/94, queda claro que las formalidades cuyo incumplimiento da lugar a la improcedencia (antes nulidad) comprenden las establecidas en el Convenio Colectivo, pues, según el art. 55.1 ET, «por Convenio Colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido», siendo improcedente el despido por el incumplimiento de las formalidades previstas en todo el apartado mencionado (art. 55.4 ET).

las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, subjetivas y objetivas, concluyendo que la conducta del actor, en el caso de autos, no reviste la gravedad y culpabilidad necesarias para justificar el despido.

—STC 6/88 de 21-1: El contrato de trabajo supone *limitaciones* al ejercicio de la *libertad de expresión* derivantes de la lealtad, buena fe e interdicción del abuso de confianza pero no implica renuncia a tal derecho.

—STSJ Valencia 30-10-91 (Rec. 2.176/90): La *desobediencia* es causa de despido cuando se manifiesta como resistencia decidida, persistente y reiterada, con la suficiente gravedad y trascendencia, siempre que su cumplimiento no sitúe al trabajador en el riesgo de un perjuicio grave e irreparable de mayor importancia que la pervivencia de la relación laboral.

Más aún, según la STSJ Extremadura 13-7-93 (La Ley 13.487), el trabajador debe cumplir las órdenes del empresario relativas al trabajo sin perjuicio de poder reclamar contra las mismas cuando las vea improcedentes, pero sin que ello le autorice a incumplirlas, salvo si concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa así como cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho.

—STSJ Madrid 2-4-91 (AS 2.585): Según establecen, entre otras muchas, las STCT 23-9-83 y 24-2 y 15-3-88, deben calificarse como injustificadas las *faltas de asistencia al trabajo*, aunque estén basadas en la situación de enfermedad del trabajador, si éste pudiendo hacerlo, *no lo comunica a la empresa* o lo hace con demora inexcusable, incurriendo en causa de despido cuando no concurre una imposibilidad objetiva y demostrada de efectuar aquella comunicación.

Así, la STSJ País Vasco 24-1-91 (AS 281) juzga procedente el despido del trabajador por la *no presentación de los partes de baja* durante un período prolongado de tiempo.

Sin embargo, la STSJ Galicia 25-4-91 (AS 2.462) significa que «si bien resulta obligatoria dicha comunicación, su falta al tener el empresario conocimiento evidente del accidente acaecido, al ser un hecho notorio y que se le comunicó otro compañero de trabajo, no puede configurar las inasistencia al trabajo, al ser justificada, aun cuando no se enviaren los partes correspondientes causa de despido; pues lo que la Ley sanciona son las ausencias dolosas».

—STS 15-4-94 estima procedente el despido por *abandono de puesto de trabajo tras impugnar el alta médica por incapacidad laboral transitoria.*

—STSJ Madrid 17-3-92 (AS 1.624): Es causa de despido la negativa a atender un *desplazamiento temporal.*

EFECTOS

—STS 16-9-81 (RJ 3.322) y 25-10-83 (RJ 5.149), STCT 3-5-83 (RTCT 3.851) y 26-6-85 (RTCT 4.222) y STSJ Castilla y León 31-1-95: Si la falta puede ser acreedora *indistintamente* de *varias sanciones* (como el despido y otras) no es el juzgador sino el empresario el que puede escoger entre ellas.

En esta línea, la STSJ Cantabria 12-4-91 (AS 2.546) considera que «las atribuciones del órgano jurisdiccional en la valoración de la procedencia o improcedencia del despido permiten corregir una inadecuada calificación de la falta por parte de la empresa, pero, siendo ella correcta, no se extienden a graduar o moderar el poder disciplinario que le corresponde en exclusiva, y en cuya facultad discrecional está el elegir la sanción considerada conveniente dentro del elenco de las establecidas por el ordenamiento jurídico.

En contra, STSJ Baleares 31-1-91 (AS 1.019), con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo, entiende que el tribunal puede mitigar la sanción, aun manteniendo la calificación de la infracción, dentro de los amplios términos del art. 105 de la LPL de 1980 y del vigente art. 115 LPL.

—STSJ Baleares 31-1-91 (AS 1.019): Si bien es cierto que ninguno de los preceptos de la LPL ni del ET regulan la facultad del juzgador para imponer una *sanción inferior al despido,* existe una constante y reiterada jurisprudencia del TS en orden al mantenimiento de tales facultades pues no hay que olvidar que el despido en definitiva es la mayor de las sanciones imponibles por parte de la empresa y encuadradas dentro de la misma sección sobre despidos y sanciones, con cita de las STS 8-10-88 (RJ 8.107) y 14-7-89 (RJ 5.473).

La STSJ Galicia 18-4-91 (AS 2.429) recuerda esta doctrina, concluyendo que, si bien no procede el despido, puede autorizarse al empresario a que sancione el hecho de forma menos grave.

—STSJ Castilla y León 25-3-91 (AS 2.162): La *relación laboral se extingue,* según ha venido afirmando reiteradamente el Tribunal Supremo entre otras en sentencias 12-4-88 (RJ 2.950), 5-5-88 (RJ 3.564) y 14-12-89 (RJ 8.965), «ex tunc», es decir, desde la fecha del despido, aunque sea improcedente.

—STSJ Castilla y León 5-5-91 (AS 3.016) estima la demanda por despido, a pesar de que la *trabajadora está trabajando actualmente* para la Administración demandada, tratándose de evitar una novación contractual que modifique el contrato indefinido en temporal.

FORMA

Ver también *EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.*

—STSJ Castilla y León 18-3-96 considera que no existe *despido tácito* en caso de incumplimiento por parte de la empresa de su obligación de dar trabajo efectivo a la trabajadora aunque le abona puntualmente su salario.

INDEMNIZACIONES POR DESPIDO

—STS 15-2-90 (RJ 1.094) y 8-3-93 (RJ 1.712) y STSJ Canarias 27-3-92 (AS 1.402): Para cuantificar la indemnización por despido improcedente no se ha de tomar en consideración el período de excedencia salvo pacto en contrario ni la *antigüedad* reconocida en el contrato por servicios prestados en virtud de anteriores contratos con otros empresarios a menos que exista subrogación, se haya pactado el cómputo de la antigüedad a todos los efectos, incluido éste, o así lo establezcan las normas aplicables.

—STSJ Galicia 17-1-92 (Rec. 4.886/91): Para computar la *antigüedad* en caso de despido por ser nula la cláusula temporal del último contrato sólo se ha de tomar la antigüedad a partir de la celebración de dicho último contrato.

—STS 5-4-89 (RJ 2.938) y 3-1-91 (RJ 47): Para calcular las cantidades a abonar en caso de despido (indemnización y salarios de tramitación) ha de tomarse como base el *salario* real al tiempo del despido.

La STS 8-6-1998 admite la posibilidad de debatir en el proceso por despido el salario aplicable cuando es superior al efectivamente percibido.

Según STS 7-12-90 (RJ 9.760) y 30-1-91 (RJ 193), la *indemnización* por despido está *tasada legalmente* y no debe suponer necesariamen-

te una «restitutio in integrum», y el salario que hay que tener en cuenta es el del trabajador al tiempo del despido, sin que proceda su ulterior actualización debida a incrementos salariales.

La STS 16-3-91 (RJ 1.865) y la STSJ Madrid 27-2-91 (AS 1.414) estiman que hay que tomar como base el salario real, pero si es superior, la retribución mínima prevista en el Convenio Colectivo aplicable, debe estarse a ésta, pues, como señala la segunda de las sentencias citadas, ese nivel no admite discusión alguna, mientras que en otro caso (p.e. la retribución prevista en el Convenio) se estaría resolviendo sobre una cuestión salarial por el procedimiento de despido, con indebida acumulación de acciones.

La STSJ Castilla-La Mancha 11-3-91 (AS 2.042) ratifica «la doctrina mantenida de forma constante por el extinto Tribunal Central de Trabajo, en el sentido de que en las sentencias por despido sólo se debe tener en cuenta el salario efectivamente percibido y no se puede hacer valer el que hipotéticamente se pudiese tener derecho a percibir ya que ellos supondría una evidente y prohibida acumulación de acciones.

La STSJ Extremadura 21-1-93 (La Ley 13.170) sigue estas orientaciones con algunas matizaciones: entiende que el salario base del cálculo ha de ser el real o, en su caso, el mínimo interprofesional, pero no el mínimo convencional (como, en cambio, entendió; añadiendo que el salario del trabajador debe determinarse, a estos efectos, en el proceso por despido, como objeto propio de este, y no ejecución de sentencia. STSJ Extremadura 14-7-93 (AS 3.233), con cita de S. de la misma Sala de 31-3-92 (AS 1.205), indica que «el Tribunal Supremo ya en sus Ss. 14-12-84 (RJ 6.386) y 26-1-87 (RJ 131) declarado con reiteración ... que la indemnización y salarios que debe percibir el trabajador, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 56 del Estatuto, ha de medirse por el salario realmente percibido en el momento del despido ... Los mayores salarios que éste debió percibir cuando el despido se produjo y que la empresa no le abonaba será objeto en su caso de controversia en otro proceso de reclamación de cantidad, en el que se decidirá si está o no fundada la acción de reclamación de ese pretendido salario mayor».

La STSJ Madrid 25-1-91 (AS 513), con cita de STS 14-6-86 (RJ 3.544), 18-7-86 (RJ 4.241) y 12-5-87 (RJ 3.685), aclara que en el salario base del cálculo de la indemnización por despido se han de incluir las *pagas extraordinarias*. También STSJ Madrid 27-2-91 (AS 1.414) y STSJ Castilla y León 12-3-91 (AS 2.148).

PRINCIPIOS RECTORES

—STC 8-3-85 (RTC 36) y STS 20 y 25-11-85 (RJ 5823 y 5844), 30-10-85 (RJ 5245), 8-5-85 (RJ 2679) y 29-1-88 (RJ 71): La *presunción de inocencia* es aplicable al despido disciplinario y las sanciones a los trabajadores.

Las STC 81/88 de 28-4 y 6/88 de 21-1 matizan que, dado el carácter no necesario de la existencia de prueba en los procesos regidos por el poder dispositivo si hay conformidad de las partes sobre los hechos, máxime cuando el proceso laboral por despido no persigue la declaración de culpabilidad del despedido, frente al que no existe «acusador», sino la calificación del despido mismo como procedente o improcedente.

En contra de la aplicación de dicha presunción al ámbito laboral se pronuncian el ATS 31-3-92 (RJ 1.899) y STC 18-3-92 (RTC 30) y 27/93 de 25-1 (La Ley 2.115), pues no se impone una pena ni se trata de apreciar culpabilidad o inocencia sino de una resolución de contrato.

—STSJ País Vasco 26-1-93: La *presunción de inocencia* que, dado su carácter de derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 CE, opera en todos los sectores del ordenamiento jurídico, juega del modo siguiente en el tejido de la relación individual de trabajo: la empresa ha de probar —en primer término y sin base presuntiva alguna que la exima de semejante carga— todos los hechos constitutivos de la tipicidad del incumplimiento que denuncia, pero, una vez acreditados, no cabe elevar a la segunda potencia el beneficio constitucional y seguir presumiendo que quien causó eficientemente dicho resultado no lo hizo de modo intencional; antes bien, a éste compete demostrar que se produjo sin designio doloso o que, en su caso, actuó cubierto por una causa de inculpabilidad.

—STSJ Asturias 24-6-93 (La Ley 13.463): Si se partiese de una concepción civilista del despido, como resolución por incumplimiento al amparo del art. 1.124 CC, valdría cualquier incumplimiento culpable y suficientemente grave, como se entiende en casi todos los ordenamientos, pero en nuestra legislación se ha optado, si bien de modo titubeante, por la *concepción del despido como sanción*, lo que lleva a relacionar las conductas del trabajador merecedoras del despido con los principios de legalidad y tipicidad, de modo que sólo se puede ser despedido por las causas y en las condiciones establecidas por la ley.

—STS 17-11-80 (RJ 4.347), 13-10-86 (RJ 5.450), 20 y 27-5 y 2-6-87 (RJ 3.755, 3.897 y 4.104) y STSJ Extremadura 16-1-92 (RJ 342): En el despido disciplinario debe observarse un *principio de proporcionalidad*, de acuerdo con una tesis llamada gradualista.

—STSJ Baleares 5-2-91 (AS 1.616): En caso de *incumplimientos reiterados*, nada impide a la empresa esperar a su reiteración, sancionando la conducta con despido, sin que deba haber sancionado cada incumplimiento por separado.

Requisitos formales

—STS 3-12-83 (RJ 6.167), 9-2-88 (RJ 601), 28-2-89 (RJ 959) y 16-10-91 (RJ 7.216) y STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234): En caso de despido de miembro del comité de empresa se debe *oír al comité* pero sólo es necesario que efectivamente se haya ofrecido posibilidad real de efectuar la audiencia dentro de un plazo suficiente, por razonable, sin que se tenga que esperar al informe del comité para imponer la sanción.

—STSJ Andalucía 5-2-92 (AS 860): La omisión del trámite de *audiencia del delegado sindical* anula el despido si consta al empresario la condición de afiliado del trabajador.

Ahora bien, como señala la STSJ Aragón 23-12-91 (Rec. 967/91), para que la omisión del trámite de audiencia del delegado sindical anule el despido es necesario que exista tal delegado.

Más aún, para la STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234), no cabe declarar la nulidad del despido por falta de audiencia del delegado sindical al no haber sido ejercitada, por tal motivo, la potestativa acción de nulidad en la demanda.

—STSJ Galicia 5-1-91 (AS 9): Las declaraciones hechas en el *expediente disciplinario* y no ratificadas en el juicio no tienen el valor de prueba testifical, al faltar el requisito constitucional de la contradicción; pero la falta de secretario o incluso de instructor del expediente no lo vicia de nulidad absoluta y se tiene por cumplido el trámite, ya que mientras no se ataque frontalmente valores fundamentales, como los de audiencia o la posibilidad de aportación de prueba por el expedientado, no se puede hablar de ausencia de expediente.

—STS 1-3-84 (RJ 1.502), 21-9-85 (RJ 4.339), 10-10-85 (RJ 4.705), 6-5-88 (RJ 3.570), 3-11-88 (RJ 8.508) y 2-11-89 (RJ 7.987): *Los requisitos de la carta de despido* no se han de interpretar de una manera formalista sino en atención a su finalidad, y ésta se entiende sustancialmente cumplida si se deducen los hechos de manera inequívoca y, en consecuencia, el trabajador puede articular, en su caso, su defensa con plenitud de garantías.

Así, la STSJ Madrid 20-1-92 (Rec. 4.097/91 s. 2.ª) afirma que, a tenor del art. 55.1 ET, el despido disciplinario deberá ser notificado por escrito en que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, pudiendo calificase de nulo el despido única, según el art. 55.3 ET, cuando el empresario no cumpliere los requisitos establecidos en el número 1 de dicho artículo, por lo que único problema estriba en determinar si efectivamente la carta de despido es o no suficiente a los efectos pretendidos y si ha podido producir, en su caso, indefensión a la parte actora, por no conocer las faltas que se le imputaban y no poder preparar su defensa.

—STS 28-6-85 (RJ 3.491), 26-1-87 (RJ 128) y 21-9-87 (RJ 6.225): *La indeterminación en las fechas* de las infracciones sólo invalida la carta de despido si provoca indefensión, siendo suficiente indicar el período en que se cometieron, o (caso de la STS 1-3-84, R. 1.501) cuando la fecha sea conocida.

—STS 2-11-89 (RJ 7.987): Los hechos que motivan el despido pueden resultar de la carta de despido misma o por *referencia clara* a *documentos precedentes*, como el pliego de cargos.

—STSJ Madrid 7-5-93 (Rec. 48/93 s. 2.ª): La exigencia de que la notificación de los actos administrativos indiquen los recursos de que son susceptibles no es aplicable a la *carta de despido formulada por la Administración*, que sólo debe cumplir los requisitos del ET.

—STS 23-10-89 (RJ 7.315) y STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234): La carta de despido no tiene porqué concretar el *precepto jurídico* que tipifique la infracción imputada y su calificación laboral, función que corresponde al juzgador, previa subsunción de los hechos en la norma de Derecho correspondiente.

—STSJ Andalucía 27-9-91 (Rec. 63/91): La *carta de despido* fija los límites del proceso y el contenido del debate y la sentencia, no siendo dable atribuir relevancia a circunstancias no expresadas en ella.

—STSJ Madrid 29-1-91 (AS 921) estima indispensable para evitar la nulidad del despido que en la carta de despido se indique la *fecha en que tendrá efectos*, no bastando comunicar el despido inmediato, pues la fecha de un despido debe ser objetiva, clara, incuestionable e inequívoca, según reiterada jurisprudencia.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

—STC 10-6-87 (RTC 98) y 28-11-88 (RTC 226): El art. 24 CE no exige la *intervención de las partes* en las diligencias para mejor proveer pero debe respetarse el principio de *igualdad* en la intervención que se les conceda.

—STSJ Extremadura 2-9-91 (Rec. 482/91): Se declara nulidad de actuaciones *si no se da vista a las partes* del resultado de las diligencias para mejor proveer.

—STSJ Galicia 16-1-92 (Rec. 3.698/90): Se produce indefensión si tras acordar las diligencias para mejor proveer *sin llegar a practicarse*, no se señala nuevo plazo ni se declaran los autos conclusos para sentencia previa audiencia de las partes y se dicta sentencia.

DIMISIÓN

Ver también *SUSPENSIÓN* y *EXTINCIÓN DEL CONTRATO*.

—STS 10-12-90 (RJ 9.762) y STSJ Andalucía 4-12-91 (AS 6.936): Para la extinción del contrato por dimisión del trabajador es necesario que quede acreditado el «*animus*» del trabajador en tal sentido, como producto de una voluntad consciente y deliberada, clara, terminante y firmemente expresiva del propósito del trabajador de rescindir el contrato a iniciativa suya, aunque no es preciso que tal voluntad se manifieste de forma expresa y literal, pudiéndose deducirse tácitamente de hechos, actos u omisiones.

—STSJ Madrid 8-1-91 (AS 714): Si el *trabajador despedido no aceptar la perfecta readmisión* ofrecida por la empresa se estima su dimisión.

DISCRIMINACIÓN

Ver también *SUSPENSIÓN DEL CONTRATO* y *JURISPRUDENCIA.*

EN GENERAL

—STJCE 15-1-1998 declara que constituye una discriminación contraria al Derecho comunitario que se tenga en cuenta la *experiencia profesional adquirida en la Administración nacional* pero no en la de otros Estados miembros.

—STC 9-3-84 (RTC 34), STS 24-2-87 (RJ 1.112), 12-5-87 (RJ 3.679) y 27-10-88 (RJ 8.166) y STSJ Madrid 12-3-90 (AS 1.161): Para que exista discriminación en el ámbito laboral debe producirse una desigualdad de trato por *motivaciones arbitrarias* (no fundadas en razones jurídicamente atendibles) *o* alguna de las *circunstancias que reseñan los arts. 14 de la Constitución y 17 ET.*

—STC 28-9-91 (RTC 126): No puede estimarse la pretensión de mantener la *igualdad en la ilegalidad.*

Así, la STSJ Asturias 20-2-91 (AS 1.238) concluye que «no cabría corregir la discriminación a favor de las soluciones adoptadas contra legem, para perpetuar sus efectos antijurídicos, posibilidad radicalmente excluida por la doctrina» constitucional.

En esta línea, la STSJ Madrid 14-2-94 (Rec. 1.865/93 s. 10) precisa que «el hipotético abono de la diferencia (salarial) a otros *trabajadores en iguales circunstancias ... no* puede significar que, a través de un trato falsamente igualitario, *se perpetúe el error* cometido a través de su extensión a otras personas con lesión de lo que, en realidad, dispone el art. 14 CE».

—STC 136/87 de 22-7 confirma la doctrina del TCT según la cual la exclusión de determinados grupos de trabajadores y en concreto de los *temporales* del ámbito de aplicación de un Convenio no tiene razón de ser respecto de las consideraciones ordinarias de trabajo pues sería contrario al principio de igualdad.

—STC 117/93 de 31-5 (La Ley 2.237): La ruptura de la ecuación o equivalencia «a igual trabajo igual retribución» puede vulnerar el art.

14 CE, si carece de fundamento objetivo en un elemento diferencial relevante al efecto, lo que es aplicable al caso de *diferenciasen retribución de trabajadores eventuales y fijos discontinuos respecto al personal de plantilla.*

—STC 2/98, de 12 de enero, aprecia la existencia de una *diferencia salarial* no discriminatoria.

—STSJ Madrid 4-4-91 (Rec. 3.228/90 s. 1.ª-2.ª): A la luz del criterio marcado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28-7-82, seguido por la de 9-3-84, cuya doctrina fue asumida por las STCT 16-10-82, 28-7-86 y 2-10-87, entre otras, en las que se declara que *ni el art. 14 CE ni el art. 17 ET han ordenado la existencia de una igualdad de trato en el aspecto retributivo* en sentido absoluto, pues el acuerdo privado o la declaración unilateral del empresario pueden libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales, siempre y cuando la diferencia retributiva entre unos y otros trabajadores no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas discriminatorias prohibidas por el art. 14 CE o el art. 17 ET.

En cambio, la STSJ Castilla-La Mancha 25-1-91 (AS 1.041) aprecia la existencia de discriminación por la existencia de diferentes retribuciones y condiciones de trabajo para iguales categorías laborales sin que se justifiquen en las circunstancias concurrentes sino en puros criterios discrecionales (derivantes de la convocatoria de acceso a la entidad pública empleadora).

—STSJ Andalucía 23-7-91 (Rec. 1.094/91): No hay discriminación por negar condición más beneficiosa a *trabajadores que ingresaron después* de su concesión en la empresa.

—STSJ Cataluña 20-12-91 (Rec. 8.651/91): No hay discriminación por atribuir un complemento salarial a un grupo de trabajadores por *respeto a situaciones consolidadas* en anterior empresa en cuyas obligaciones se subrogó la demandada y no al resto.

—STS 17-3-96 rechaza la existencia de discriminación por la existencia de *salarios distintos para diferentes categorías* al poderse apreciar una diferenciación de tareas derivada de la necesidad de aportación de esfuerzo de las mujeres y varones trabajadores.

—STSJ Madrid 24-1-95 (Rec. 1.519/94 s. 1.ª) admite una *diferencia retributiva del personal fuera de Convenio*, por propia voluntad, y el personal sometido al mismo, sin que quepa tampoco tomar de cada régimen lo más beneficioso, de acuerdo con la doctrina del «conglobamento». Ver *NORMAS SUSTANTIVAS.*

—STC 3-12-96 declara la inexistencia de discriminación por razón de sexo al resolverse un contrato en período de prueba por imposibilidad física de la trabajadora para desempeñar el puesto de trabajo.

Entre funcionarios y trabajadores

—ATC 858/88 de 4-5: Pueden existir *diferencias entre los trabajadores en general y el personal laboral al servicio de la Administración* por ser ésta la empleadora, que atienden a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103) y, en todo caso, a mandatos justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración.

—STC 29-7-86 (RTC 108) y 11-6-87 (RTC 99), STS 22-3-91 (Rec. 993/90), 29-12-92 (RJ 10.374) y 23-7-93 (Rec. 1.561/92), STSJ Madrid 31-5-90 (AS 1.805), STSJ Galicia 15-2-91 (AS 1.533), STSJ Asturias 20-2-91 (AS 1.238) y STSJ Valencia 11-10-91 (Rec. 1.628/90): No hay discriminación por *aplicación de diferentes normas o retribuciones a funcionarios y trabajadores*, toda vez que la propia Constitución prevé una regulación distinta en sus arts. 35 y 103.

Así, la STS 23-7-93 entiende que la retribución puede ser diferente aunque las funciones sean las mismas pues son normas distintas las que fijan retribuciones de funcionarios y personal laboral y tienen distinta estructura retributiva. La STSJ Madrid 31-5-90 expone que los regímenes jurídico-laboral y jurídico-administrativo configuran unidades normativas que comprenden unas condiciones propias que en su globalización son incomunicables, pues de otra suerte se confundirían en un nuevo régimen que comprendería únicamente las condiciones más favorables de uno y de otro, consecuencia jurídica no admisible pues es legítima la diferencia entre uno y otro régimen jurídico.

—STS 23-7-93 (Rec. 1.561/92) y STSJ Madrid 31-5-93 (Rec. 4.478/92 s. 1.ª), 31-5-93 (Rec. 5.154/92 s. 1.ª) y 10-9-93 (Rec. 4.623/92 s. 1.ª): No existe discriminación por el hecho de que no se abonen a unos trabajadores, *conductores* al servicio de la Administración, unas retribuciones previstas para conductores que son funcionarios, por la diferente situación jurídica, o a los que se aplica un Convenio distinto, pues hay que respetar la voluntad negociadora de las partes, señalado que «el hecho de que tales tareas coincidan no justifica la aplicación de las normas más beneficiosas de los Convenios Colectivos o normas retributivas de uno y otro personal como tiene declarado rei-

teradamente el Tribunal Constitucional ya que debe respetarse la voluntad de las partes negociadoras del Convenio Colectivo y su integridad, sin que ello suponga discriminación alguna ni vulneración del art. 14 de la Constitución».

Por razón de sexo

—STC 1-7-91 y 28-2-94: La discriminación salarial fundada en el *sexo* es inconstitucional. Dichas sentencias examinan si la distinta valoración del trabajo a desarrollar en las categorías predominantemente masculinas y en las categorías feminizadas pueden ser explicadas por razones ajenas al distinto sexo y basadas exclusivamente en el mayor valor del trabajo realizado, pues en caso contrario se produce una discriminación proscrita por el art. 14 de la Constitución. Así, la primera de las sentencias citadas declara que «el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación»[1].

—STC 81/82 de 21-12 y 98/83 de 15-11: La discriminación se produce no sólo en perjuicio de la mujer sino también cuando se adopte *en perjuicio del varón.*

No obstante, como indica la STC 109/93 de 25-3 (La Ley 2.188), la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica la adopción de medidas para remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva, pues reconocer una ventaja a la mujer puede justificarse en una anterior situación de desventaja, al tiempo que la maternidad es una realidad biológica diferencial entre hombre y mujer.

—STC 7-6-94 estima discriminación y otorga el amparo frente a la decisión del empresario de *no renovar el contrato temporal a trabajadora embarazada,* aunque no se trate de un despido nulo por discriminación al no haber despido. Ver también DESPIDO.

—STC 24-1-95 estima que en caso de discriminación por razón de sexo, en cuanto a jubilación anticipada, la desigualdad ha de ser reparada *extendiendo el beneficio al personal masculino.*

[1] En aplicación de esta doctrina, el mandato de igualdad de remuneración por razón de sexo del ET (art. 28), se ha modificado por la reforma de 1.994. Ya no se trata sólo de que deba abonarse a hombres y mujeres la misma retribución por el mismo trabajo sino también por trabajos «de igual valor».

Prueba

—STC 21-3-86 (RTC 38), STS 23-7-90 (RJ 6.457), STSJ Madrid 13-3-91 y STSJ País Vasco 10-6-91 (Rec. 323/91): La discriminación *debe ser acreditada*[2].

En este sentido, la STS 23-7-90 señala que, como ha proclamado el Tribunal Constitucional, en su sentencia de «21 de marzo de 1986, refiriéndose a la actividad probatoria que ha de desplegar la parte actora, que ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato y, por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada en algún factor prohibido de diferenciación (STC 34/84 de 9-3, R. 34), siendo ello así porque la mera alegación de una diferencia de trato, que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la CE yen ley, no puede servir como presunta prueba de discriminación (STC 28-3-85, RTC 1.404, y 15-1-87, RTC 35); sólo a partir de dicha constatación, que corresponde probar al actor, de que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que lo consagra ha sido vulnerado, es cuando el empresario debe destruir la presunción de discriminación, sin que no todo incumplimiento empresarial que se concrete en un determinado trabajador frente al resto de la plantilla, sea relevante a los efectos del art. 14 CE y 17.1 ET».

Pero, para la STC 166/88 de 26-9, se produce una inversión del «onus probandi» en el proceso por despido impugnado por discriminatorio, de suerte que el empresario debe probar que los hechos determinantes del despido son ajenos a un propósito discriminador.

Según la STSJ País Vasco 10-6-91, aunque en algún caso se haya trasladado la *carga de la prueba* a la parte contraria, ello deriva de los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia y sólo cabe en supuestos excepcionales en que la prueba de la discriminación sea extraordinariamente gravosa mientras que la contraprueba sea sencilla. Sólo a partir de la prueba de la discriminación por parte del trabajador corresponde la contraprueba al empresario.

[2] A tenor del art. 96 de la LPL, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de *discriminación por razón de sexo* corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

EJECUCIÓN

Ver también *ACCIONES MERO-DECLARATIVAS, COSTAS, INTERESES* y *SENTENCIA*.

En general

—STS 8-6-93 (La Ley 13.340): «A la mecánica del proceso (de ejecución) no es ajena la posibilidad de *cambio de partes* en el mismo, no sólo en el supuesto de transmisión del objeto litigio (art. 9.4 LEC) sino cuando una de ellas desaparece por extinción de su personalidad, como ocurre en el fallecimiento del litigante persona física (art. 9.7 LEC) o extinción por cualquier causa de persona jurídica. Y si bien es cierto que, normalmente, el juez necesita una prueba de la transmisión realizada ... cuando el cambio se produce ope legis por asunción por una nueva persona jurídica o entidad de los derechos y obligaciones de otra cuya desaparición se decreta, la subrogación se produce ipso iure y, por tanto, decae la necesidad de acreditación ante el juez».

—STSJ Navarra 8-3-91 (AS 2.115): *No* es posible la imposición de *multas coercitivas a la Administración* en ejecución de sentencia.

—STS 24-2-97 (Rec. 1.977/96): El procedimiento incidental del art. 236 LPL es aplicable para determinar la *sucesión procesal de las partes*.

—STSJ Extremadura 16-1-92 (Rec. 540/91): No cabe la ejecución contra quien *no fue condenado en la sentencia*.

En proceso por despido

—STS 20-3-91 (RJ 1.882): Cuando el empresario se niega a dar ocupación efectiva al trabajador despedido en el caso del antiguo art. 213.2 de la LPL de 1980 (para los *supuestos en el que la sentencia de despido debe ejecutarse en sus propios términos*), no procede el descuento de lo percibido por el trabajador en otro empleo de los salarios que el empresario debe abonarle.

—STSJ Extremadura 26-12-91 (Rec. 668/91): La *readmisión* no es irregular por haberse realizado en diferente centro de trabajo pero en la misma población, pues el cambio de centro dentro de una misma población no está sujeto a los límites del art. 40 ET.

En cambio, si la readmisión se produce en otra población sí es irregular, como afirma la STSJ Extremadura 27-8-93 (La Ley 13.465).

PROVISIONAL

—STC 234/1992 de 14-12 (La Ley 2.071): La *ejecución provisional* de la sentencia *de despido* recurrida por el empresario, que obliga a éste a seguir abonando los salarios, es un procedimiento autónomo que no se ve afectado por el resultado del recurso, de lo que se deriva que la competencia para conocer de dicha ejecución provisional corresponde siempre a los órganos jurisdiccionales de lo Social, aunque la sentencia definitiva pueda declarar la *incompetencia del orden social.*

Al respecto, la STS 17-7-93 (La Ley 15.909-R) admite el recurso de suplicación en ejecución provisional únicamente respecto de la falta de jurisdicción pero sin entrar a resolver sobre las concretas medidas adoptadas, de suerte que, a pesar de que se declare la falta de jurisdicción del orden social son válidas dichas medidas ya adoptadas y los trabajadores no han de devolver los salarios de tramitación percibidos, puesto que son debidos en virtud de la ley y por resolución del orden jurisdiccional que no había sido declarado incompetente.

—ATSJ País Vasco 2-9-96 (Rec. 695/96) considera que, en el supuesto de *anticipos reintegrables* a cargo del Estado, debe oírse a éste, y afirma que si se acuerda el anticipo sin oír al Estado se dará el recurso de suplicación contra el auto que resuelva el previo recurso de reposición, por haberse dictado en ejecución de sentencia y resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.

—STSJ País Vasco 25-3-97 (Rec. 89/97) niega la procedencia de los *anticipos reintegrables si existe aval* para recurrir, dada la naturaleza de esta garantía, meramente sustitutiva de la consignación.

EMPRESARIO

—STS 30-6-93 (La Ley 13.398): Se reconoce la responsabilidad solidaria del *grupo de empresas* cuando se presenta con una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, en un conjunto formado con una evidente vinculación, tanto económica como personal, de tal modo que, para que surja ésta es necesario, además, de la actuación unitaria, con unos mismos dictados y coordenadas, con confusión patrimonial, la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada, con confusión de plantillas.

Así, la STCT 4-11-81 (RTCT 6.441) estima la existencia de una empresa si varias empresas explotan en común medios y elementos de producción, y la STSJ Cantabria 27-1-92 (AS 88) declara la *responsabilidad solidaria* del empresario individual y dos sociedades con identidad de personas, gerencia, domicilio y objeto.

—STS 17-7-93 (La Ley 13.392): En Derecho laboral *es empresario* toda persona física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquella y por cuenta y cargo de la misma, de tal modo que cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos patrimoniales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión, poderes que pueden estar basados en cualquier vínculo jurídico, no siendo necesario que se trate de un derecho de propiedad, toda vez que sirve a tales fines toda clase de derechos, reales o personales, que confieran tales potestades. *Mal puede ser empresario quien carece de facultades* sobre los medios patrimoniales propios de la explotación, quien no asume los riesgos propios del negocio o quien, en definitiva, tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal.

—STSJ Extremadura 30-10-91 (Rec. 662/91): El ámbito de la *propia actividad* a efectos del art. 42 ET es extensible a las actividades accesorias o complementarias del negocio básico del empleador.

ERROR JUDICIAL

—STS 10-6-87 (RJ 4.323), 28-10-87 (RJ 7.216), 10-12-87 (RJ 8.875), 16-6-88 (RJ 4.934) y 13-6-92 (Rec. 435/91): El error judicial del art. 121 CE se produce en *supuestos* especialmente cualificados de desatención a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas de modo palmario o incontestable fuera de su sentido o alcance. STS 1.ª 2-7-92 entiende que «se trata de equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la ley, siempre en el ámbito de lo ilógico, de lo irracional, de lo arbitrario». También STS 1.ª 3 y 27-7-89, 1 y 14-2, 13-4 y 16-6-89, 20-10-90 (RJ 8.026), 8-11-91 y 3-3-93, STS 2.ª 5-10-87 (RJ 6.959) y 3-11-87 (RJ 8.435) y las de la sala del art. 61 LOPJ de 17-1, 8-5, 5-6, 4-7 y 20-9-90.

—STS 10-6-87 (RJ 4.323): El resarcimiento por error judicial es «de carácter subsidiario, es decir, que la existencia del error no determina por sí mismo el derecho al resarcimiento sino que éste está condicionado a que *no haya otro medio para alcanzar la reparación* del perjuicio ..., de donde se infiere que el error que puede ser eliminado por la vía ordinaria de los recurso no puede dar lugar al derecho indemnizatorio», incluyendo el mal llamado recurso de aclaración.

—STS 13-7-93 (Rec. 2.495/91): Es necesario un *error cualificado* que «no es la mera aplicación de una norma aplicable al caso o la aplicación indebida de otra que no lo es; tampoco es apreciable en la simple falta de ajuste a la verdad material de una valoración fáctica; lo que se exige para integrar el supuesto de los arts. 292 y ss. LOPJ es un error manifiesto, indudable e incontestable (TS penal 5-10-87, RJ 6.959), que contradice lo que es evidente en los hechos o que hace una aplicación insensata a absurda del derecho (TS civil 16-6-1988), actuando abiertamente fuera de los cauces legales (TS social 11-10-1989).

Reitera la exigencia de error judicial cualificado la STS de la Sala de lo Social de 24-6-1997 (Rec. 1006/95).

—STS 24-6-1997 (Rec. 1006/95) declara que la imputación del error ha de centrarse en una *resolución judicial* y no en un procedimiento o una serie de actos procesales, y esta resolución ha de ser, normalmente, la de grado superior, en caso de que exista.

—STS 20-4-92 (RJ 2.657): El *plazo* para reclamar la responsabilidad del Estado por error judicial es un plazo de caducidad. Según STS 26-5-87 el plazo de caducidad de la acción judicial se computa desde la firmeza de la resolución judicial errónea y, para la STS 2.ª 12-9-91 (RJ 6.150), el plazo debe contarse desde el conocimiento y posibilidad de ejercitar la acción, no desde el error mismo.

—STS 5-2-91 (RJ 799) estima *esencial la producción de daños y perjuicios*, ya que, de no existir, no procede siquiera declarar el error judicial a efectos de responsabilidad del Estado, que no se produciría.

—STS 23-6-97 (Rec. 1111/90) recuerda la *distinción entre error judicial y anormal funcionamiento* de la Administración de Justicia, ya que sólo en el primer caso es competente la propia Sala de lo Social del TS para declarar el error, con los requisitos del art. 293.1, mientras que si lo alegado es un funcionamiento anormal la Sala carece de competencia para pronunciarse y el interesada debe dirigir su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia.

—STS 24-6-97 (1006/95) estima que no procede la *suspensión cautelar de la sentencia* a la que se imputa el error, ni el *recibimiento a prueba*.

—STS 27-6-1997 (Rec. 1899/96) recuerda que, para la apreciación del error judicial, es necesario que se agoten los recursos previstos en el ordenamiento jurídico y considera como tal el *recurso de casación para la unificación de la doctrina*.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Ver también *DESPIDO, DIMISIÓN, JUBILACIÓN* y *MODIFICACIÓN DEL CONTRATO*.

—STS 10-3-99 admite la *extinción del contrato por circunstancias sobrevenidas* basada en la anulación de concurso para proveer plazas laborales en la Administración pública.

—STS 8-11-93 (La Ley 13.544): El trabajador puede instar la extinción del contrato por incumplimiento del empresario si éste no procede a la *readmisión después de terminar la suspensión por enfermedad*, no abonando salario alguno ni dando ocupación efectiva.

—STSJ Canarias 22-1-91 (AS 672): No ha lugar a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador amparada en el art. 50 ET por *cambio de centro de trabajo* sin cambio de domicilio.

—STS 2-6-87 (RJ 4.108): No constituye causa de extinción del art. 50 ET el que se dejen de encomendar a un trabajador tareas de superior categoría.

—En esta línea, la STS 5-5-88 (RJ 3.565) sostiene que no constituye incumplimiento contractual el *cambio de tareas* y destino dentro de la misma empresa.

La STSJ Castilla y León 4-2-91 (AS 1.283) admite la extinción del contrato en virtud del art. 50 ET cuando se priva al trabajador, prácticamente, de las funciones que asumía, encomendándole funciones meramente residuales e impropias de su categoría profesional. La STSJ Castilla y León 18-2-91 (AS 1.322) la estima por la asignación de actividades impropias de la categoría profesional.

Las STSJ País Vasco 26-2-91 (AS 1.071) y 3-12-91 (AS 6.864) aclaran que los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo no son susceptibles de interpretación extensiva, añadiendo que «la doctrina jurisprudencial ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de una voluntad maliciosa que comprenda los perjuicios» necesarios, si bien dentro de las causas extintivas cabe incluir la degradación injustificada del trabajador y la asignación de funciones para las que se carece de aptitud, así como la falta de ocupación efectiva.

—STS 24-3-92 (RJ 1.870) y STSJ Madrid 7-6-91 (Rec. 1.805/91): El *impago o retraso en abono de salarios*, como causas extintivas, no

exigen la culpabilidad empresarial, bastando con que sea continuado y persistente.

—STSJ Madrid 9-3-92 (AS 1.600) exige que el *incumplimiento* del empresario no sólo sea grave sino también *culpable* para la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET.

—STSJ Madrid 26-10-92 (AS 4.940): «Dos son los requisitos exigidos por el *apartado c) del estatutario art. 50.1* para la apreciación de la justa causa extintiva regulada en el mismo: a) un incumplimiento contractual grave por parte del empresario, no comprendido en los apartados a) y b) del precepto. b) Que este incumplimiento sea voluntario, es decir, atribuible a dolo o culpa del propio empleador ... El criterio expuesto es acorde con la jurisprudencia de casación, recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 21-3-88 (RJ 2.336) y 7-3-90 (RJ 1.776), declarativa la primera de que «la *falta de ocupación efectiva*, además de incidir siempre de manera negativa en la capacitación y dignidad profesional, encuentra su más correcto encuadre, a los efectos resolutorios, en la causa que tipifica el párrafo c) del art. 50.1 ET» y expresiva la segunda de que «la falta injustificada de ocupación efectiva es, de entrada, una infracción del derecho básico del trabajador, así reconocido en el art. 4.2 a) del Estatuto, con alcance tal que se incorpora al precepto en el supuesto de incumplimiento grave de la obligación empresarial a que se refiere el ap. 1 c) del art. 50 del Estatuto». STSJ Extremadura 4-2-91 (AS 1.257) contempla otro supuesto de extinción del contrato por voluntad del trabajador a causa de su falta de ocupación efectiva.

—STSJ Extremadura 12-1-93 (La Ley 13.134): El trabajador no puede pedir la extinción del contrato en virtud del art. 50 ET *mientras el contrato está suspendido.*

—STS 3-10-88 (RJ 7.508): El *mutuo acuerdo del art. 49.1 ET* es un negocio jurídico que para su validez exige que concurran los elementos evidenciadores de una eficaz declaración de voluntad.

—STS 30-9-92 (La Ley 13.409): Aun partiendo de la conocida y reiterada doctrina sobre el carácter liberatorio del recibo de saldo y finiquito, ello no excluye su sumisión a las reglas de interpretación de los contratos y, en particular, no se ha de entender incluido un *incremento salarial retroactivo posterior*, imprevisible en aquel momento y que *es de aplicación* al trabajador aunque al publicarse la norma ya no trabaje para la empresa pues despliega su eficacia retroactiva a un período en el que sí prestaba servicios.

—STS 18-7-1990 (RJ 6425): Salvo supuestos excepcionales, no procede la extinción del art. 50 ET *si el contrato ya estaba extinguido* por haber cerrado la empresa y no haber reclamado el trabajador contra el despido tácito.

—STSJ Cataluña (S. 5.491/91): El documento en el que se constata la extinción de la relación laboral es válido como manifestación de una declaración de voluntad, en tanto no esté viciada por alguna de las circunstancias que invalidan el consentimiento, sin que sea necesaria la utilización de alguna expresión, como «saldo y *finiquito*», o el reconocimiento de una indemnización, bastando que quede suficientemente clara la voluntad de las partes.

La STS 19-12-94 aprecia el valor extintivo a sendos recibos suscritos por el actor relativos al saldo y finiquito de un contrato de trabajo.

—STSJ Extremadura 20-12-91 (Rec. 644/91): Puede extinguirse válidamente un contrato temporal aunque se encuentre el trabajador *en situación de incapacidad laboral transitoria*, pues el art. 45.1 c) y d) ET lo que prohíbe es que la empresa se base en la suspensión del contrato para rescindirlo pero no si existe otra causa legal bastante.

FRAUDE DE LEY

Ver también *CONTRATOS TEMPORALES.*

—STS 4-4-90 (RJ 3.104): «El fraude de ley *es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades* en la configuración de la relación jurídica, envolviendo, en todo caso, una *decidida y patente voluntad* de eludir el mandato imperativo de la norma legal, obviando la realización de su propio objetivo o finalidad. De aquí, que no resulte suficiente a los fines de admitir su concurrencia la mera existencia de defectos en la contratación, si esto no llega a ser demostrativo de una verdadera voluntad de parte, tendente a burlar el imperativo legal. Esto sentado, es indudable, por tanto, que no sea de recibo instrumentar con éxito una argumentación de fraude de ley que resulta enervadora del originario carácter atribuido a una contratación temporal entre partes cuando, sin protesta alguna, se vino aceptando la temporalidad de la misma mediante la suscripción, en principio, de una *prórroga subsanadora de iniciales defectos* cometidos en su suscripción (*falta de constancia clara de la causa de temporalidad*) y, posteriormente, a través de la ulterior concertación de contratos autónomos de carácter temporal acogidos a una normativa que no exige ya el requisito formal en cuya omisión se sustenta toda la argumentación relativa al fraude de ley invocado».

—STS 4-7-88 (RJ 7.519) y 7-10-88 (RJ 7.548): El *fraude de ley* es una actuación dolosa para conseguir un fin ilegítimo según el ordenamiento jurídico, correspondiendo al actor la *prueba* de que el motivo argüido para la contratación no existió en realidad, sin que pueda presumirse el fraude. También STS 21-9-87 (RJ 6.233) y 29-3-96 (RJ 2.502), que señalan que el fraude de ley necesita ser plenamente acreditado, dado que nunca se presume.

—STS 13-11-86 (RJ 6.683): La sola existencia de *sucesivos contratos temporales* no engendra sin más la existencia de fraude de ley si no existe un propósito de atentar contra la estabilidad en el empleo de los actores.

Asimismo siguen este criterio las STSJ Madrid 9-4-91 (Rec. 2.647/90 s. 10, Actualidad Laboral 990), Extremadura 29-3-90 (Actualidad Laboral 748), País Vasco 30-11-89 (Actualidad Laboral

416), Andalucía 2-5-90 (Actualidad Laboral 817) y 2-3-93 (Rec. 1.035/91-Gr) y Castilla y León 11-12-91 (AS 6.599).

Así, la STS 7-10-92 (Rec. 200/92) niega que exista fraude de ley por el hecho de haber una sucesión de contratos temporales sin discontinuidad y sin modificación de funciones y la STSJ Andalucía 2-3-93 (Rec. 1.035/91-Gr) aclara que la sucesión de contratos de naturaleza temporal no genera la indefinición de la relación laboral si se cumplen los requisitos que procuran su validez, ni hace surgir una presunción de actuación fraudulenta por parte del empresario.

La STS 15-2-95 considera que el cese al término del contrato de interinidad, precedido por otro de acumulación de tareas, no constituye despido.

La STSJ Galicia 16-2-95 niega que exista fraude de ley en el contrato de aprendizaje tras un contrato de trabajo en el puesto de características similares en la misma empresa.

—STSJ Madrid 8-9-93 (Rec. 150/93 s. 2.ª) y 10-2-94 (Rec. 753/93 s. 2.ª): «La imputación de fraude ... requiere cumplida *probanza* con notoriedad y flagrancia en el propósito decidido y deliberado de burlar la norma bajo apariencia de cumplimiento, no presumiéndose nunca y constituyéndolo en ningún caso intrascendentes e involuntarias irregularidades».

—STSJ País Vasco 6-3-91 (AS 1.727) sostiene que «la figura del fraude de ley —que, inerte y gratuitamente, va manipulándose para defender, en tales casos (de *transgresión de los plazos de los contratos temporales por la Administración*), la tesis de la consolidación del contrato por tiempo indefinido no conviene al planteamiento general del problema. Al usar de las normas propias de la contratación temporal, las Administraciones Públicas no eluden, como es característico del fraude, regla alguna que les urja a concertar laboralmente la prestación de servicios por tiempo indefinido (art. 6.4 CC), exigencia que sólo interviene respecto de sujetos de Derecho privado, exentos del deber de procurar iguales oportunidades a todos los eventuales demandantes de empleo y de la necesidad de evaluar objetivamente sus merecimientos y aptitudes», si bien «si, por excepción, la conducta de las Administraciones Públicas que, pudiendo hacerlo, frecuentan esas técnicas de contratación temporal, revela el propósito de atentar contra los arts. 23.2 y 103.3 CE de modo tenaz y sistemático, no hay un razonable aplazamiento de la provisión regular que ha de producirse, sino una desviación positiva del deber de pleno sometimiento —que también les incumbe— a la Ley y al Derecho (art. 103.1 del texto constitucional).

Tal incumplimiento se sanciona entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de contratos temporales implica —respecto a las personas hibernadas en esa situación y, a la vez, privadas de la oportunidad, común a todos, de hacer valer su mérito y capacidad para aspirar y, en su caso, acceder a la condición de funcionario público— un juicio permanente y favorable a la existencia de ambas cualidades y suple la falta —inimputable a los interesados— de pruebas selectivas. No en vano, el art. 7.2 CC autoriza a adoptar las medidas judiciales que, adecuándose a la peculiaridad de cada caso, impidan la persistencia del abuso del derecho que, sirviéndose entonces de la contratación temporal, cometen las Administración Públicas».

—STSJ País Vasco 29-10-91 (Rec. 1.053/91) señala que «las posibles irregularidades en uso de las modalidades (de *contratación temporal por las Administraciones Públicas*) no podrían contemplarse desde la perspectiva de la cláusula de fraude de ley recogida en el art. 15 del Estatuto, entre otras cosas porque el ánimo defraudatorio podría repartirse entre las dos partes, pues también el trabajador pretendería eludir el sistema normal de acceso a la función pública (STS 10-3-87, RJ 1.374, y 14-1-88, RJ 1), sin que en ningún caso quepa presumir el fraude de ley que precisa ser probado (STS 21-9-87, RJ 6.233)».

—STSJ Andalucía 2-3-93 (Rec. 1.035/91-Gr): *En los contratos temporales* y, en general en toda contratación, el fraude de ley no se presume, sino que debe deducirse de elementos de hecho demostrativos de una voluntad tendente a obtener, mediante la invocación de una norma, un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico (art. 6.4 CC), y es a la parte que lo alega a quien incumbe probarlo.

—STSJ Madrid 11-7-91 (Rec. 35/91 s. 1.ª): La adquisición de la condición de fijo de plantilla que pretenden los actores es inviable pues la empleadora es una *entidad pública que está obligada a mantener en el funcionamiento los servicios públicos* que le están encomendados, nunca en provecho propio, lo que les obliga a recurrir de manera imperiosa, excluyente de fraude de ley, que además no cabe presumir en ningún caso sino fundarse en hechos plenamente acreditados (por todas la STS 26-9-88), a constantes y urgentes contrataciones temporales.

—STSJ País Vasco 18-11-93 (Rec. 1.153/93) estima que no resulta admisible que un contrato de ejecución continuada, como es el contrato de trabajo, se inicie, se desarrolle y se cumpla en su integridad y ello durante largo tiempo y, *una vez extinguido, se tache de fraudulenta su resolución*, pretextando su propia calificación «ab initio».

FUNCIONARIOS

—STS 28-2-92 (RJ 1.805), 20-4-92 (RJ 2.661) y 15-12-97 (Rec. 3133/96) y STSJ Madrid 27-3-91 (Rec. 3.552/90) y 31-12-92 (Rec. 2.873/92 s. 2.ª) y STSJ Andalucía 16-1-91 (AS 572): Incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de las controversias surgidas entre la Administración y *funcionarios interinos*, cuya relación queda sujeta al Derecho administrativo y no se convierte en laboral por más irregularidades que concurran, las cuales han de ser enjuiciadas por el orden contencioso-administrativo.

La STS 22-4-97 (Rec. 1.979/96) considera que no cabe reclamación declarativa de fijeza ante el orden social por parte de quien ha sido nombrado y ha aceptado ser funcionario interino, habiendo desempeñado antes las mismas funciones en virtud de relación laboral. En esta línea la STS 9-10-97 (Rec. 596/97) declara que no es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión sobre reconocimiento de relación laboral por tiempo indefinido, referida a relación constituida por designación funcionarial interina, a la que precede contrato laboral temporal, que se extinguió al cumplirse el término pactado.

La STS 25-4-97 (Rec. 504/96) reitera la doctrina de la Sala sobre el particular, declarando la incompetencia de jurisdicción en relación con la pretensión de declaración de fijeza de plantilla estando vigente el nombramiento de funcionario interino en favor de demandantes, que se encuentran trabajando en tal condición, cuando con anterioridad y sin solución de continuidad había mediado relación laboral entre las partes.

En esta línea, la STSJ Madrid 23-12-93 (Rec. 2.115/93) confirma la falta de jurisdicción del orden social para conocer de las demandas de profesores nombrados como interinos por la Administración educativa para cada curso académico.

La STSJ Madrid 18-2-94 (Rec. 3.369/93 s. 2.ª) aplica la doctrina general expuesta para declarar la falta de jurisdicción para conocer de las demandas de *funcionarios interinos que anteriormente fueron contratados laborales*. No obstante, STSJ Madrid 10-1-91 (AS 741), que también recoge la jurisprudencia general sobre la imposibilidad de diferenciar los contratos administrativos y laborales por su natu-

raleza, debiendo estar a la sumisión a uno u otro régimen, niega que en el caso planteado exista una relación administrativa de quienes, *tras un contrato laboral, fueron nombrados funcionarios interinos* pues «es lo cierto que ... no se formalizó contrato alguno de carácter administrativo, autorizado por ambas partes, en los que se declarara específicamente, entre otros, que el contrato tiene naturaleza administrativa, que el contratado se compromete a observar en el ejercicio de sus funciones los deberes propios de los funcionarios ... y que contra los acuerdos de la Administración recaídos sobre esta materia procederá el recurso contencioso-administrativo» [1].

—STSJ Madrid 19-9-91 (Rec. 3.490/88 s. 1.ª-2.ª) y 29-5-91 (Rec. 4.308/89 s. 1.ª-2.ª) y STSJ Andalucía 5-9-91 (Rec. 167/91 Ma): Naturaleza administrativa de la relación entre la Administración y un *sacerdote o profesor de religión*, por lo que es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sin embargo, la STS 19-6-96 (RJ 5387) estima que la relación de los profesores de religión en centros docentes públicos es laboral y no administrativa.

—STSJ Madrid 17-12-92 (Rec. 2.348/92): Falta de jurisdicción para conocer de las demandas de *fiscales sustitutos*, sometidos al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y no al Estatuto de los Trabajadores, como funcionarios de empleo interinos, siendo competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

[1] Parece olvidar esta sentencia que la relación de empleo de los funcionarios interinos no es contractual sino derivante de un acto unilateral necesitado de aceptación.

GARANTÍAS DEL SALARIO

—STS 16 de octubre de 1996 (RJ 7768) niega que el Fondo de Garantía Salarial, que fue llamado al previo proceso, pueda *alegar prescripción* al resolver el correspondiente expediente si no la opuso oportunamente en dicho proceso.

STS 5-5-99 considera precluido el derecho del FOGASA a alegar la prescripción que no opuso en el pleito principal, al que fue citado.

—STS 1-7-98 niega la prescripción en favor del FOGASA por el transcurso de un año desde el incidente de no readmisión hasta la reclamación de la ejecución del auto correspondiente.

—STS 16 de mayo de 1995 (RJ 1995\3777) estima que deben incluirse las partes proporcionales de *pagas extras* en el límite de 120 días de salario.

—STS 1.ª 26-1-90 y 22-11-91 (RJ 7.977) y STSJ Cataluña 11-2-92 (AS 804) estiman que a efectos del art. 32 ET se entienden *garantizados todos los créditos salariales* y, por tanto, también las indemnizaciones por cese. En contra STS 10 11-5-92 (RJ 3.894) y 24-5-93, que estiman que sólo se privilegian los salarios definidos por el art. 27 ET [1].

—STS 1.ª 22-11-91 (RJ 7.977): Los créditos salariales son preferentes sobre los *créditos anotados preventivamente por embargo*.

—STS 18-12-91 (RJ 9.084): Para que el FOGASA sea responsable con arreglo al *art. 33.2 ET* es necesario que las indemnizaciones hayan sido fijadas por resolución administrativa o judicial, de suerte que no lo es cuando la indemnización se pacta en conciliación judicial o extrajudicial.

—STS 24-11-92 (Rec. 2.410/91), 27-6-92 (RJ 4.684), 12-12-92 (Rec. 679/92) y 16-12-92 (Rec. 2.269/91): La obligación del Fondo de Garantía Salarial del *art. 33.8 ET* (abono del 40 % de la indemnización legal en expedientes de regulación de empleo en empresas de menos de 25 trabajadores) se aplica aunque la indemnización haya sido pactada por las partes con un importe superior al legal. Podrá

[1] La cuestión es resuelta por la nueva redacción de los apartados 3, 4 y 5 del art. 32 ET, conforme a la Ley 11/94, mediante la consideración de créditos singularmente privilegiados de los salarios en la cuantía que resulte del triple del salario mínimo interprofesional multiplicado por los días pendientes de pago, incluyendo las indemnizaciones por despido.

exigir su pago el trabajador siempre que la empresa no lo haya asumido (aunque haya pagado más de lo legalmente le corresponde), mientras que si la empresa asume directamente el pago de la cantidad correspondiente al FOGASA podrá repetir contra éste.

—STS 13-7-91 (RJ 5.985), 30-12-92 (Rec. 356/92) y 14-3-94, STSJ Cataluña 9-5-91 y STSJ País Vasco 5-12-94: El *personal de alta dirección* no es beneficiario de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, sin que las directivas comunitarias sobre la materia sean aplicables directamente en España, sin peRJ uicio de la responsabilidad del Estado por su incumplimiento[2].

Así, las STS 30-12-92 y 14-3-94 recuerdan que la STJCE 19-11-91 (Asuntos 6 y 9/90, Repertorio de Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1992-II, n.º 43) indica que la Directiva 80/897 establece un sistema de garantía salarial suficientemente preciso en cuanto a su contenido pero no en relación al deudor, obliga a los Estados a crear un sistema de garantía, pero queda a la discrecionalidad del Estado la organización del sistema y su financiación, que no necesariamente debe ser a costa de fondos públicos, pudiendo ser también financiado por los empleadores. En esta línea, la reciente STJCE 26-12-93 clarifica la cuestión promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la inclusión en España del personal de alta dirección en el señalado sistema de garantías, reiterando que los Estados gozan de discrecionalidad en la configuración de las instituciones de garantía, de suerte que el personal de alta dirección no tiene derecho a exigir las garantías salariales de

[2] Por la disposición adicional 2.ª de la Ley 11/94, «las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los arts. 27.2, 29, 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores», derogándose el art. 15.1 del Real Decreto 1.382/85 que regula su relación laboral especial, que tenía el mismo tenor, excepto la mención al art. 33 del Estatuto. Con la atribución de las garantías salariales del FOGASA al personal de alta dirección se evitan mayores problemas de futuro pero no las posibles reclamaciones de quienes hayan visto negadas dichas garantías con anterioridad a la nueva Ley. El orden jurisdiccional competente parece que había de ser, en todo caso, el contencioso-administrativo, pues no se trata de una reclamación al FOGASA por una garantía salarial sino de una responsabilidad del Estado como tal, siguiendo las vías previstas para la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con independencia del contenido de la Directiva a cumplir. Las garantías salariales en sí mismas son propias de la rama social del Derecho, pero la pretensión de una indemnización sustitutoria no es una pretensión promovida dentro de dicha rama ni una exigencia de responsabilidad al Estado por atribuírsela la legislación laboral, lo que, en su caso, otorgaría la competencia al orden social, conforme al art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino una pretensión contra actos de un ente público que quedan sujetos al Derecho administrativo de la responsabilidad patrimonial, lo que determina la competencia del orden contencioso-administrativo, por imperativo del número 4 del referido art. 9. En este sentido, se pronuncia la reciente STS 10-2-1997 (Rec. 2200/96).

la institución creada para los demás trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial, concluyendo que, «si es así, de la sentencia Francovich, antes mencionada, se desprende que el Estado miembro afectado (España) está obligado a reparar los peRJ uicios sufridos por el personal de alta dirección debido al incumplimiento de la directiva en lo que a dicho personal se refiere».

En contra, la STSJ Cataluña 25-6-91, estimó aplicable directamente la Directiva comunitaria.

—STC 23-4-92 (RTC 60): Se ha de reconocer *legitimación al FOGASA para recurrir una sentencia absolutoria* de despido pues de ella pueden derivarse consecuencias perjudiciales para él.

—STS 6-7-92 (RJ 5.583), 15-10-92 (Rec. 607/92) y 30-10-92 (Rec. 1.912/91): Hay que estar a la fecha de declaración de la insolvencia de la empresa para el hecho causante de la responsabilidad del FOGASA, y, por tanto, se está a tal fecha para determinar el *salario mínimo interprofesional* base del cálculo.

—STC 22-3-92, STS 12-12-86 (RJ 7.352) y STSJ Madrid 8-1-91 (AS 719): El *plazo de prescripción* de la acción contra el FOGASA es el de 1 año que fija el art. 59 ET.

Según las STS 15-7-91 (RJ 5.987) y 4-11-92 (Rec. 2.268/91), este plazo de prescripción de 1 año para reclamar al FOGASA se cuenta desde el auto de insolvencia del empleador.

Para la STS 16-3-92 (Rec. 1.198/91), la interrupción de la prescripción contra el empresario no perjudica al FOGASA, cuya obligación es autónoma.

En cambio, conforme a la STS 7-10-93 (La Ley 15.765-R), la prescripción de la acción del trabajador contra el empresario aprovecha al FOGASA pues su responsabilidad es subsidiaria. También STSJ Madrid 8-1-91 (cit.).

—STS 23-7-93 (La Ley 15.743-R): Al corresponder al FOGASA el abono del 40 % de la indemnización legal en supuestos de regulación de empleo en *empresas de menos de 25 trabajadores* no lo hace como indemnización independiente por lo que los límites de una anualidad y el duplo del salario mínimo profesional diario como base del cálculo se aplican al conjunto de la indemnización, no por separado a la parte que asume el FOGASA.

—STS 27-7-93 (La Ley 13.485): El FOGASA no puede negar el pago de las indemnizaciones sobre la base del salario real por entender que el Convenio celebrado en fecha cercana al expediente de regulación de empleo lo ha sido en fraude de ley, al establecer salarios excesivos

pues para ello debería haber impugnado como *lesivo el Convenio Colectivo.*

—STS 22-12-93 (La Ley 13.636) niega el abono de la prestación del Fondo en una caso de empresa insolvente sustituida por *Sociedad Anónima Laboral.*

—STS 12-11-1997 (Rec. 4565/96) niega que el FOGASA pueda alegar *excepciones* para obviar su responsabilidad cuando tuvo oportunidad de aducirlas en la vía ejecutiva dentro del proceso en que fue parte y en el que consintió resoluciones que no tuvieron en cuenta estas excepciones, deviniendo firmes.

—STS 20-10-98 admite, a efectos de las garantías salariales, la *coexistencia del cargo societario* con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria.

HORAS EXTRAORDINARIAS

—STS 24-6-92 (RJ 4.669): La hora extraordinaria es aquella que, sobrepasando la jornada máxima legal o convencional, responde a una tarea ocupacional con existencia real, efectiva y actual, por lo que *quedan excluidas las horas de disponibilidad,* como las guardias médicas. También STS 21-9-85 (RJ 4.340) sobre vigilantes de la construcción.

En particular, las STS 14-9-82 (RJ 5.011), 30-10-82 (RJ 6.291) y 14-3-85 (RJ 1.339) indican que las *guardias médicas* no tienen la consideración de horas extraordinarias, entre otras razones porque se vulneraría el límite temporal que la ley establece para las horas extras.

Para las STSJ Madrid 7-7-93 (Rec. 4.829/92) y 7-9-93 (Rec. 3.138/93 s. 1.ª), «las guardias médicas, de cualquier actividad de que se trate y no sólo las de la Seguridad Social, no dan lugar a horas extraordinarias, pues durante ellas no se llevan a cabo las respectivas actividades con la dedicación y esfuerzo propios del ejercicio profesional. Ello es predicable con mayor razón de las llamadas «guardias de alertado», cuyo contenido ni siquiera consta», «sin perjuicio del derecho que pudiera corresponder al demandante en orden a la retribución a prorrata de las horas que acredite haber excedido su trabajo de la jornada normal».

—STS 27-3-91 (RJ 5.647) y 26-9-91: Se computan las horas extras en las *cotizaciones a la Seguridad Social.*

—STS 23-12-91: La *negociación colectiva* puede establecer módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías alzadas que resulten inferiores a las que resultarían de una interpretación estricta del art. 35 ET.

—STS 20-11-70 (RJ 4.541), 21-12-73 (RJ 4.819) y 30-5-74 (RJ 2.654), STCT 1-7-82 (RTCT 4.186) y 22-5-87 (RTCT 10.866), STSJ Galicia 26-4-91 (AS 2.464) y STSJ Cataluña 25-11-91 (S. 5.125/91): El trabajador debe *probar* cumplidamente la realización de las horas extraordinarias, día a día y hora a hora.

HUELGA

—STC 5-10-84 (RTC 90): Son titulares del derecho de huelga tanto los trabajadores en sentido estricto como los *funcionarios*.

—STC 8-4-81 (RTC 11): *Son ilegales las alteraciones colectivas en la prestación del trabajo distintas a la huelga en sentido estricto*, como las llamadas huelgas de celo y las rotatorias, *cuando sean abusivas, y puede renunciarse al ejercicio del derecho a la huelga* en el marco de un Convenio Colectivo pues no es una privación indefinida sino temporal.

—ATC 9-3-92: La Constitución no ampara las *prácticas intimidatorias* para promover la huelga.

—STS 9-6-82 y 24-3-83: La *ocupación del centro de trabajo* en huelga no es, por sí sola, causa de despido.

—STS 7-7-82 y 18-7-86 (RJ 4.526): La *participación en huelga ilegal* sólo es causa de despido si concurre un incumplimiento grave y culpable.

—STS 24-10-89 y 28-9-92: No cabe *sustituir a los trabajadores en huelga* por trabajadores de la misma empresa si son de otro centro de trabajo o de categoría superior a la de los huelguistas.

—STC 17-7-81 y 16-1-92 (RTC 8): Son *servicios esenciales* para la comunidad los precisos para la satisfacción de los derechos fundamentales, libertades públicas y demás bienes constitucionalmente protegidos.

En esta línea, la STS 29-11-93 (La Ley 13.613) recuerda que el derecho a la huelga no es absoluto sino que ha de convivir con los demás derechos fundamentales y debiendo respetar los derechos e intereses de la comunidad e, incluso, de la empresa. A ello añade, con cita de la STC 8-4-81 (RTC 11), que en designación de los trabajadores que hayan de cubrir los servicios mínimos ha de participar el comité de huelga, respalda la validez de la designación unilateral de la empresa, que intentó llegar a un acuerdo con los huelguistas y se limitó a la imprescindible protección de la seguridad de los bienes encomendados a la custodia de las empresas (de banca).

La STC 15-3-90 (RTC 43) y las STS 30 14-9-92, 2-4-93 y 22-6-93 entienden que la fijación de servicios esenciales debe estar motivada y justificada, salvo que la justificación sea de general conocimiento. STS 30 14-12-93 (La Ley 13.638) reitera que la fijación de servicios mínimos ha de ser motivada y justificada. También lo hace la STS

14-10-97, al tiempo que distingue entre los conceptos de servicios esenciales, servicios y efectivos de personal precisos para estos.

—STC 8-4-81 (RTC 11): Los *intereses defendidos* por los huelguistas no tienen porqué ser los de éstos sino que basta que sean los de los trabajadores en cuanto tales; admitiendo la *huelga general* en tal caso la STC 36/93 de 8-2.

—STC 36/93 de 8-2 (La Ley 2.116): En caso de *huelga general* no es necesario el *preaviso* a todas y cada una de las empresas sino que basta efectuarlo a las autoridades laborales competentes.

—STS 1-10-91 (RJ 7.190): Para el *descuento de los salarios* correspondientes a la duración de la huelga, debe respetarse la proporcionalidad del día respecto del módulo temporal comparativo y la homogeneidad de ese módulo con relación al total anual, pudiendo seguirse diversas fórmulas.

La STSJ País Vasco 17-1-91 (AS 260) entiende que el descuento debe incluir la prorrata de las gratificaciones extraordinarias más cercanas.

Según las STS 30 13-7-93 y 20-10-93, la deducción de haberes por participación en huelga se calcula dividiendo el total de las retribuciones anuales por el número de horas de trabajo anuales, añadiendo a este divisor las horas correspondientes al período anual de vacaciones y a las 14 fiestas laborables anuales.

En cambio, las STSJ Castilla-La Mancha 6-2-91 (AS 1.583) y 8-2-91 (AS 1.585) consideraron que la deducción del salario por participaren huelga debe incluir la parte proporcional del descanso semanal y festivo (cuya retribución es también salario conforme al art. 26 ET), pero no la parte proporcional de las vacaciones. La STSJ Valencia 28-2-91 (AS 1.578) excluyó también la retribución de las vacaciones.

La STS 24-1-94, con cita de STS 26-5-92 y 19-10-93, estima que «la retribución que se descuenta por cada día de huelga no sólo comprende el jornal diario sino lo que constituye salario diferido, como son las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga», y procede descontar la parte proporcional del sábado y no sólo del domingo pues el sábado viene a constituir una extensión del descanso semanal retribuido al concentrarse la actividad en 5 días a la semana, si bien no cabe descontar proporcionalmente la retribución de los días festivos oficiales.

—STC 189/93 de 14-6 admite la cláusula de paz laboral o *compromiso de no acudir a la huelga* durante la vigencia del Convenio (art. 82.2 ET) pues no constituye renuncia al derecho.

INCOMPARECENCIA

—STC 26/93 de 25-1 y STCT 12-3-87 (RTCT 5.602): La *incomparecencia del demandado* (en el proceso laboral) no tiene que ser necesariamente valorada como ficta confessio, pues ello es facultad judicial.

—STC 18-1-93 (RTC 9): «El desistimiento se configura técnicamente como un acto que expresa la voluntad del demandante de abandonar el proceso, y por ello ha de tener su causa en una voluntad expresa del actor del proceso de apartarse de él, lo que hace que deba diferenciarse de otros comportamientos en los que, aun cuando el incumplimiento de las reglas procesales impida la continuación del procedimiento, no hay intención clara de abandonar el proceso, pudiendo decirse en este sentido que ... la Ley de Procedimiento Laboral contempla una especie de *desistimiento tácito* en que no hay manifestación o decisión expresa de retirarse del proceso sino únicamente una presunción de abandono de la acción ejercitada fundada en incomparecencia del actor en la fecha fijada para el juicio, pudiendo ser destruida esta presunción por el interesado, y así hacer valer su derecho a la tutela judicial mediante actos o pruebas que mostraron inequívocamente su voluntad de continuar el procedimiento iniciado».

La STC 218/93 de 30-6 (La Ley 2.243) admite la revisión de la declaración de desistimiento por incomparecencia si se acredita después la causa de inasistencia.

La STC 373/93 de 13-12 (BOE 19-1-94) recuerda la doctrina sentada por la STC 9/93, indicando que en todo caso, al órgano judicial corresponde apreciar la concurrencia de circunstancias imposibilitantes de la comparecencia del actor para acordar la suspensión del juicio. La mera alegación de la causa o motivos justificados no basta, ni conlleva «ipso iure» la suspensión del juicio. Esta decisión se ha adoptar en función de circunstancias concretas, probadas e idóneas para justificar la suspensión. Tras ello, entra a valorar el incumplimiento de la comunicación previa de la causa de la incomparecencia que exige el art. 83.2 LPL, considerando que sólo puede ser disculpable en caso de un acontecimiento imprevisible con capacidad obstativa o paralizante. Si no es así, de la falta de comparecencia sin aviso previo se deduce una voluntad de abandono del proceso, con la sanción de tener por desistido al demandante, que no puede subsa-

narse porque se sacrificaría la regularidad y buen funcionamiento del proceso.

La STC 4-7-94 aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por tener por desistido al actor que no acudió al juicio al accidentarse su hijo de corta edad, disculpando la falta de aviso previo por la necesidad de ocuparse del hijo y por no ser un profesional del Derecho sino el mismo actor el que había de comparecer por sí mismo.

La STSJ Navarra 16-9-93 anula el auto de desistimiento por incomparecencia cuando el actor y su letrado que había solicitado del titular de otro juzgado que por el agente judicial se comunicase al juzgado «a quo» que acudirían a la sala una vez finalizado el juicio.

—STSJ Navarra 13-9-91 (S. 326): El juez debe asegurarse de la efectiva incomparecencia de las partes, de suerte que si el *letrado del demandado se presentó pero luego se ausentó* para realizar gestiones en el mismo edificio no lo debió dar por incomparecido.

INCOMPATIBILIDAD

—STS 2-2-90 (RJ 806), 6-6-90 (RJ 5.029), 2-7-90 (RJ 6.043), 13-12-90 (RJ 9.781), 13-2-91, 25-2-91 y 23-9-93 (La Ley 13.505) y STSJ Madrid 2-4-92 (AS 2.092): La excedencia por motivo de incompatibilidad es una *excedencia voluntaria*.

Por ello, señala la STS 23-9-93 que, en principio, tal excedencia no se asimila al alta a efectos de prestaciones de la Seguridad Social, si bien, por deberse respetar los derechos en el trámite de consolidación al amparo de la d.a. 1.ª de la ley de incompatibilidades, debe estimarse la situación asimilada a la de alta, pues la baja no fue voluntaria. En esta línea, STS 29-11-93 (La Ley 15.902-R) estima que al ser la baja impuesta no se puede impedir a la viuda la efectividad de los derechos que estaban en trance de consolidación.

—STC 178/89 de 2-11 y STS 3.ª 6-3-92 (RJ 1.900), 17-12-92 (RJ 10.045), 18-6-93 y 2-12-93: El principio de incompatibilidad económica y el de dedicación a un solo puesto de trabajo, en cierto modo coincidente con el primero, *no vulnera la Constitución*, pues las incompatibilidades no han de estar limitadas a garantizar la imparcialidad, satisfaciendo también otro principio constitucional, cual es el de la eficacia de la Administración; el sistema de incompatibilidades no supone vulneración, restricción o limitación constitucional del derecho al trabajo prevenido en el art. 35.1 CE; y la modificación del sistema de incompatibilidades, haciéndolo más estricto, no es inconstitucional ni constituye una expropiación sin indemnización, pues el régimen estatutario de los funcionarios está sujeto a los cambios legislativos.

Reiteran la constitucionalidad de la ley de incompatibilidades las STSJ Aragón 27-2-91 (AS 1.481) y STSJ Valencia 17-4-91 (AS 2.685).

—STSJ Asturias 26-2-91 (AS 1.244) declara *improcedente el despido por* la realización de *actividades* laborales privadas, *incompatibles* con el desempeño de un puesto de trabajo en un organismo público, por entender que no existe incumplimiento grave y culpable, pues la incompatibilidad es meramente formal y no impide el cumplimiento fiel del trabajo ni interfiere en él, no existiendo tampoco perjuicio para el organismo empleador.

—STSJ Madrid 9-12-93 (Rec. 2.330/93 s. 2.ª): En materia de excedencia por incompatibilidad es *competente el orden social* pues no es

acto administrativo sino desposesión de su puesto de trabajo al trabajador.

Al respecto, la STSJ Galicia 7-1-91 (AS 11) entiende que, aunque no es competente el orden social para conocer de la impugnación de la declaración de incompatibilidad por acto de la Inspección General de Servicios de la Administración, siendo residenciable ante el orden contencioso-administrativo, sí es competente para conocer de la impugnación del acuerdo de la entidad empleadora por la que se declara que el actor pasa a situación de excedencia voluntaria, pudiendo sólo discutir si es correcta o no la decisión de ejecutar el acuerdo de declarar al actor en situación de incompatibilidad en su puesto de trabajo pero no las referentes a si es correcta o no la concreta declaración de incompatibilidad.

En esta línea, la STSJ Galicia 29-1-91 (AS 96) aclara que «en tal materia de incompatibilidades ha de distinguirse entre el acto administrativo de declaración de incompatibilidad y su repercusión en la declaración de excedencia y cese en la concreta relación laboral, teniendo uno y otro una delimitación cualitativamente distinta, hasta el punto de que le enjuiciamiento del primero corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y el del segundo es propia del orden social (STS 27-9-89, RJ 6.527, y 20-11-89, RJ 8.201) sin que quepa acumular a la acción por despido ninguna otra relativa a la procedencia de la declaración de incompatibilidad o incluso excedencia voluntaria (STS 23-10-89. R. 7.319), por corresponde a la jurisdicción laboral tan sólo el conocimiento de la concreta aplicación que haga la empleadora de la resolución administrativa de incompatibilidad» y no procede que la demanda haya de dirigirse también contra la Administración no empleadora del trabajador que declara la incompatibilidad; añadiendo que la d.t. 1.ª de la Ley de incompatibilidades contempla la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad, para el personal funcionario o laboral, por lo que no hay despido sino suspensión del contrato (STS 8-5-87, RJ 3.413; 23-10-88, RJ 7.319; 22-2-90, RJ 1.136; 22-3-90, RJ 2.326; y 16-2-90, RJ 1.106).

INDEMNIZACIONES POR RAZÓN DEL SERVICIO

—SAN 16-5-91: El *plus distancia* es un concepto extrasalarial, calificado como indemnización o suplido, conforme a los art. 3 del Decreto de 17-8-73 y 4 de la Orden de 22-11-73. Por ello, el plus no se consolida, el traslado del trabajador a una residencia más lejana del centro de trabajo no aumenta el plus, salvo causas justificadas comprobadas por la autoridad laboral, y, en cambio, se reducirá si acerca su residencia (art. 5 de la Orden de 10-2-58)[1].

—STS 17-6-91 (Rec. 87/91, Actualidad Laboral 1.118) y SAN 10-12-90 (Proc. 83/90): El *personal laboral español contratado en el extranjero* al servicio del Ministerio de Trabajo no tiene derecho al pago de gastos de viaje cada año al amparo del RD 4-3-88, por referirse a indemnizaciones por razón de servicio de funcionarios, dado que, en principio su art. 2.2 excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral. Si bien la práctica administrativa lo aplica supletoriamente al personal laboral contratado en España y trasladado al extranjero en virtud de la disposición adicional primera, que prevé tal aplicación «para todo el personal no incluido en su ámbito de aplicación». El art. 29.1, que trata de reembolso de los gastos de viaje se refiere textualmente al «personal destinado al extranjero», lo que ya da idea de limitación del beneficio a los desplazamientos o traslados, y se encuentra en la sección de «traslados al extranjero» del capítulo rubricado «traslados de residencia», a lo que se añade el propósito expreso del Decreto de indemnizar los traslados de residencia. Así, los criterios hermenéuticos sistemático y finalista abonan la posición negativa a la aplicación del precepto al personal contratado en el extranjero, no siendo posible una interpretación extensiva en cuanto de la dicción expresa de la disposición ni hay identidad de razón para la aplicación analógica al no ser igual su caso al de los traslados al extranjero.

—STSJ Madrid 28-4-92 (Rec. 1.897/91 s. 1.ª-2.ª): Los Reales Decretos de 4-7-84 y 4-3-88, sobre *indemnizaciones por razón de servicio*, son aplicables *sólo a los funcionarios* y no al personal laboral, a tenor de su art. 2.2.

[1] La Ley 11/94 deroga tanto el Decreto de 13-8-73 como la Orden de 22-11-73.

—STSJ Madrid 29-1-93 (Rec. 921/92 s. 1.ª), 19-2-93 (Rec. 1.346/92 s. 1.ª), 28-1-94 (Rec. 5.817/93) y 11-3-94 (Rec. 6.492/93): En el *Ministerio de Defensa*, las *dietas* se rigen por las normas administrativas para las comisiones de servicio de los funcionarios, por lo que no procede su abono en simples desplazamientos laborales, toda vez que el Convenio Colectivo para el personal laboral del Ministerio de Defensa de 1986 no prevé el abono de dietas por simples desplazamientos laborales (como los que se producen en el Servicio Militar de Construcciones por el personal que trabaja en las distintas obras y se desplaza a ellas) sino que lo que previene es que las indemnizaciones del personal laboral derivadas de comisiones de servicio estarán reguladas por el Decreto 1.344/84 de 4 julio, sobre indemnización por razón del servicio, y Resolución de 16 mayo de 1.986, de la Subsecretaría de Economía y Hacienda, en lo que respecta a las causas, condiciones y cuantías de sus devengos, así como a los regímenes de justificación de las mismas, anticipándose por los establecimientos, como mínimo, el 80 por 100 de su importe (lo que reitera el Convenio de 1.991 en su art. 34, si bien se remite al RD 236/88 de 4-3, norma que ha sustituido al RD 1.344/84), y aunque ciertamente tales normas no son aplicables en principio al personal laboral resultan serlo al remitirse a ellas el Convenio Colectivo, con la fuerza vinculante que garantiza el art. 37 de la Constitución.

—STSJ Madrid 25-5-93 (Rec. 644/93): En el Ministerio de Defensa, los Convenios han sustituido el sistema anterior respecto del *plus de transporte* estableciendo cantidades alzadas mensuales sin atender al modo de traslado, que absorben y compensan el plus anterior, que requería la inexistencia de servicio de transporte público y el traslado del trabajador en vehículo propio; no siendo de aplicación las cuantías establecidas por OM 31-7-85 para las indemnizaciones por desplazamiento a los funcionarios públicos.

—STS 16-12-91 (RJ 9.075), 27-7-92 (RJ 5.668), 25-9-92 (Rec. 2.333/91), 26-10-92 (Rec. 2.657/91), 3-11-92 (Rec. 102/91) y 22-1-93 (Rec. 497/92): El *personal de las antiguas recaudaciones* tiene derecho a la *indemnización de gastos justificados de transporte*, no a un plus a tanto alzado.

Al respecto, la STSJ Valencia 18-12-92 (AS 6.449) entiende que, como ya indicó la Sala en sentencia 21-11-91 (AS 6.346), en doctrina coincidente con la expresada por el Tribunal Supremo en S. 17-10-91 (RJ 7.220), ya no son aplicables las cuantías alzadas del Acuerdo de Integración en el Ministerio de Hacienda sino lo dispuesto en el

Convenio Colectivo, atendiendo al principio de sucesión normativa, remitiéndose a la normativa sobre comisiones de servicio de los funcionarios, tanto por lo que se refiere al devengo de dietas y gastos, como a sus cuantías, como al procedimiento para su reconocimiento.

—STSJ Andalucía 22-1-91 (AS 423): En el Ministerio de Defensa, el *plus de residencia* se rige por las normas aplicables a los funcionarios, al remitirse el Convenio a las aplicables al resto del personal de la Administración.

—STSJ Baleares 7-1-91 (AS 991) y STSJ Canarias 18-1-91 (AS 665): No hay derecho al *plus de residencia* al no estar previsto en los Convenios Colectivos de aplicación (Ministerio de Industria e Instituciones Penitenciarias).

INTERESES

Ver también CONFLICTOS COLECTIVOS.

—STS 4-11-1997 (RJ 8030) estima que los intereses a cargo de la Hacienda Pública o entidades gestoras de la Seguridad Social se devengan desde la sentencia de primera instancia. Invoca la STC 69/1996 que considera que debe regir el principio de igualdad con el ciudadano. Y, aunque la STC 206/1993 justificó la constitucionalidad de los extremos relativos a la cuantía de los intereses y al plazo de gracia de tres meses, rechaza, en atención a la primera de las sentencias citadas, que no se devenguen intereses si la deuda se paga dentro de los primeros tres meses.

—STS 14-10-85 (RJ 4.713), 19-11-86 (RJ 6.478), 22-11-88 (RJ 8.859): Para el abono de intereses de mora al amparo del art. 29 ET es *necesario que la cantidad reclamada sea vencida, líquida, pacífica e incontrovertida.* Aclara la STS de 19-11-86 que la controversia que impide su abono debe asociarse a la razonabilidad de la oposición y no a la negativa sin más. Así, la Sentencia de 15 de junio de 1999 declara que los intereses se excluyen cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, lo cual debe entenderse referido a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos o controvertidos sin base legal suficiente.

En esta línea, la STSJ Madrid 13-3-91 (Rec. 5.340/88 s. 1.ª-2.ª) recuerda la doctrina jurisprudencial según la cual «únicamente puede imponerse el recargo por mora en los supuestos en que la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir conste de un modo específico e incontrovertido, es decir, que se trate de cuantía exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o no de su abono se discuta por los litigantes»; desestimando la petición de intereses al haberse opuesto la representación del Estado a la demanda negando que las actoras realizaran funciones de categoría superior. Así también la STSJ Andalucía 17-6-91 (AS 3.774) exige, para el abono de intereses de los salarios que las cantidades reclamadas sean vencidas, líquidas e incontrovertidas, de suerte que no procede su abono cuando hay que acudir al litigio por discrepancias sobre su exigibilidad y máxime si la demanda es estimada parcialmente por prescripción.

En esta línea, las STCT 26-10-83 (RTCT 8.849), 27-5-85 (RTCT 3.435) y 23-5-87 (RTCT 10.914) y STSJ Madrid 5-5-93 (Rec. 2.722/92 s. 1.ª) confirman que si la demanda es *estimada parcialmente* el retraso en cumplimiento de la obligación no puede ser atribuido a la empresa y queda justificada ante lo desproporcionado de la reclamación, por lo que no hay lugar al abono de intereses de mora (refiriéndose la STSJ Madrid 5-5-93, al igual que la STSJ Andalucía 17-6-91, a supuestos de estimación parcial por prescripción, también parcial).

—STS 26-1-98 estima que los intereses del art. 921 LEC *devengan, a su vez, intereses* desde su liquidación.

—STS 23-4-92 (RJ 2.672): Para causar derecho al abono de intereses de mora del art. 1.100 CC no es suficiente con la existencia de un simple retraso por parte del obligado a hacer o entregar alguna cosa, siendo menester que tal *retraso resulte culpable*, o lo que es lo mismo que ocurra una voluntad de incumplimiento por parte del obligado, lo que es aplicable al Estado, cuyos actos son legítimos de origen y sin presunción de culpabilidad.

—STSJ Madrid 28-3-90 (Rec. 232/88), 21-10-91 (Rec. 3.005/91) y 28-1-93 (Rec. 1.016/92); STSJ Canarias 29-7-92 (AS 3.786) y STSJ Cataluña 17-3-92 (AS 1.723): El *art. 45 LGP* es aplicable a las deudas del Estado y sus organismos autónomos, incluyendo las devengadas en materia laboral.

La STSJ Madrid 28-3-90, en un supuesto de diferencias salariales por trabajos de superior categoría, dice que «el Estatuto (de los Trabajadores) establece una norma de carácter general que cede ante la norma específica constituida por la Ley General Presupuestaria, en cuyos arts. 42 y ss. determina específicamente que si la Administración no pagara al acreedor dentro de los 3 meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación habrá de abonarle el interés señalado en el art. 36, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación».

La STSJ Madrid 28-1-93 niega el abono de intereses en reclamación de salarios contra el Estado puesto que «no se han cumplido los trámites previstos en el art. 45 LGP, por lo que procede revocar ... la sentencia de instancia, dejando sin efecto la imposición del referido recargo».

La STSJ Madrid 21-10-91 estima aplicable el art. 45 LGP por remisión del art. 921 LEC y sostiene que el art. 45 LGP exige para el devengo de los intereses que hayan transcurrido 3 meses desde la firmeza de la sentencia y que se haya reclamado por escrito el abono de tales intereses.

En esta línea, la STSJ Cataluña 17-3-92 expone que «el devengo de dichos intereses (contra la Hacienda Pública) no se retrotrae a la fecha en que fue dictada la sentencia de primera instancia, sino que el nacimiento y obligación de abono de los mismos por la Administración del Estado tendrá lugar, en su caso, en tanto en que se produzcan a partir de la notificación a aquélla de la sentencia firme dictada (sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 24-10-83, RJ 4.823 y 4.949, y 10-3-86, RJ 1.034, por la entonces Sala V del mismo, en interés de ley»- así como la de 22-1-86, RJ 612) y se cumplan, por consiguiente, los dos requisitos conjuntamente exigidos por el art. 45 de la Ley General Presupuestaria citada para constituir en mora a la Administración, es decir, transcurso de tres meses sin hacer pago de la deuda e intimación e interpellatio del acreedor para que la haga efectiva, viniendo obligada la Hacienda estatal desde esta última fecha al pago de intereses, con el tipo o módulo fijado en el art. 36.2 de la referida Ley General Presupuestaria, no debiendo olvidarse que su art. 43 establece el requisito de la firmeza para su exigibilidad». Sin embargo, STS 7-2-90 (RJ 840) entiende que la interpelación o reclamación puede ser anterior al transcurso de los 3 meses y conservar su valor y eficacia después, comenzando el devengo de intereses al transcurrir los 3 meses.

La STSJ Galicia 15-2-91 (AS 1.532) cita las STS 1 y 24-10-83 (RJ 4.823 y 4.949), 10-3-86 (RJ 1.034), ésta dictada por la entonces Sala V en interés de ley, para significar que «cuando la condición de ... obligado al pago la ostenten los entes públicos que integran la Hacienda Pública, es decir el Estado y ... sus organismos autónomos (como el FOGASA), la especialidad aludida ... se traduce en que el devengo de estos intereses no se retrotraiga a la fecha en que fue dictada la sentencia de primera instancia, sino que el nacimiento y obligación de abono de los mismos por la Administración del Estado tendrá lugar a partir de la notificación a aquella de la sentencia firme dictada».

La STSJ Canarias 29-7-92, en un supuesto de reclamación de cantidad en concepto de plus de peligrosidad, señala que la entidad pública demandada queda amparada por el art. 45 LGP «en el sentido que ... sólo le corresponderá abonar intereses a partir de los 3 meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial firme, aplicándose en este caso el interés legal del dinero vigente el día en que venza el plazo señalado».

Las STS 3.ª 23-5-91 (RJ 4.185) y 19-11-91 (RJ 9.459) afirman que el art. 45 LGP exige el transcurso de 3 meses desde la notificación de

la resolución judicial y la ulterior reclamación por escrito del acreedor a la Administración para que la misma cumpla la obligación; siendo aplicable este precepto —según tuvo ocasión de declarar las sentencias de esta Sala de 5 y 12-12-89 (RJ 9.004 y 9.908)— tanto al Estado como a sus organismos autónomos conforme al art. 2 de la propia Ley, entre los que está el INSALUD.

La STSJ Andalucía 15-1-91 (AS 460) desestima el interés de demora a cargo de la Comunidad Autónoma por la remisión del art. 921 LEC a las especialidades de la Hacienda Pública y normas fiscales de la Comunidad.

En contra de la aplicación del art. 45 LGP a deudas salariales y la sujeción plena al art. 29.3 ET se manifiestan la STSJ Madrid 13-12-93 (Rec. 1.157/93 s. 1.ª) y 18-2-94 (Rec. 2.419/93 s. 1.ª) y la STSJ Andalucía 17-6-91 (AS 3.774).

—STC 14-9-92 (RTC 114) contempla la aplicación del *art. 45 LGP* en el orden social a las entidades de la *Seguridad Social* como perfectamente válida y constitucional.

Asimismo, la STS 27-4-93 contempla la validez de la exención del pago de los intereses del art. 921 LEC en favor de la Seguridad Social.

—STC 206/93 de 22-6 (BOE 19-7): El *art. 45 LGP* regula el interés de demora por incumplimiento de las obligaciones pecuniarias a cargo de las Administraciones Públicas, *rebasando el ámbito de la ejecución de las sentencias* y desplegando su eficacia en otros ni siquiera procesales (F.J. 1.º). La especialidad de la Hacienda Pública respecto del art. 921 LEC es consecuencia de la minusvalía derivada de los principios de legalidad y de contabilidad pública a los cuales aparece sometida constitucionalmente la Administración, los cuales condicionan su actuación y obstaculizan la agilidad de movimientos muy por debajo del nivel de los particulares, por lo que *no existe discriminación* respecto de estos (F.J. 4.º).

—STS 9-12-92 (Rec. 982/92): El *art. 921 LEC* no se aplica el proceso laboral de forma supletoria sino de manera directa pues es un precepto que se aplica a cualquier orden jurisdiccional, pero las Mutuas Patronales no gozan de las especialidades de la Hacienda Pública.

—STS 9-7-84 (RJ 4.138), 14-5-85 (RJ 2.709), 2-12-88 (RJ 9.539), 7-2-90 (RJ 840) y 10-4-92 (RJ 2.618) y STSJ Castilla-La Mancha 25-1-91 (AS 1.042): Los intereses del *art. 921 LEC* son independientes de los del art. 29.3 ET, pudiendo decidirse sobre los primeros en *ejecución de sentencia*, en virtud de una obligación legal, sin incidir en exceso alguno.

—STSJ Extremadura 13-2-91 (AS 1.267): Falta acción para reclamar en un *nuevo proceso declarativo los intereses* derivantes de la condena en otro proceso pues es cuestión a decidir en ejecución de sentencia, conforme al art. 921 LEC.

—STSJ Andalucía 6-3-92 (AS 1.376) estima aplicable el art. 45 LGP y no el art. 921 LEC para el abono de intereses de demora en ejecución de sentencia contra un *Ayuntamiento*.

—STS 13-10-89 (RJ 7.530) y 10-4-92 (RJ 2.611): «Cuando en la sentencia se condena al pago de una cantidad líquida, aunque en ella nada se haya dispuesto sobre los intereses a que se refiere el art. 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo éstos fruto de una obligación legal, puede decidirse sobre ellos en ejecución de sentencia, sin incidir en exceso alguno. En esta línea, el ATSJ Madrid 6-7-92 (Rec. 3.968/91 s. 10) indica que la determinación de los intereses en fase de ejecución *no es cuestión que contradiga lo ejecutoriado*.

JORNADA DE TRABAJO

Ver también DESCANSO SEMANAL Y FESTIVO, HORAS EXTRAORDINARIAS y PERMISOS Y LICENCIAS.

—STS 22-11-88 (Rec. 3.036/87): Pretender *minorar la retribución con ocasión de aplicar una inferior jornada* que se ajuste a la máxima establecida por ley que reduzca la antes vigente supone convertir el beneficio social que esta establece en una carga y perjuicio para el trabajador, que debe disfrutar de dicho beneficio, manteniendo indemne su remuneración.

—STS 16-7-93 (La Ley 13.478) admite la *modificación* del horario estableciendo su flexibilidad *por pacto individual* sin necesidad de aprobación de los representantes de los trabajadores pues la libertad sindical no excluye la voluntad de las partes como fuente del contrato de trabajo siempre que se respeten los mínimos.

—STSJ Navarra 27-2-90 (Rec. 23/90): La jornada fijada en Convenio Colectivo es una jornada máxima que no puede sobrepasar la empresa como jornada ordinaria pero de hecho puede hacerse realmente una jornada inferior, pero esto mientras no se especifique como derecho concreto del trabajador en unas determinadas condiciones de trabajo no puede suponer nunca el reconocimiento de *condición más beneficiosa.*

Así la STSJ Madrid 18-5-93 (Rec. 3.022/92 s. 1.ª) declara que no es condición más beneficiosa las situaciones nacidas de mera condescendencia o tolerancia, en especial la tolerancia de la falta de cumplimiento íntegro de la jornada, como la no exigencia de prestación de servicios durante los meses no lectivos al personal docente o el disfrute de vacaciones de semana santa o navidad.

Ahora bien, si existe condición más beneficiosa si la reducción de la jornada o el horario fue convenida entre la empresa y los trabajadores, supuesto resuelto por STSJ Madrid 23-4-91 (AS 2.645). E incluso si no existe dato alguno que pueda justificar o servir de apoyo a la conclusión de que se trate de una situación meramente consentida o tolerada, tratándose de una situación auténtica y pacíficamente disfrutada durante varios años y constitutiva de una condición más beneficiosa según STSJ Navarra 26-4-91 (AS 2.731).

—STCT 9-4-87 (RTCT 9.064): La modificación de la jornada laboral de los trabajadores del *Ministerio de Defensa* está específicamente

sometida a la regulación «ad hoc» contemplada en el Real Decreto 2205/80.

—STCT 11-7-85 (RTCT 4.893): No hay preferencia para *cambiar de horario de trabajo por estudios* en el caso de la educación a distancia pues ésta está destinada, precisamente, a quienes no pueden asistir regularmente a clase, sin obligación de asistencia.

—STSJ Asturias 11-2-91 (AS 1.226): No hay derecho al *cambio de turno por estudios* si no hay varios turnos de trabajo.

—STSJ Madrid 24-1-91 (AS 867): No hay derecho a rotación de turnos, por *adscripción voluntaria al turno de noche*, si en el contrato se especificó que los servicios se prestaría en el turno de noche, pues lo contrario significaría ir contra los propios actos y la empresa quizá no hubiese concertado el contrato en caso contrario.

Ahora bien, la STSJ Madrid 28-4-91 (AS 2.662) entiende que cuando se no pacte expresa y específicamente en el contrato de trabajo, la adscripción voluntaria al turno de noche solamente será tal mientras persista la voluntad o conformidad del trabajador.

—STSJ Valencia 30-1-91 (AS 980): Para que el trabajador pueda pedir la rescisión indemnizada del contrato por modificación del horario o la jornada es necesario que resulte *perjudicado*, que cumplidamente debe ser probado por quien lo alega.

JUBILACIÓN

—STC 2-7-81, 58/85 de 30-4 y varias de 11-10-85: Es inconstitucional la d.a. 5.ª ET interpretada en el sentido de establecer la incapacidad para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad, pero no lo es su párrafo segundo pues ese derecho individual puede ser objeto de ley o de negociación colectiva.

Así, la STS 23-7-93 (La Ley 13.486) admite la validez de la *jubilación forzosa* anticipada establecida en el Convenio Colectivo.

Igualmente, la STS 27-12-93 (Rec. 4.180/92) estima que, de acuerdo con la doctrina del TC, «es constitucional el pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación del sistema de la Seguridad Social», sin ser necesario que la plaza vacante por jubilación haya de ser cubierta por trabajadores de nuevo ingreso.

—STS 1-7-93 (La Ley 15.737): En el caso de *paro involuntario al tiempo de la jubilación*, se considera su duración como un paréntesis que no se tiene en cuenta a efectos de carencia específica para la pensión de jubilación, contándose el período de carencia en tiempo anterior a la situación de desempleo.

—STS 28-10-93 (Rec. 2.366/91): Para la pensión por *jubilación anticipada por reconversión* sólo se computan las cotizaciones efectivas conforme al art. 4.1 c) RD 2.010/81.

JURISDICCIÓN, falto o no de

Ver también *CONTRATO DE TRABAJO, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, DESAHUCIO, FUNCIONARIOS, INDEMNIZACIONES POR RAZÓN DEL SERVICIO, PLUSES* y *SEGURIDAD SOCIAL.*

EN GENERAL

—STS 16-12-86 (RJ 7.491): Para la declaración de competencia o incompetencia jurisdiccional, que puede adoptarse *de oficio* y es de examen preferente, se permite un *examen conjunto de las actuaciones*, sin sujetarse a los hechos probados y su revisión por la vía del error en la apreciación de la prueba (lo que recogen las STSJ Madrid 9-9-91, Rec. 3.440/88 s. 1.ª, 9-4-92, AS 2.123, 10-4-92, Rec. 1.910/91 s. 1.ª, 23-4-92, Rec. 3.784/91 s. 2.ª, y 7-10-93, Rec. 1.195/93, así como la STSJ Andalucía 7-5-92, Rec. 565/91); añadiendo la STS 16-12-86 que, cuando sin ofrecerse las notas de empresa por el partido político ni de trabajador por cuenta ajena del *afiliado al partido* y sí la de afiliado que consagra su actividad a los fines y éxitos del partido del que recibe una compensación económica que neutralice la dificultad de compatibilizar el trabajo político con el laboral o profesional que le reporte los medios económicos de subsistencia vital.

—STS 25-4-97 (Rec. 504/96) estima que aunque «la incompetencia de jurisdicción no se planteó ni en la instancia ni en trámite de suplicación, y sí en el recurso de casación ... Nada obsta a que la Sala, una vez cubierto correctamente el presupuesto procesal de la contradicción, aprecie *de oficio* la incompetencia de jurisdicción, al haber de establecer la correcta doctrina».

—STSJ Madrid 3-12-92 (Rec. 2.873/92 s. 20): La falta de jurisdicción debe alegarse por el *art. 190 c) LPL* y no por la letra a) del mismo precepto pues no hay infracción de procedimiento ni indefensión pero el error en ello no es relevante pues la jurisdicción es apreciable de oficio.

—STSJ País Vasco 9-1-91 (AS 249) declara la nulidad de actuaciones por falta de audiencia del *Ministerio Fiscal* previa a la sentencia que resuelve sobre la competencia objetiva del órgano jurisdiccional,

Pero para la STSJ 8-3-91 (AS 1.926) la audiencia del Ministerio Fiscal sólo es necesaria cuando la falta de jurisdicción se aprecia de oficio.

La STSJ Cantabria 18-3-91 (AS 1.956), con cita de STS 10-7-90 (RJ 6.086) entiende que la audiencia del MF es preceptiva también cuando se aprecia a instancia de parte, pero su omisión puede ser subsanada con el dictamen emitido en el recurso de suplicación. Lo mismo entiende la STSJ Extremadura 5-3-91 (AS 2.202).

—STS 20-7-93 (Rec. 819/92): El criterio de la *Sala de Conflictos del TS* no vincula a ninguno de los órdenes jurisdiccionales en conflicto.

En contra se manifiestan las STSJ Madrid 14-12-92 (Rec. 973/92 s. 1.ª), 22-4-93 (Rec. 4.869/92), 19-5-93 (Rec. 1.247/93 s. 1.ª), 19-5-93 (Rec. 1.297/93 s. 1.ª) y 27-5-93 (Rec. 1.565/92), ya que hay que seguir el criterio de la Sala de Conflictos del TS sobre el orden jurisdiccional competente por aplicación del principio de seguridad jurídica y de los arts. 1.6 CC y 42 LOPJ, siendo su facultad decisoria superior a la del Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

—STC 224/93 de 1-7 (BOE 2-8-93), según la cual la determinación genérica de la competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales es cuestión *reservada a ley orgánica* por el art. 122 CE, de modo que, si bien cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto de conocimiento de tales órdenes, no puede excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica.

—Autos de la sala de conflictos del TS de 16-10-86, 28-3-90 y 8-3-91: Para delimitar la competencia entre los *órdenes social y contencioso-administrativo* no hay que atender al carácter del órgano o al del acto sino al área jurídica en que incide.

Por su parte, las STS 5-7-73 (RJ 3.308) y 7-5-79 (RJ 2.261) estiman que cuando la Administración actúa como *autoridad* es competente el orden contencioso-administrativo y lo es el social cuando actúa como *empresario* o empleador.

Materias contencioso-administrativas

—STS 21-7-92 (RJ 5.641) y 11-3-93 (RJ 1.849), STSJ Castilla-La Mancha 19-12-91 (Rec. 931/91), STSJ Madrid 24-1-94 (Rec. 1.567/93 s. 1.ª) y STSJ Castilla y León (Burgos) 6-2-96 (Rec. 606/95): *El orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo cuando las pretensiones versan sobre la convocatoria de pruebas de ingreso al servicio de la Administración o dichas pruebas*, ya que se trata de actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo, fundamentalmente los arts. 18 y 19 LMRFP y el Reglamento General de Ingreso del Personal de las AAPP.

Así, la STSJ Navarra 26-2-91 (AS 1.141) estima la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la impugnación de la falta de nombramiento de una persona, como personal laboral, en un proceso selectivo. Y la STSJ Navarra 7-5-91 (AS 3.196) declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de las impugnaciones a que diere lugar el procedimiento de selección seguido por la Administración para cubrir determinadas plazas, para lo que «no es decisivo en favor de la competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo la pertenencia del organismo convocante de las pruebas selectivas a la Administración Pública, (como) tampoco puede reputarse definitivo en pro de la competencia de este orden jurisdiccional social el carácter laboral de la plaza que por ellas habría de cubrirse. En tales circunstancias, lo que, a tenor de los arts. 1 y 3 a) LPL, en relación con el art. 9.4 y 5 LOPJ y a la luz de la doctrina de los «actos separables», resulta fundamental y determinante a estos efectos es el carácter con que la Administración actuaba en la controvertida selección y la naturaleza de las normas que disciplinaban su actuación, pues si, no obstante, la preordenación de sus actos a la constitución de una relación laboral sujeta en su desarrollo a la disciplina normativa y al control jurisdiccional del orden social, actúo la Administración revestida de "imperium" y sujeta al procedimiento y garantías requeridas por el ordenamiento administrativo, el conocimiento de las impugnaciones derivadas de la fase selectiva previa a la contratación laboral corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, habiéndolo declarado por lo demás así esta Sala, entre otras, en su reciente sentencia ... de 22-3-91» (AS 2.128).

La STSJ Canarias 23-1-91 (AS 538) estima que las cuestiones litigiosas relativas a la convocatoria y la resolución del concurso corresponden al orden contencioso-administrativo, mientras que la posterior fase que se inicia con la resolución del concurso corresponde al conocimiento del orden social.

La STSJ Aragón 21-12-94 estima también la competencia del orden contencioso-administrativo para la impugnación de la convocatoria de selección de personal de nuevo ingreso en la Administración.

—STSJ Canarias (Las Palmas) 14-3-96 (Recurso 181/96) y 23-2-95 (Rec. 365/93), STSJ Castilla y León (Valladolid) 21-5-96 (Rec. 2.325/95), STSJ Andalucía (Granada) 8-2-95 (Rec. 2.232/92), STSJ Cataluña 1-4-97 (Rec. 8667/96), STSJ Comunidad Valenciana 13-6-96 (Rec. 1.609/96) y STSJ País Vasco 24-6-97 (Rec. 3270/96): Para conocer de la *exclusión de las listas de espera de Correos* es competente el orden contencioso-administrativo pues, aunque la Administración es la que después ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

A este respecto, el ATS 19-12-96 (Rec. 3470/96) inadmite el recurso de casación y declara que la incompetencia del orden social «es aplicable al presente supuesto en que la actora ha sido excluida de las listas de espera confeccionadas por el organismo demandado para la contratación laboral temporal, listas en las que había sido incluida tras superar el correspondiente proceso de selección. La referida doctrina tan sólo incluye en la competencia del orden social los supuestos de convocatoria de promoción interna en los que la Administración actúa como empresario en el marco de una relación contractual previamente establecida y respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, condición que no se adquiere por la inclusión en las listas de espera confeccionadas para proceder a una posterior contratación laboral temporal».

Sin embargo, la STS 23-6-1997 (Rec. 1706/96) estima la competencia del orden social para conocer del conflicto colectivo planteado con motivo de la exclusión de las listas de espera de Correos y Telégrafos, por cuanto «se impugna una práctica empresarial. Una actividad del organismo autónomo actuando como empresario, no como sujeto investido de potestad. Acto en desarrollo de un acuerdo pactado con la representación de los trabajadores. Así pues la pretensión se deduce dentro de la rama social del Derecho. El criterio de dicha sentencia, que contó con voto particular motivado, ha sido luego seguido por diversas sentencias, en relación con demandas individuales, como las de 23-6-1997 (Rec. 2742/96) y 30-9-1997 (Rec. 1478/97).

También es competente el orden social para conocer de la solicitud de reconocimiento de mejor derecho para ser contratado temporalmente según las lista de espera (STS 12-12-97, Rec. 237/97).

—STS 21-7-87 (RJ 5.697): Es competente el orden contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de *concursos de traslados* que afectan tanto a funcionarios como a personal laboral, pero el orden social puede conocer de las incidencias anteriores o posteriores.

La STS 16-3-92 (RJ 1.650) sostiene la competencia del orden social para conocer de concursos de traslados que sólo afectan a personal laboral.

—STS 29-4-96 (RJ 4.137) declara la incompetencia del orden social para conocer de la impugnación de acuerdos propios de la *negociación colectiva en la función pública.*

—STS 3.ª 9-5-96 (RJ 4.101) admite la competencia contencioso-administrativa para conocer de la *impugnación de los convenios colectivos* entre la Administración local y el personal laboral cuando no se fundamenta en normas de la rama social del Derecho sino en la extralimitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

—STS 29-6-96 (RJ 5.404) declara la incompetencia del orden social y consiguiente competencia del contencioso-administrativo para conocer de pretensiones relativas a la *gestión recaudatoria de la Seguridad Social* en todas sus fases.

—STS 6-3-97 declara la incompetencia del orden social para conocer de la fecha de efectos de la *baja en el régimen especial de autónomos.*

—STS 25-5-92 (RJ 3.597), 20-6-92 (Rec. 2.134/91), 3-12-93 (La Ley 15.927-R) y 16-3-95 : El debate sobre la procedencia o no de la práctica de *retención por el IRPF* en el pago de una indemnización así como acerca del importe de la misma viene atribuido en exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En esta línea, la STSJ Madrid 18-1-95 estima competente el orden contencioso-administrativo para determinar si procede retención por salarios de tramitación a efectos del IRPF.

La STS 23-1-96 (RJ 4.129) reitera la incompetencia del orden social tanto para conocer de las cuestiones atinentes a las retenciones por el IRPF como a los descuentos por *cuota obrera de la Seguridad Social.*

—STS 24-1-95 (RJ 1.523): Es competente el orden contencioso-administrativo para la impugnación de acuerdos alcanzados por la Administración y los sindicatos a fin de regular de forma conjunta el *régimen jurídico y retribuciones de todo el personal de la Administración,* tanto funcionario como laboral.

—STCT 26-9-84 (RTCT 7.155) y 5-2-85 (RTCT 763) y STSJ Madrid 28-6-90: La competencia del orden social no se refiere únicamente a las *incidencias* surgidas después de que el trabajador hubiera tomado posesión de su puesto de trabajo sino a cuantas tengan su causa u origen en un vínculo laboral, incluso las *surgidas con anterioridad a la vigencia del contrato de trabajo*, siempre que el origen radique en aquel, de suerte que la controversia emana de una materia laboral.

Para la STSJ Aragón 22-10-91 (Rec. 285/91), las cuestiones que puedan derivarse de la *futura contratación* del personal en la Administración Pública deben ser conocidas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que una vez consumada o perfeccionada la relación laboral se resuelven, generalmente, por el orden social.

—STSJ Aragón 16-12-92 (Rec. 1.009/92): Es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no el social para conocer de la impugnación de actos de la Administración laboral en resolución del expediente de regulación de empleo, con cita de STS 30-12-87 (RJ 9.627), 26-12-88 y 27-9-89.

Al respecto, la S. Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26-12-88 (RJ 10.314) afirma que la inclusión o no de determinados trabajadores en el *expediente de regulación de empleo* corresponde a la autoridad laboral, siendo incompetente el orden social. En igual sentido, STSJ Madrid 3-4-95.

Como supuesto particular, en el Ministerio de Defensa, las STS 14-5-93 (Rec. 3.442/92), 17-5-93 (Rec. 1.086/92, La Ley 13.471) y 5-6-93 (Rec. 3.045/92) y STSJ Madrid 4-2-94 (Rec. 2.810/93 s. 2.ª), STSJ Murcia 18-2-92 (Rec. 838/91, Actualidad Laboral 28-6-92) y Andalucía 6-10-92 (Rec. 1.900/92) afirman que la *supresión o reducción de cuadros numéricos por el Ministerio de Defensa* es un acto de la autoridad laboral, equivalente a la aprobación del expediente de regulación de empleo, por lo que la competencia para su revisión corresponde al orden contencioso-administrativo.

Según el TS la valoración de la concurrencia de causa extintiva y de posibles irregularidades en el procedimiento previo a la reducción del cuadro numérico es de la competencia del orden contencioso-administrativo, y, si bien sostiene que el orden social sería competente para conocer de la pretendida violación de las garantías del Convenio Colectivo, niega la aplicación del Convenio del Ministerio de Defensa al personal laboral local al servicio de las fuerzas armadas norteamericanas.

—STS 30-3-93 (La Ley 13.123): Es competente el orden contencioso-administrativo y no el social para conocer de los conflictos suscitados en torno a la aprobación de las *relaciones de puestos de trabajo*, pues es un instrumento atribuido a la Administración de acuerdo con normas de Derecho administrativo.

—STS 20-7-93 (Rec. 3.049/92) y 27-7-93 (Rec. 2.842/92) declaran la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la reclamación por los salarios dejados de percibir debido a una *jubilación impuesta por la ley*, considerando que «este tipo de pretensión no está regulada específicamente en nuestro Derecho, aunque puede encontrar apoyo en principios generales del Derecho y los arts. 9.3 y 106.2 de la Constitución» y siendo competente el orden contencioso-administrativo.

—STSJ Castilla-La Mancha 19-12-91 (Rec. 931/91): Es competente el orden contencioso-administrativo cuando se impugna un acto de la Administración por razón de la *competencia del órgano o el procedimiento*.

—STSJ Andalucía 20-3-91 (AS 2.291) declara la incompetencia del orden social para conocer de demandas contra el *Instituto Social de las Fuerzas Armadas* (ISFAS), aunque sea una materia de Seguridad Social, por estar atribuida al orden contencioso-administrativo.

—STS 2-11-93 (La Ley 15.867-R): La *asignación de grupo de cotización*, aunque no es un acto recaudatorio, es un acto de la Administración de la Seguridad Social sometido a Derecho administrativo en material laboral, por lo que es competente el orden contencioso-administrativo.

—STS 9-5-96 estima competente el orden contencioso-administrativo y no el social para la impugnación de *acuerdo del Ayuntamiento sobre condiciones de trabajo de su personal laboral*.

—STSJ Madrid 1-3-94 (Rec. 4.381/93 s. 3.ª): La exigencia de *responsabilidad* a la Administración *por el retraso en la adopción de normas* de desarrollo de un Decreto es competencia del orden contencioso-administrativo.

—STSJ Madrid 14-5-96 (Rec. 1.017/95 s. 20) declara la falta de jurisdicción del orden social para conocer de una acción de indemnización de *daños y peRJ uicios contra la Administración del Estado con base a la inexistencia de una norma interna española* que otorgue al personal laboral de alta dirección las garantías salariales previstas en la Directiva 80/1.987 de la Comunidad Europea.

La STS 10-2-97 (Rec. 2200/96) declara que «no ofrece duda alguna que el orden social de la jurisdicción es competente para decidir las

reclamaciones que se dirigen contra el FOGASA exigiéndole el cumplimiento de las responsabilidades que le son propias; pero, en cambio, la cuestión es muy distinta cuando se trata de exigir la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del inadecuado funcionamiento de sus órganos, instituciones o servicios ... y precisamente de lo que se trata en el presente proceso es de la exigencia de esta particular responsabilidad ... pues lo que se pide en tal demanda es "la indemnización por no inclusión de los altos cargos en el ámbito de actuación del F.G.S.", indemnización que podrá recaer sobre el Estado, pero que difícilmente será imputable al Fondo de garantía salarial que carece de potestad para dictar las normas pertinentes ...».

MATERIAS SOCIALES

—STSJ Galicia 7-1-91 (AS 12) y STSJ Cantabria 15-11-91 (Rec. 533/91): El orden social conoce de las cuestiones referentes al *arrendamiento de vivienda* como consecuencia o anejo inseparable del contrato de trabajo.

—STSJ Madrid 7-1-91 (AS 694), con cita de STS 21-6-88 (RJ 4.286) admite el conocimiento por el orden social de la *compensación* de deudas laborales con deudas civiles.

—STS 22-10-93 (La Ley 13.520): El orden social es competente en materia de *libertad sindical o derecho a la huelga* salvo que afecta exclusivamente a funcionarios o personal estatutario que no pertenezca a los cuerpos y escalas sanitarios de la Seguridad Social.

—STS 21-7-98 declara la incompetencia del orden social para conocer de la demanda formulada en reclamación de cantidad contra *administradores de sociedades anónimas*.

En cambio, STS 31-3-99 admite esa competencia cuando se trata de la responsabilidad frente a los trabajadores.

JURISPRUDENCIA

—STS 11-6-90 (RJ 5.058): Las sentencias del *Tribunal Central de Trabajo* no crean jurisprudencia cuya infracción pueda ser alegada en vía de recurso.

—STSJ Extremadura 26-12-91 (Rec. 666/91): No basta alegar, como jurisprudencia infringida, la violación de la doctrina de los *Tribunales Superiores de Justicia*.

—STSJ País Vasco 7-2-91 (AS 1.066): «A la luz del art. 5.1 LOPJ y de su definición de lo que ha de entenderse por *jurisprudencia constitucional*, esta -constante en cualesquiera resoluciones (interlocutorias o definitivas) que se dicten en todo tipo de procesos ... se impone a la producción de criterios cuya *reiteración no es necesaria*, pues bastan, en cada particular ocasión, la claridad de sus formulaciones y el evidente propósito de que se apliquen y secunden». En cambio «la *jurisprudencia social* de casación requiere las condiciones mínimas que ... fija el art. 1.6 CC. Hace, pues, falta ... *más de una sentencia* que, participando del mismo cuerpo de doctrina, reproduzca la que se ha proferido por medio de una razonamiento central o medular que debe ser común a las resoluciones sucesivas del órgano que juzga en casación, sin que baste la coincidencia extraída de consideraciones marginales o afirmaciones de pasada».

Como indica la STSJ Madrid 22-9-93 (Rec. 4.258/92 s. 1.ª), no basta una sola sentencia del Tribunal Supremo cuando, a efectos de recurso, son necesarias, al menos, dos concordes y por imperio del art. 1.4 CC.

—STSJ Baleares 22-2-91 (AS 1.626): «No cabe reconocer fuerza de doctrina legal a meras afirmaciones "*obiter dicta*" que no constituyen ni de lejos la "ratio" fundante del concreto pronunciamiento adoptado en el litigio.

JUZGADO DE GUARDIA

—STC15-7-1999 considera que la presentación de un escrito en el *buzón* del Juzgado decano no vale a efectos de plazos.

—STC 121/93 de 19-4 (La Ley 2.199): El art. 22 LPL[1] lo que pretende es asegurar la celeridad del procedimiento y por ello debe admitirse la subsanación del defecto de *presentación prematura*, procediendo que en el momento de la comparecencia para ratificar el escrito, el órgano judicial advierta a la parte que subsane el error, presentando el escrito de nuevo en el juzgado de guardia o el juzgado de lo Social.

En otro supuesto de presentación prematura, el ATS 5-11-93 (La Ley 15.808-R) entiende que, al haberse trasladado el escrito al juzgado de lo Social antes de la expiración del plazo, llegando tempestivamente, sin importar la forma indirecta en el que llegó, no se puede privar de eficacia a dicha presentación.

—STC 3/86 de 14-1: No cabe tener por desistido de un recurso de suplicación presentado en el juzgado de guardia a pesar de la *falta de comparecencia al día siguiente* en la magistratura del trabajo si ésta consideró cumplido el requisito.

Según la STC 175/88 de 3-10 ha de darse la posibilidad de subsanar la falta de comparecencia al día siguiente, pues el art. 22 LPL lo que pretende es asegurar la celeridad del procedimiento, debiendo rechazarse una interpretación en exceso rigorista.

En esta línea, la STC 115/93 de 29-3 (La Ley 2.195) declara que, a pesar de la falta de comparecencia ante el juzgado el día siguiente al presentar un escrito en el juzgado de guardia al amparo del art. 22 LPL no cabe apreciar caducidad al haber llegado el escrito al día siguiente al juzgado y no ser la carga de dicha comparecencia un obstáculo insalvable.

La STC 25-4-94 estima el recurso de amparo frente a la estimación de la *caducidad de la acción* por no haber hecho constar ante el Juzgado de lo Social la presentación del escrito el último día del plazo en el juzgado de guardia en las condiciones previstas por el art. 45 LPL, planteando cuestión de constitucionalidad sobre este precepto.

[1] Actual art. 45 de la LPL de 1995.

Sin embargo, resolviendo dicha cuestión, la STC 14-2-95 declara la constitucionalidad del art. 45 LPL.

En cambio, la STS 28-9-92 (RJ 4.490) sostuvo que al no ratificar la demanda presentada el último día de plazo ante el juzgador de guardia, caduca la acción pues la presentación es ineficaz a todos los efectos.

La STSJ Madrid 25-1-93 (AS 328) estima que el incumplimiento del deber de dejar constancia en el Juzgado de lo Social de haberse presentado la demanda ante el juzgado de guardia el último día del plazo es un incumplimiento no subsanable ni convalidable por el hecho de la admisión de la demanda, puesto que las excepciones que pudieran afectarle, incluida la de caducidad susceptible de ser apreciada de oficio por el juzgador, deben discutirse y resolverse en el procedimiento laboral, no suponiendo por tanto que con la admisión de la demanda a trámite se imposibilita la apreciación de caducidad si se comprueba la superación del plazo legalmente previsto para el ejercicio de la acción, al no haberse hecho la comunicación al órgano competente dentro del plazo establecido.

La STC 19-5-95 recuerda que la STC 48/95 ha declarado la constitucionalidad del art. 45 LPL y estima que éste exige dejar constancia del hecho de la comunicación al órgano jurisdiccional de lo Social al día siguiente de la presentación del escrito ante el juzgado de guardia, no bastando la comunicación telefónica.

LIBERTAD SINDICAL

—STC 29-9-1998 (La Ley 9722) estima vulnerado el derecho a la libertad sindical por la denegación del *complemento salarial* de peligrosidad.

—STS 25-3-1998 (La Ley 6665) trata de la *carga de la prueba* en la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical.

—STC 17-2-1998 estima que la toma de *fotografías y vídeo* de un piquete de huelga por la policía vulnera los derechos de huelga y libertad sindical.

—STC 28-5-92 (RTC 81): *No es necesaria la conciliación previa* en las demandas que tengan por objeto un derecho fundamental, como la libertad sindical.

—STC 29-7-85 (RTC 98), 21-11-88 (RTC 217) y 16-11-92: Más allá del contenido esencial de la libertad sindical, el Estado puede conceder *privilegios a un sindicato por ser más representativo* siempre que se siga un criterio objetivo de distinción y éste sea razonable y proporcionado a la finalidad perseguida y constitucionalmente legítima de que algunos sindicatos asuman la representación de los trabajadores ante las instituciones públicas a ciertos efectos. En caso contrario tales medidas pueden llegar a atentar contra la igualdad entre los sindicatos y la libertad sindical, por lo que deben adoptarse con cautela.

La STS 23-11-93 (La Ley 15.897-R) recoge la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad entre los sindicatos y el carácter restrictivo con que el criterio de mayor representatividad puede ser utilizado, para rechazar que se pueda negar mediante una previsión de un Convenio Colectivo la participación en la negociación a quien está facultado para ello, por constituir una vulneración del derecho a la libertad sindical.

—STC 29-10-92: No es inconstitucional que sólo deba haber delegados sindicales en empresas o centros de más de 250 trabajadores, pues, siempre que respete *el contenido esencial de la libertad sindical* (que no sólo comprende los aspectos organizativos de los sindicatos sino también los medios de su actividad, que son la huelga, la negociación colectiva y la promoción de conflictos colectivos), el legislador puede desarrollar la libertad sindical de un modo u otro.

—STC 8-4-92 (RTC 52): La *«sindicación» de empresarios* se sitúa extramuros del art. 28 CE y encuentra su acomodo en la libertad de asociación del art. 22 CE.

—STC 142/93 de 22-4 (La Ley 2.207): La *entrega de la copia de los contratos de trabajo a la representación sindical*, de acuerdo con la Ley de derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y es adecuada a la libertad sindical.

—STC 18-10-93: La libertad ideológica y conciencia ampara la *negativa a comunicar al empresario los nombres* de los afiliados al sindicato que integran la sección sindical.

—S. Sala de Conflictos del TS 28-3-90 (RJ 398/93) y STS 26-10-91 (RJ 7.674 y 7.675), 14-12-92 (Rec. 2.475/92) y 8-6-93: La impugnación de las decisiones de las Comisiones de *Elecciones Sindicales* cabe ante el orden jurisdiccional social por proceso ordinario.

Confirmando este criterio, la STS 30 8-11-93 (La Ley 12.616) declara la falta de jurisdicción al respecto del orden contencioso-administrativo.

—STS 10-12-1987 (RJ 8879) y 15-12-1997 estiman competente el orden social para la *tutela de la libertad sindical del personal estatutario sanitario*.

—STS 11-6-97 (Rec. 3863/96) sostiene que las limitaciones a la libertad sindical en *establecimientos militares* han de ser objeto de interpretación restrictiva.

—STS 2-11-89 (RJ 7.987): Esta Sala ha venido declarando como conducta contraria a la buena fe contractual el empleo en provecho propio del crédito de horas retribuidas del art. 68 e) ET pero también ha declarado que la actividad a la que puedan destinarse es multiforme, y a veces tiene un carácter informal; debiendo ser flexible en su cómputo. Además, los representantes de los trabajadores ejercen su función en beneficio de los trabajadores y tienen derecho a no ser sometidos a una vigilancia singular, teniéndose por no aportadas las pruebas de tal vigilancia singular. En conclusión, las razones expuestas y la presunción de que las horas retribuidas se utilizan correctamente determina que hay que interpretar de modo muy estricto la facultad disciplinaria del empresario, que sólo puede alcanzar supuestos excepcionales, manifiestos y habituales.

Posteriormente, la STS 20-5-92 (La Ley 13.462) señala que el derecho a disponer de las *horas retribuidas* no debe entenderse de modo

que haya de coincidir, para su devengo, el tiempo que se invierta para actividades sindicales con el tiempo de trabajo.

—STS 9-6-93 (La Ley 13.355): En caso de lesión de la *libertad sindical*, se debe condenar al abono de una *indemnización* sin necesidad de probar que se ha producido un perjuicio, pues una vez acreditada la lesión a dicho derecho fundamental se presume la existencia del daño.

Por su parte, la STS 14-7-93 (La Ley 13.358) afirma que la sentencia que ponga fin al proceso especial de tutela de la libertad sindical serán normalmente, de ser estimatoria, una sentencia declarativa y de condena en la que, como ha dicho la doctrina, se llevará a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo, una tutela de reposición del derecho y, en su caso, una tutela resarcitoria de los daños producidos.

—STS 18-6-93: Para la elección de los *representantes de los trabajadores en las Administraciones Públicas* hay que estar, ante todo, a la Ley de 12-6-87, por encima de normas anteriores y de inferior rango y de lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

—STS 13-11-97 (Rec. 3308/96) estima que el número de representantes de las *comisiones negociadoras de los convenios* es libremente fijado por las partes, y salvo casos excepcionales de ejercicio abusivo de este derecho, no corresponde a los tribunales corregir o valorar la oportunidad de esos acuerdos.

—STSJ Madrid 29-5-91 (Rec. 30/91): Dada su composición colegiada, las *decisiones del comité de empresa* deben adoptarse mayoritariamente entre sus miembros, así como la representación otorgada a determinadas personas para que actúen en su nombre y derecho, lo que debe acreditarse son pena de apreciar la falta de legitimación pasiva.

—STSJ Valencia 5-2-92 (Rec. 2.322/91): No tiene *legitimación activa para incoar un proceso de tutela* de la libertad sindical el comité de empresa sino los trabajadores y los sindicatos.

—STC 18-2-94 reconoce *legitimación del sindicato* para accionar contra la actuación discriminatoria de la empresa en la contratación de mujeres.

—STS 26-7-95 estima inadecuado el procedimiento de tutela de libertad sindical en la impugnación de la actuación de la empresa que establece unilateralmente el *calendario laboral*.

—STSJ País Vasco 18-2-97 (Rec. 3.053/96) deniega la existencia de vulneración de la libertad sindical por la exclusión de las *listas de espera de Correos* para la contratación laboral.

—STS 2-6-97 (Rec. 4016/96): La *modalidad procesal de tutela de la libertad sindical* no es de utilización preceptiva, de modo que la posible utilización de otro cauce procesal, como el de conflicto colectivo, no es motivo de inadecuación del procedimiento del de tutela de la libertad sindical.

En este sentido, la STS 6-10-97 (Rec. 660/97) recuerda que la Sala ha declarado la inadecuación de procedimiento cuando la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesal o cuando se plantea un problema de legalidad ordinaria (sentencias de 26 de julio de 1995 y 24 de septiembre de 1996) y que también ha establecido que cuando, junto a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental, se introduce ... la denuncia de una infracción de al legalidad ordinaria, el principio de cognición limitada ... determina que la sentencia tenga que limitarse al examen de si ha existido o no violación de un derecho fundamental», pero cuando se estima que no existe vulneración de un derecho fundamental (fuera de la inadecuación manifiesta) la sentencia debe ser desestimatoria de la demanda, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer la acción en el proceso ordinario.

LITISCONSORCIO

Ver también *CONCURSOS*.

—STSJ Madrid 13-3-90 (AS 1.166) concluye que, si bien es cierto que el litisconsorcio pasivo necesario es de obligada observancia cuando, por razón de la relación jurídica sustantiva que en el proceso se actúa, las partes estuvieran unidas de un modo tal que todas resulten afectadas por la sentencia, en evitación de conculcar el principio de Derecho proclamado de que nadie puede ser condenado sin ser oído; mas esta doctrina no es de aplicación a los problemas planteados por el *art. 44 ET*, al que es aplicable el art. 1.144 CC, de modo que el trabajador puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios, cedente o cesionario.

—STSJ Andalucía 12-2-91 (AS 1.110): Ha de apreciarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando de la irregular constitución de la litis se pueda seguir *indefensión* para la parte afectada por la sentencia y que no se integró en la relación procesal, con infracción del principio de audiencia, en aquellos supuestos en que la cosa juzgada puede afectar a sujetos que no fueron demandados en el proceso, y debieran serlo, principios que hoy se recogen, además, en el art. 24 CE.

—STS 24-11-86 (RJ 6.707), 14-3-88 (RJ 1.917), 12-12-89 (RJ 8.917) y 23-11-90 (RJ 8.990), STSJ La Rioja 31-1-91 (AS 8), STSJ Cataluña 4-6-92 (AS 3.332), STSJ Castilla y León 10-7-92 (AS 3.835), STSJ Galicia 25-5-92 (AS 2.773) y 18-9-92 (AS 4.181) y STSJ Asturias 28-9-92 (AS 4.165): El *litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio.*

En este sentido, la STSJ Galicia 25-5-92 significa que «no es exacto que la determinación del litis consorcio quede al arbitrio de la demandante, pues la constitución de la relación jurídico-procesal en forma adecuada es cuestión que afecta al orden público apreciable de oficio como inexcusable consecuencia de la obligación de los tribunales de velar por el cumplimiento de los presupuestos materiales de las acciones que se ejerciten ante ellos, como así afirma el Tribunal Supremo, de tal modo que su constitución exige que concurran al proceso todas las personas a quienes la cuestión en él discutida pueda afectar, en razón a que la declaración que se pretenda obtener decida sobre posibles derechos o situaciones jurídicas de tales personas»,

con cita de las STSJ Madrid 5-10-89 (AS 1.648) y 5-1-0-91 (AS 5.925), y la STSJ Galicia 18-9-92 expone que «el litisconsorcio pasivo necesario es un defecto cuya apreciación corresponde incluso hacer de oficio al juez o tribunal, en razón al carácter público que el proceso ostenta y a que el mismo no se halla sujeto al principio dispositivo, de manera que resulta elemental obligación del órgano jurisdiccional evitar la indefensión por falta de audiencia, cumplir la máxima de que nadie debe ser condenado sin ser oído y prevenir posibles fallos contradictorios».

—STSJ Cantabria 5-4-91 (AS 2.538): «El *tratamiento* del litisconsorcio pasivo necesario incumplido por el actor es diversos *según que el defecto sea detectable en* virtud de *la propia demanda* o resulte de las alegaciones y pruebas ofrecidas en el juicio; en el primer supuesto es operante la oportunidad de subsanación a que obliga el art. 81.1 LPL ...; pero no ocurre lo mismo en el segundo supuesto, por lo que ha lugar entonces, en rigor técnico, a una sentencia conclusiva del proceso en sentido procesal con reserva de la acción correctamente ejercitable en otro nuevo, según resuelven las STS 21-11-88 (RJ 8.828) y del TCT de 28-11-88 (RTCT 7.970) y 15-3-89 (RTCT 2.077). Pero este último criterio es el general y predominante pero no el único, ya que la posibilidad subsanatoria del trámite en el mismo pleito, previa nulidad de actuaciones, ... solución cuya inferior ortodoxia puede encontrar eventual compensación en ciertos casos en el principio de economía procesal, como así lo muestran las STS 14-10-88 (RJ 7.812) y 22-12-88 (RJ 9.892) y del TCT de 1-2-89 (RTCT 1.775)».

La STSJ Madrid 10-2-94 (Rec. 2.080/93 s. 1.ª), citada al tratar de los *CONCURSOS*, estima que la apreciación de esta excepción, de litisconsorcio pasivo necesario, no conlleva la absolución en la instancia sino la nulidad a partir de la admisión de la demanda.

—STSJ Cantabria 22-2-91 (AS 1.201) estima que, para que sea oponible el litisconsorcio pasivo necesario (entre la empresa y los compañeros de trabajo del actor) en una solicitud de *cambio de turno* es necesario acreditar las solicitudes o voluntades de otros trabajadores de escoger ese turno u otros.

LITISPENDENCIA

—STS 24-9-87 (RJ 6.387), 25-4-88 (RJ 3.013), 16-6-88 (RJ 5.398), 18-7-88 (RJ 6.154), 20-12-88 (RJ 9.876), 30-9-89 (RJ 6.558), 3-5-90 (RJ 3.942), 11-6-90 (RJ 5.056) 11-4-91 (RJ 3.261) y 29-10-91 (RJ 7.225), STSJ Madrid 18-1-93 (Rec. 4.596/91 s. 5.ª) y STSJ Andalucía 15-4-91 (AS 2.767): La excepción de litispendencia se puede apreciar sólo cuando concurren los *requisitos* del art. 1.252 CC para la cosa juzgada.

Ahora bien, como apunta la STSJ Extremadura 27-8-93 (La Ley 13.465), es cierto que una concepción progresista de la institución de la litispendencia, entendida con la finalidad de evitar sentencias contradictorias, lleva a considerar que para apreciar la referida excepción no es preciso que concurran todas las identidades del art. 1.252 CC, bastando que una sentencia previa pueda condicionar o afectar a la que pueda dictarse en un ulterior proceso, aunque formalmente se ejerciten acciones diferentes, si bien dicha flexibilidad debe tener un carácter restrictivo y extenderse sólo a acciones sustancialmente idénticas pero que se presenten como nominativamente diferentes y en las que exista identidad de partes, de la que no puede prescindirse, aunque se admite que cambie su posición procesal.

—STS 4-3 y 30-9-70, 17-12-82 y 7-3-90 (RJ 1.771) y STSJ Madrid 28-1-91 (AS 902): La litispendencia debe apreciarse *de oficio*.

—STS 10-6-92 (RJ 4.557), 18-7-92 (RJ 5.631) y 3-3-95: *No* es posible apreciar la litispendencia en cuestiones pendientes *ante distintos órdenes jurisdiccionales*.

Tampoco entre el proceso laboral y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional según la STS 2-10-92 (RJ 7.597).

—STCT 27-6-80 (RTCT 3.855) y 26-5-83 (RTCT 4.781) declaran que existe litispendencia entre el proceso pendiente sobre derecho a *pensión de jubilación* y el siguiente pidiendo las prestaciones correspondientes.

—STS 23-1-80, 12-11-83, 20-3-84 (RJ 1.585), 29-3-84 (RJ 1.627), 24-9-87 (RJ 6.387) y 16-4-90 (RJ 3.471): No obsta a la apreciación de la litispendencia que las partes tengan distinta *posición procesal* o que cambie la *denominación de la acción* ejercitada, permaneciendo su sustancia.

—STS 11-10-88 (RJ 7.793) estima la excepción de litispendencia en *proceso por despido* habiendo sentencia anterior, no firme, sobre

el derecho de los trabajadores a devenir fijos, siendo evidente que la pretensión, pendiente de resolución definitiva, de fijeza constituye un presupuesto esencial para la adecuada resolución de la demanda por despido, situación de prejudicialidad que, como dice la STS 17-12-82 (RJ 7.836) debe ser resuelta de forma análoga a la establecida para la institución de litispendencia, porque de no hacerse así podrían existir sentencias contradictorias dado que en los dos procesos son iguales las partes y la causa de pedir.

En contra, las STS 28-12-94, 24-3-95 y 9-2-96 (Rec. 1796/94) niegan la existencia de litispendencia en proceso por despido por la preexistencia de un proceso para la declaración de fijeza.

La STSJ Madrid 27-2-91 (AS 1.413) desestima la excepción de litispendencia puesto que la acción de despido se funda en la falta de comunicación escrita y no en el carácter fijo de la relación laboral que se había reclamado en proceso anterior, todavía pendiente de resolución firme.

—STSJ Cantabria 22-2-91 (AS 1.202), STSJ Castilla y León 26-2-91 (AS 1.174), STSJ Madrid 20-9-91 (AS 5.312) y STSJ País Vasco 5-12-90 (Actualidad Laboral 1-4-91): Existe *litispendencia entre el proceso de conflicto colectivo y el individual* en el que la sentencia del primero servirá como premisa para su resolución[1].

Ahora bien, las STSJ Navarra 26-2-91 (AS 1.142) y 12-4-91 (AS 2.720) niegan la existencia de litispendencia con un proceso de conflicto colectivo por ser este posterior y por no poder perjudicar a las actoras el que, luego de ejercitar sus acciones individuales, el sindicato presente una demanda global.

La STS 5-12-94 niega que pueda apreciarse litispendencia, procediendo la suspensión de los procesos individuales mientras se sustancia el colectivo.

Ver también *PRESCRIPCIÓN*.

—STSJ Cataluña 28-2-92 (S. 1.160/92) aprecia litispendencia entre la reclamación por *despido y el desahucio* por la extinción del contrato.

—STS 14-2-95 declara la *prevalencia de la sentencia de conflicto colectivo* cuando concurre con otra de conflicto individual de distinto signo.

[1] Para el caso particular de concurrencia entre la impugnación por vía de conflicto colectivo y las acciones individuales de impugnación de la movilidad geográfica o modificación de las condiciones de trabajo que tenga carácter colectivo, el art. 138 LPL de 1995 determina la suspensión de las segundas en tanto no se decida la colectiva.

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Ver también *EXTINCIÓN DEL CONTRATO* y *JORNADA DE TRABAJO*.

—STC 11-6-92 (RTC 92): *La autorización administrativa* para la modificación de las condiciones de trabajo *no puede afectar a las condiciones establecidas legal o convencionalmente*, sólo puede afectar a las fijadas contractualmente.

—STS 9-9-90 (RJ 3.433): Es doctrina de esta Sala, Ss. 18-9-81 (RJ 3.428) y 30-9-87 (RJ 6.438), entre otras, que la revocación de los *cargos de confianza* es facultad de la empresa y pertenece a su ámbito de organización y dirección.

—STS 27-7-93 (La Ley 13.384): En virtud del art. 39 ET, cuando un trabajador que asume un puesto de trabajo con dedicación exclusiva es destinado a otro que no tiene dicha dedicación, la empresa no está obligada a continuar abonándole el plus de dedicación exclusiva, lo cual no infringe la *garantía de los derechos económicos del trabajador en caso de movilidad funcional*, toda vez que ello se limita a los derechos que de manera estable delimitan el status profesional del trabajador, de acuerdo con su categoría y condiciones personales, excluyéndose las percepciones económicas que se abonen en función de un determinado puesto de trabajo, las cuales no son consolidables sin se integran en el referido status profesional.

—STSJ País Vasco 3-12-91 (AS 6.864): «La doctrina reiterada del Tribunal Supremo (S. 5-6-88, RJ 3.477; 17-3-88, RJ 2.311; 21-3 y 31-10-89, RJ 1.905 y 7.104; 21-1, 25-7 y 3-12-90, RJ 800, 6.479 y 9.748; y 16-1-91, RJ 52) expone que los límites de la facultad empresarial ordinaria de *cambiar de puesto de trabajo* a un trabajador a su servicio, con fundamento en el art. 39 ET, son el respeto a sus derechos económicos, el no desbordamiento del ámbito del grupo profesional, y la equivalencia de funciones o categoría entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo».

Por ello, la STS 6-2-95 sostiene que el cambio de puesto de trabajo con asignación de funciones propias de la categoría ostentada no supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

—STSJ Aragón 30-10-91 (Rec. 748/91): La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que sólo afecta a *trabajador individual*

no exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores, que sólo representan intereses colectivos y no individuales, ni autorización administrativa en su defecto [1].

—STSJ La Rioja 7-12-91 (Rec. 165/91): En caso de movilidad funcional, el respeto de los *derechos económicos* del trabajador no incluye los complementos de puesto de trabajo.

—STSJ Andalucía 8-2-91 (RJ 1.433) admite la validez del pacto por el cual el *trabajador pasa a ser funcionario interino* pues no es renuncia a derechos indisponibles sino permuta de situaciones.

—STSJ Madrid 27-6-90 (Rec. 1.646/90 s. 1.ª): *No cabe evitar el obstáculo convencional a la clasificación profesional* cuando las funciones superiores se desempeñan desde un momento posterior al inicio de la relación laboral motivado *por supuestas modificaciones novatorias* dado el criterio restrictivo conforme al cual tiene que interpretarse el principio de adecuación función-categoría.

[1] Siguiendo este mismo criterio, tras la reforma laboral de 1.994 y tanto en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como en el traslado (arts. 41 y 40 ET), se distingue entre las decisiones que tienen carácter colectivo, en que intervienen los representantes de los trabajadores, y las que no tienen ese carácter.

MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Ver también *CONGRUENCIA.*

—STC 11-12-97 admite una *motivación por reenvío o remisión* al contenido de la sentencia recurrida en suplicación o a las alegaciones de las partes en el recurso.

—STS 5-4-89 (RJ 2.938): El justiciable tiene derecho a *conocer las razones* por las que se deniega su pretensión, vulnerándose, si se ocultan, el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva que exige la necesaria motivación de las sentencias, dando explicación suficiente del fallo.

—STSJ Galicia 31-1-91 (AS 110): «Constituye una técnica judicial absolutamente rechazable la que utiliza el juzgador con esa especie de reenvío a la doctrina sentada en la sentencia recaída en otro procedimiento y que se aportó a los autos, ya que, prescindiendo del valor que libremente puede otorgarle como precedente, lo que resulta evidente es que su análisis en la propia resolución de autos, lejos de ser superfluo, es obligado, ya que en el recurso la Sala ha de analizar exclusivamente la tesis que el juzgador mantenga y en los términos en que la expresa y *nunca por referencia a otra sentencia aportada*».

NORMAS SUSTANTIVAS

—STCT 23-4-87 (RTCT 8.378), 22-5-87 (RTCT 10.864) y 6-7-87 (RTCT 15.187), STSJ Andalucía 18-1-91 (AS 581) y STSJ Madrid 14-7-92 (AS 3.701): *En el recurso de suplicación por infracción de normas no cabe alegar una infracción genérica, sin especificación alguna del artículo concreto*, debiendo indicarse la forma en que se ha infringido la norma y, aunque se han tolerado deficiencias procesales en los escritos de formalización, resulta causa de desestimación la omisión del precepto infringido, infracción cometida, párrafo concreto del precepto contrariado, etc.

Así, dos STSJ Aragón 30-1-91 (AS 212 y 215) exigen que se cite el párrafo concreto, al tener más de uno los artículos invocados (arts. 49 y 59 ET y 1.252 CC).

Esta omisión impide entrar en el análisis del fondo, pues ello equivaldría a una impugnación de oficio, como indican las STCT 8-6-82 (RTCT 3.474) y 25-6-86 (RTCT 5.008), procediendo la desestimación del recurso, como afirma la STCT 26-2-81 (RTCT 1339).

Sin embargo, la STSJ Valencia 28-1-91 (AS 976) recuerda que la doctrina más reciente, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y Tribunal Central de Trabajo, viene sosteniendo que, a pesar del carácter extraordinario del recurso de suplicación, los tribunales no deben exigir un cumplimiento excesivamente rigorista que haga prevalecer en todo caso cuestiones meramente formales sobre la justicia de fondo de las decisiones que puedan adoptarse, con objeto de mantener la tutela efectiva que proclama el art. 24 CE. La STSJ Castilla y León 18-11-92 (AS 5.358) entra a conocer del recurso, a pesar de no citarse la norma infringida, porque ésta se deduce del recurso y no hay vulneración del derecho de defensa pues la parte recurrida podía saber qué norma era la supuestamente infringida. La STSJ La Rioja 23-1-91 (AS 3) entiende que, a pesar de que la parte recurrente se limita a una crítica adversa de la sentencia de instancia, sin concretar con precisión en qué consisten las infracciones de las normas sustantivas que menciona, nada impide el estudio del motivo. Y la STSJ Valencia 18-12-92 (AS 6.450) decide estudiar el recurso, en aras a la tutela judicial efectiva, a pesar de que se proponía como revisión fáctica, sin sus requisitos, por entender que, en realidad, lo

que se propone es un examen del Derecho aplicado, al citarse algunas normas en el recurso.

—STCT 6-5-86 (RTCT 3.078), 23-9-86 (RTCT 8.312) y 4-5-87 (RTCT 9.142): El recurso de suplicación por infracción de normas se debe señalar si el precepto ha sido objeto de *interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación.* Ahora bien, según STCT 23-1-75 (RTCT 342), 10-5-76 (RTCT 2.433) y 3-12-80 (RTCT 6.367), no basta con concretar terminológicamente la clase de vulneración que se atribuye al precepto o jurisprudencia que se reputa lesionada sino que es preciso explicar en qué ha consistido la infracción que se acusa, explicándolo con claridad.

Para la STCT 29-4-75 (RTCT 2.113), la *violación de una norma* supone la no aplicación de preceptos legales invocados como infringidos e *interpretación errónea* supone la aplicación de tales preceptos, pero dándoles un sentido distinto del que verdaderamente tienen. A juicio de la STCT 18-1-77 (RTCT 137), la interpretación errónea se produce cuando la norma legal es aplicada con desconocimiento o con conocimiento equivocado de su verdadero alcance y sentido, debiéndose especificar cual sería la norma aplicable según la STCT 21-1-82 (RTCT 267).

Según la STCT 30-9-81 (RTCT 5.548) y la STSJ Asturias 16-1-91 (AS 550), no cabe el recurso de suplicación para la revisión del Derecho aplicado por inaplicación del precepto sino sólo por infracción legal o por aplicación indebida de los que la sentencia impugnada menciona, sin que pueda ampliarse a los *preceptos no recogidos* en aquella.

La STSJ Madrid 14-1-91 (AS 767) entiende que violación y aplicación indebida de una norma son conceptos incompatibles, pero entra a conocer del motivo de suplicación a pesar de la falta de rigor terminológico, al invocar la violación de la norma por aplicación indebida.

—STS 4-10-66 (RJ 4.720), STCT 26-5-75 (RTCT 2.661) y 10-2-76 (RTCT 695), STSJ Madrid 14-1-91 (AS 766) y STSJ Aragón 23-1-91 (AS 200): El recurso de suplicación para la revisión del Derecho aplicado sólo puede fundarse en *preceptos sustantivos* y no de índole procesal o adjetivo.

—STCT 19-7-86 (RTCT 6.548) y 27-9-80 (RTCT 4.616): Los *principios constitucionales* que deben ser desarrollados por ley no sirven para fundar un recurso de suplicación por infracción de normas sustantivas sino que hay que estar a la ley de desarrollo, en tanto no sea inconstitucional.

—STS 5-7-93 (La Ley 15.671-R): Una *resolución* que se dicta por un órgano administrativo que carece de potestad directa para aprobar reglamentos, sin que conste la existencia de habilitaciones específicas en los términos legalmente procedentes ni su publicación oficial, no es una norma jurídica invocable como norma sustantiva infringida en recurso de suplicación.

Para la STSJ Andalucía 10-7-89 (AS 263) es claro que procede el rechazo del motivo de suplicación en que sólo se alega violación de instrucciones contenidas en una *circular* del servicio recurrido, puesto que no cabe basar el recurso en normas no publicadas en el B.O.E., ni en precepto que, como la aludida circular, no constituye norma jurídica.

—STS 17-6-93 (La Ley 15.711-R): La *normativa aprobada por un órgano que limita sus atribuciones a la administración del convenio* e integrada en un texto no acordado por el procedimiento previsto en el ET y que no ha sido objeto de publicación oficial carece de valor normativo para fundar el recurso de casación por infracción del ordenamiento jurídico.

—STS 26-2-82, 31-10-83, 28-12-84, 24-5-86, 5-4-88 y 13-1-92, STSJ Madrid 29-6-90 (Rec. 1.816/90-1.ª), 3-12-92 (Rec. 1.035/92 s. 1.ª) y 24-1-95 (Rec. 1.519/94 s. 1.ª), y STSJ Extremadura 2-1-92 (AS 334): Los conflictos normativos deben resolverse aplicando la *norma más favorable* cuantitativamente en cómputo anual, de acuerdo con la teoría de la comparación global o conglobamento, sin que quepa la comparación aislada de los preceptos de una y otra norma.

—STS 28-3-55 (RJ 1.338) y 1-2-56 (RJ 470) y STSJ Castilla y León 23-1-91 (AS 307): La *norma específica* debe prevalecer sobre la general.

—STSJ Murcia 15-1-91 (AS 637) y STSJ Asturias 18-3-91 (AS 2.182): Es indudable que el art. 4.1 CC permite la *aplicación analógica* de las normas pero sólo en los casos de auténtica laguna legal.

—STSJ Extremadura 27-8-93 (La Ley 13.465): En el ordenamiento jurídico constituyen principios jurídicos aplicables los axiomas de «*iura novit curia*» y el de «da mihi factum, ego dabo tibi ius», que impiden considerar al juez prisionero de las normas jurídicas aducidas por una u otra parte.

Sobre ello ver también *CONGRUENCIA.*

NOTIFICACIONES

Ver también *ADMINISTRACIÓN.*

—STC 16-4-96: Es insuficiente la *notificación por correo certificado* y posteriormente por telegrama del acto de conciliación en proceso por despido, retrotrayendo las actuaciones al momento del señalamiento de los actos de conciliación y juicio, en su caso, para que se cite en forma legal a la demandante, que a juicio del tribunal será necesario que el secretario o funcionario en quien éste delegue extienda la correspondiente diligencia en el domicilio de la persona a la que afecte y de no ser hallado el destinatario se entregue la cédula a las personas que menciona el art. 57 LPL, pasándose a la citación por edictos.

—STC 140/88 de 11-7, 234/88 de 2-12, 30-1-89 (RTC 16), 19/93 de 18-1 y 25-10-93 entienden que la *citación edictal*, aun siendo válida constitucionalmente, requiere, por su cualidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de emplazamiento sino también que el acuerdo judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero se halle fundado en criterios de razonabilidad.

—STC 105/93 de 22-3 (La Ley 2.202): No es válida la citación *por teléfono*, no existiendo constancia del cumplimiento de los requisitos de los actos de comunicación, que deben cumplirse y tienen la finalidad no sólo de que llegue el acto a conocimiento de la parte sino también que el juzgador tenga la certeza de la recepción de la comunicación.

—STS 22-10-93 (La Ley 13.539) aprecia la validez de las citaciones por correo certificado, con acuse de recibo, en *el extranjero.*

NULIDAD DE ACTUACIONES

—STS 20-6-72 (RJ 3.177) y 23-4-75 (RJ 2.115) y STSJ La Rioja 24-4-92 (AS 1.847): Dado el carácter de orden público y de Derecho necesario que tienen las normas reguladoras del proceso, obligan a velar *de oficio* por la pureza en su aplicación.

—STS 26-6-67 (RJ 3.084), 28-3-85 (RJ 1.402) y 28-10-85 (RJ 5.230), STSJ País Vasco 4-2-91 (AS 1.059) y STSJ Madrid 9-4-91 (Rec. 2.647/90 s. 1.ª, Actualidad Laboral 990): Para que un quebrantamiento de forma provoque la nulidad de actuaciones son necesarios como *requisitos* que se invoque por el recurrente de modo concreto la norma que se estime violada (como recuerda la STSJ Madrid 17-3-92, AS 1.622), que se haya infringido la referida norma procesal, siendo ésta de carácter esencial, que se haya originado indefensión de la parte denunciante del defecto procesal y se haya formulado oportunamente protesta por la infracción, con agotamiento de los recursos previstos en la ley para lograr la subsanación de la falta.

También es necesaria expresa solicitud de volver al instante en que se cometió la falta (STCT 5-7-74, RTCT 3.424; y 9-11-74, RTCT 4.626). Así, STSJ País Vasco 4-2-91 entiende que, al haberse planteado el motivo de suplicación como infracción del Derecho aplicado y no como quebrantamiento de forma y no haber pedido, por consiguiente, la reposición de los autos al momento en que se produjo la falta, no cabe, por mor del principio de congruencia del art. 359 LEC, acceder a la nulidad de actuaciones.

—STCT 30-5-78 (RTCT 3360) y 12-5-78 (RTCT 3.355): El requisito de la *protesta* previa no es exigible cuando la falta tiene lugar en la propia sentencia, toda vez que en tal caso se carece de oportunidad para ello.

—STS 6-2-63 (RJ 397): Para que la *denegación de la prueba* pueda causar nulidad de actuaciones es necesario que la prueba propuesta sea legalmente admisible, que se deniegue su práctica, que se formule la protesta oportuna y que su inadmisión haya producido indefensión.

—STS 28-3-85 (RJ 1.402) señala que no hay nulidad de actuaciones por *no poderse practicar unas pruebas* cuya práctica no se pidió de forma anticipada, ni se interesó lo necesario para su práctica en el acto del juicio, ni en él hubo observación ni protesta alguna ni, sobre todo, se haya causado indefensión.

—STS 28-3-85 (RJ 1.402) niega la nulidad de actuaciones por *omisión de la firma de abogado* (del Estado en el caso de autos) *en el acta del juicio*, pues su intervención se evidencia por las alegaciones recogidas en el acta y la documental aportada.

—STCT 22-11-77 (RTCT 5.787): Las faltas denunciadas como productoras de nulidad de actuaciones no operan en tal sentido en suplicación cuando el recurrente no logra demostrar que el error procesal anuló o limitó sustancialmente los derechos inherentes a su calidad de parte, produciéndose *indefensión*.

—STCT 3-5-73 (RTCT 2.391): La nulidad de actuaciones debe alegarse *en primer lugar* al interponerse el recurso de suplicación.

—STCT 26-2-73 (RTCT 216): Cuando el problema tiene un indudable carácter público, no ha de darse trascendencia a si debiera o no exigirse la *protesta*, según de manera inequívoca ha establecido este tribunal.

—STSJ Cataluña 30-11-91 (S. 5.286/91): Existe nulidad de actuaciones por la *omisión de la advertencia del recurso* procedente.

—STSJ Madrid 27-3-92 (AS 1.648): Nulidad de actuaciones por efectuarse *confesión* por persona distinta del interesado.

PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO

—STC 16-10-84 (RTC 94) y STS 8-7-86 (RJ 3.977), 14-7-87 (RJ 5.367) y 27-12-89: El desistimiento durante el período de prueba es libre en principio y no es necesaria su motivación, esto es, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, en cuanto su motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, si bien no queda amparado por la ley cuando vulnera derechos fundamentales como sucede cuando produce *discriminación*.

Según la STC 166/88 de 26-9, la prohibición de no discriminación debe operar con mayor intensidad cuando se trata de un empleador de carácter público.

—STS 24-1-87 (RJ 122): Cuando las partes tienen *conocimiento sobrado* de las cualidades concurrentes en cada una de ellas por haber estado ligadas por una relación laboral anterior, el establecimiento del período de prueba es innecesario y se puede vulnerar el art. 14 ET[1].

—STS 22-10-85 (RJ 5.189): No es válido es desistimiento durante el período de prueba *si el Convenio Colectivo establece* la necesidad de que se den ciertos *requisitos y circunstancias* y no se cumplen.

—STSJ País Vasco 7-11-91 (Rec. 739/91): Corresponde a los trabajadores la *carga de la prueba* de que el desistimiento durante el período de prueba tuvo lugar en violación de derechos fundamentales o en abuso de derecho.

—STSJ Extremadura 8-3-91 (AS 2.205): El desistimiento durante el período de prueba *no ha de sujetarse a forma escrita* pues no constituye despido.

[1] En la nueva redacción del art. 14 ET, según la Ley 11/94, se recoge este criterio, al significar que «será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación».

PERMISOS Y LICENCIAS

Ver también *DESCANSO SEMANAL Y FESTIVO* y *VACACIONES*.

—ATC 15-11-91 inadmitió el recurso de amparo contra el abono del tiempo necesario para el voto de los trabajadores por los empresarios, negando que se vulnerase el derecho a la igualdad de los empresarios y significando que en un sistema democrático el derecho de sufragio ha de ser objeto de especial protección.

En este sentido, la STS 30 12-5-93 (La Ley 13.299) considera que la autorización *para ejercitar el derecho de voto* de las elecciones no puede entenderse como un tiempo de descanso otorgado por el poder público con tal motivo sino que tiene su estricta definición en el art. 37.3 d) ET, como desglosó el Tribunal Constitucional y señaló la STS 20-12-90 de la Sala Especial de Revisión [1].

—STS 20-5-92 (La Ley 13.462): En los permisos retribuidos deben incluirse el salario base y los complementos salariales que suman el *salario real*.

[1] Por ello, la reforma de 1994 incluye, expresamente, el sufragio activo en la previsión del permiso retribuido de los trabajadores para cumplir un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3 d) ET).

PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Ver también CONCURSOS, CONTRATOS TEMPORALES, DISCRIMINACIÓN y JURISDICCIÓN.

—STS 8-6-95 estima que prevalece sobre el convenio colectivo la *norma legal de congelación salarial* de empleados de una Comunidad Autónoma.

—STC 14-10-91 (RTC 192): «Ningún reparo cabe oponer a la *proyección del principio de igualdad* no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos (entre otras STC 15/1988, fundamento jurídico 2.º —con remisión a la STC 75/1983— y 47/1989, fundamento jurídico 2.º), siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo».

—STC 281/93 de 27-9 (BOE 26-10): «El derecho fundamental reconocido en el *art. 23.2 CE* no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas».

—STC 11-6-87 (RTC 99): Por ley deben fijarse los criterios diferenciadores entre puestos de funcionarios y *laborales* y éstos *tienen carácter excepcional.*

—STS 19-1-93 (Rec. 2.742/91): El contrato celebrado por la Administración *sin sujeción a concurso público* no es nulo.

En contra, la STSJ Andalucía 5-6-92 (Rec. 804/92), entendiendo que el contrato es nulo con arreglo a lo prevenido por los arts. 6.3 CC y 47.1 c) LPA, de modo que, por aplicación del art. 9.2 ET, el trabajador sólo tiene derecho a la remuneración por el trabajo ya prestado.

—STSJ Castilla y León 22-7-91 (AS 4.327) aprecia la nulidad del contrato de trabajo por haberse declarado la *nulidad del nombramiento* del actor y la adjudicación de la plaza a otra persona por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, toda vez que la empresa es una persona jurídica de Derecho público, que tiene que formar y manifestar su voluntad de acuerdo con la legislación administrativa que regula su actuación, sin perjuicio del derecho a la retribución por el trabajo prestado conforme al art. 9.2 ET.

—STCT 22-5-87 (Actualidad Laboral 875) aprecia la existencia de una cesión ilegal de trabajadores cuando estos son contratados por una entidad que no es su verdadera empleadora porque no dirige ni organiza ni utiliza sus servicios aunque pueda tener algún interés en que se presten por haberlo concertado así con la Administración o por alguna otra causa, siendo la Administración la que recibe el trabajo en sus dependencias sin otra dirección y organización que las suyas y en los mismos o similares términos que con una contratación administrativa anterior directa con los trabajadores.

—STC 170/88 de 29-9 estimó no inconstitucional la existencia de un *régimen especial, de carácter estatutario*, para los médicos de la Seguridad Social, excluido del Estatuto de los Trabajadores.

PLAZOS

Ver también *JUZGADO DE GUARDIA*.

—STC 193/1992 de 16-11: Si la Administración, al *notificar* la resolución de la reclamación previa indica un *plazo equivocado*, mayor que el legal, la demanda presentada dentro del plazo equivocadamente señalado pero después del plazo legal de caducidad debe surtir efectos.

—STC 75/1993 de 11-3 (BOE 1-4-93): El carácter inhábil de un día es apreciable *de oficio*.

—ATC 4-2-87, STS 14-6-88 (RJ 5.291) y 9-4-90 (RJ 3.428), STSJ Madrid 29-1-91 (AS 927) y 18-4-91 (Rec. 830/91, Actualidad Laboral 16-9-91) y STSJ Galicia 1-4-91 (AS 2.378): La inhabilidad del mes de *agosto* que establece el art. 183 LOPJ se refiere a actuaciones judiciales, a plazos procesales, y el de *iniciación de un proceso* mediante el ejercicio de las correspondientes acciones, es un plazo sustantivo al que no alcanza por ello la normativa procesal citada.

Ya la STCT 1-7-86 (RTCT 5.380) mantuvo que la inhabilidad del mes de agosto no es predicable respecto del plazo para presentar la demanda después de la reclamación previa, pues nada impide reiniciar un trámite administrativo que, si se cumple rigurosamente por el interesado frente a la entidad demandada, permita reproducir la acción que el fracaso de la reclamación previa deja imprejuzgada por ahora.

La STS 19-10-96 (Rec. 3893/95) recuerda que «el plazo de los arts. 59.3 ET y 103.1 de la LPL [para accionar por despido] es de caducidad y por ello de entidad sustantiva y no procesal porque no marca los tiempos del proceso».

—STSJ La Rioja 27-11-91 (Rec. 168/91): *Agosto* es inhábil para anunciar el *recurso de suplicación*.

—STC 151/93 de 3-5 (La Ley 2.246): A efectos del plazo de 20 días para la *ejecución de la sentencia de despido* son computables los días del mes de *agosto*, pero tal plazo (tras la LPL de 1990) sólo limita la facultad de instar la readmisión, estableciéndose otro plazo de 3 meses para instar la ejecución transformativa de la obligación de readmisión en obligación de indemnización, siendo ambos plazos calificados como de prescripción.

—STS 21-12-84 (RJ 6.477) y 27-4-87 (RJ 2.799) y STSJ Madrid 23-11-92 (Rec. 3.278/92) y 25-1-93 (AS 328): La excepción de *caducidad es apreciable de oficio.*

No obstante, la STSJ Madrid 2-4-92 (AS 2.094) entiende que al ser una cuestión nueva, por no haberse alegado la caducidad en la instancia, no procede ser estimada en beneficio del derecho de defensa de la otra parte, que ha de primar sobre la posibilidad de apreciar de oficio la caducidad.

—STSJ La Rioja 17-4-91 (AS 2.569): «*La caducidad*, a diferencia de la prescripción, no admite interrupción de ningún género con iniciación de un nuevo plazo de la misma duración, y *únicamente se suspende en los casos expresamente previstos* por la ley con cómputo de los días transcurridos antes de la suspensión, según constante doctrina jurisprudencial en los distintos órdenes jurisdiccionales -sentencias de la Sala de lo Civil de 20-5-72 (RJ 3.589) y 26-6-74 (RJ 3.375), que contempla un supuesto de procedimiento anterior que fue declarado inadecuado; Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19-4-74 (RJ 1.908); y Sala de lo Social de 8-1-48 (RJ 109), 3-12-51 (RJ 2.544), 29-1-69 (RJ 409), 8-11-78 (RJ 4.032) y 6-11-79 (RJ 3.937), dictadas en supuestos, respectivamente, de demanda equivocada, de demanda en la que no concurrían todos los requisitos legales, de proceso inicial en el que se apreció la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, de demanda desistida, y de ineficaz ejercicio de la acción ante los tribunales-, y ello porque, como ha señalado el mismo Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 6-11-79 (RJ 3.936), 27-4-82 (RJ 3.080) y 1-10-84 (RJ 5.209), "la forma imperfecta de hacer valer su derecho es imputable a quien la formula impropiamente y no puede aprovechar al que produce el defecto u omisión", pudiendo añadirse que la tutela judicial efectiva queda salvaguardada con la posibilidad de acceso a los tribunales competentes y a obtener de ellos una resolución fundada en Derecho»; de suerte que la presentación de demanda ante juzgado de lo Social que se estimó incompetente mediante resolución que quedó firme sólo suspende la caducidad hasta la firmeza de dicha resolución, debiendo continuar el cómputo de la misma a partir de la referida fecha.

La STSJ Aragón 30-1-91 (AS 215) sostiene que, aun admitiendo que el plazo de caducidad no interrumpe su curso con la *presentación de la demanda ante órgano o jurisdicción incompetente*—STS 1 y 11-10-84 (RJ 5.209 y 5.276)—, tal doctrina sólo es aplicable a los casos en que la incompetencia no ofrezca duda de ninguna clase.

PLUSES (Complementos salariales)

Ver también *ANTIGÜEDAD, HORAS EXTRAORDINARIAS, INDEMNIZACIONES POR RAZÓN DE SERVICIO* y *MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.*

Pagas extraordinarias

—STS 14-6-71 (RJ 2.656) y STCT 6-10-84 (RTCT 7.473) admiten la validez del pacto de *salario global* con inclusión de pagas extraordinarias.

—STSJ Madrid 20-4-90 (AS 1.545): Cuando no exista Convenio Colectivo que determine la cuantía de las *pagas extraordinarias* debe entenderse aplicable el art. 29 de la Ley de Relaciones Laborales de 8-4-76 (RCL 766) con la significación reglamentaria mantenida por la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores, no pudiendo prevalecer normas inferiores como la ordenanza laboral.

Plus de nocturnidad

—STS 4-3-92 (RJ 1.618), STCT 18-4-85 (RTCT 2.582) y STSJ Madrid 2-4-92 (AS 2.082): No procede el abono del *plus de nocturnidad* al personal que presta sus servicios de forma permanente en jornada laboral nocturna con jornada inferior a la del personal que trabaja en jornada diurna.

En esta línea, las Sentencias de 13-5-84 (RJ 2.384) y 14-9-84 (RJ 6.877) mantienen que no se puede exigir el plus de nocturnidad cuando por la jornada nocturna se percibe la misma retribución que por la jornada diurna pero la primera es inferior, siempre que el incremento que por salario-hora se abone cubra la cuantía del referido plus.

La STSJ Valencia 28-9-91 (Rec. 1.277/91) concluye que no procede el abono del plus de nocturnidad cuando el salario de quienes trabajan de noche es superior y esta diferencia es atribuible a la circunstancia de la nocturnidad, aunque no se diga así literalmente en el Convenio.

—STS 6-7-92 (RJ 5.581): Aunque el Convenio no lo prevea, hay derecho al *plus de nocturnidad* con la excepción del art. 34.6 ET[1].

—STSJ Castilla y León 17-1-91 (AS 300) y STSJ Canarias 26-4-91 (AS 2.374) analizan la incompatibilidad entre el *plus de nocturnidad* y el de *turnicidad*.

PLUS DE PELIGROSIDAD

—Auto de 16-7-93 de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (Con 8/92-C) y STS 18-7-91 (RJ 6.253), 20-7-92 (RJ 5.633), 28-9-92 (Rec. 1015/92), 18-5-93 (RJ 4.108), 5-6-93 (Actualidad Laboral 1.371), 15-7-93 (RJ 5.679), 19-10-93 (Rec. 3.231/92), 25-10-93 (Rec. 3.994/92) y 29-10-93 (Rec. 4.003/92) entienden *competente el orden jurisdiccional social para declarar el derecho a percibir el plus de peligrosidad* o asimilados por no existir norma legal que atribuya a la Administración la potestad correspondiente. Ello lo confirman las STS 3.ª 12-12-94, 21-10-97 (Apelación n.º 8430/91) y 27-1-98.

La STS 30 16-1-96 declara que no es competencia de la Administración calificar la naturaleza del puesto de trabajo como peligroso o tóxico, incidiendo en el contrato entre la empresa y el trabajador.

Por el contrario, los autos de 21 de octubre y 17 de diciembre de 1.991 de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo y las STS de lo Contencioso-administrativo 3-6-87 (RJ 3.992), 5-4-88 (RJ 3.258) y 29-9-88 (RJ 6.950) sostuvieron que la competencia para resolver sobre las pretensiones relativas a la declaración de peligrosidad o toxicidad de un puesto de trabajo se debe reconocer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por corresponder a la autoridad laboral según lo dispuesto en el art. 17.14 del Decreto 799/1.971, de 3 de abril, y, dado que se trata de actos administrativos en materia laboral y de conformidad con los arts. 9.4 LOPJ y 3 a) LPL, es incompetente el orden social para decidir sobre el abono del plus correspondiente cuando no existe declaración de peligrosidad o toxicidad del puesto de trabajo acordada por la autoridad laboral competente.

La STS 18-10-91 (Actualidad Laboral 317) estima que, aunque a la Administración laboral corresponda declarar la existencia del riesgo de peligrosidad, penosidad o toxicidad, el reconocimiento a percibir el

[1] Sin embargo, con la nueva redacción que al art. 36 ET confiere la reforma de 1994, el Estatuto no exige que la retribución de las horas nocturnas se vea incrementada.

pertinente plus compete en exclusiva al orden social. Así, la STSJ Madrid 9-4-92 (AS 2.123) entiende en principio que el orden social es incompetente para el caso de las demandas en reconocimiento del plus (contra el Ministerio de Defensa) pero es competente si se pide sólo cantidades; si bien en el caso resuelto, en el que sólo se piden cantidades, termina confirmando la falta de jurisdicción. STSJ Madrid 1-3-91 (Rec. 3.482/90) y 30-7-91 (Rec. 4.487/90) entienden que es incompetente el orden social se pide el derecho al cobro del plus a razón de cierta cuantía pues no sólo se pide una cantidad a una ya declarada concurrencia de las circunstancias determinantes del devengo del referido complemento sino que tiene, asimismo, a obtener el reconocimiento del derecho al plus, que le había sido negado, siendo competente el orden social si sólo se piden cantidades por un plus ya reconocido.

—STSJ Madrid 25-6-90 (Rec. 2.527/89), 6-3-91 (RJ 1.829), 30-7-91 (Rec. 4.487/90), 28-10-91 (Rec. 1.058/91 s. 1.ª-2.ª),14-12-92 (Rec. 973/92 s. 1.ª), 22-4-93 (Rec. 4.869/92), 19-5-93 (Rec. 1.247/93), 19-5-93 (Rec. 1.297/93) y 26-5-93 (Rec. 1.565/93), STSJ Aragón 17-4-91 (RJ 2.308) y STSJ Extremadura 14-3-91 (AS 2.216) estiman la incompetencia de jurisdicción del orden social en reclamaciones del plus de toxicidad o peligrosidad del personal laboral de establecimientos militares. La primera de ellas expone que «teniendo el demandante el carácter de personal laboral del *Ministerio de Defensa*, le es de aplicación el punto 2.2 del epígrafe XII del convenio colectivo de 1986 de dicho personal, que en su apartado c) establece que las propuestas que se formulen para el reconocimiento de la *bonificación por trabajos tóxicos, peligrosos e excepcionalmente penosos* deberán ser elevadas a la Subsecretaría de Defensa, no ofreciendo duda pues que es la *autoridad militar* la que en el caso de autos es la única que *tiene competencia* para llevar a cabo tal declaración o reconocimiento, por lo que estableciendo el número 5 del art. 72 del RD 2.205/80, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares que "contra las resoluciones firmes de la Administración militar que se hayan dictado con el carácter de autoridad laboral cabrá, cuando proceda, el recurso contencioso-administrativo", se hace claro por todo lo expuesto... de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1 y 3 LPL y 9.6 LOPJ, declarar la incompetencia de la jurisdicción laboral».

—STSJ Madrid 25-6-90 (Rec. 2.527/89), 16-3-92 (AS 1.618), 12-5-92 (AS 2.697), 5-2-93 (Rec. 1.611/92), 16-2-93 (Rec. 1.824/92 s. 1.ª),

STSJ Extremadura 14-3-91 (AS 2.216) y STSJ Murcia 22-11-89 (AS 2.252) afirman que el art. 29.2 RD 2.205/80, sobre el personal laboral del *Ministerio de Defensa*, señala en el apartado d) que el reconocimiento del *plus de peligrosidad o asimilados caducará al año*, todo lo cual se ratifica en el Convenio Colectivo de 1986 en su capítulo 12.2.2, lo que pone de manifiesto que caducada la resolución administrativa debe acudirse al orden contencioso-administrativo.

—STS 24-11-97 (Rec. 1652/97) niega el plus de peligrosidad a los cuidadores en *centros de educación especial*.

—STSJ Madrid 12-3-91 (Rec. 6.674/88 s. 1.ª-2.ª): La *acción para reclamar el plus de peligrosidad prescribe* desde su reconocimiento por la autoridad laboral competente, o desde que el Convenio Colectivo posterior permite su abono y sus efectos se producen desde la incoación del expediente mediante reclamación de los trabajadores o de socio, salvo que las circunstancias de peligrosidad, penosidad o toxicidad se hayan producido después.

—STSJ Madrid 31-10-90 (Rec. 1.887/90 s. 10): No basta una genérica *declaración de peligrosidad sin concretar el puesto de trabajo* desempeñado por el trabajador reclamante y que en él concurre el riesgo, para que éste tenga derecho al plus de peligrosidad; no bastando la declaración respecto de otro trabajador en situación semejante.

Sin embargo, la STS 18-10-91 (Actualidad Laboral 317) considera que basta que la autoridad laboral haya declarado como peligrosos determinados puestos y que los actores desempeñen habitualmente el puesto, aunque la declaración no se refiera a ellos en concreto.

—STS 8-7-1997 (Rec. 1942/96) admite que el complemento de peligrosidad sea *absorbido por un aumento del nivel* retributivo establecido por convenio colectivo para una determinada categoría de trabajadores que venía percibiendo el complemento.

PLUSES VARIOS

—STS 6-2-92 (RJ 920): *Incompatibilidad entre el complemento* retributivo *de disponibilidad horaria*, antes de mayor dedicación, *y* la percepción de *horas extraordinarias*.

La STS 21-12-93 (La Ley 15.940-R) aclara que su incompatibilidad con las horas extraordinarias no permite calificar el complemento de disponibilidad horario como complemento por actividad extraordinaria

sino como complemento que responde a una especial característica con el puesto de trabajo; en definitiva, este complemento no compensa el trabajo realizado por encima de la jornada laboral sino una disponibilidad o situación de localización y se computa solamente en la parte coincidente con la jornada ordinaria, por lo que los trabajadores tienen derecho a que se compute el referido plus, en la parte coincidente con la jornada normal, en la retribución de las vacaciones.

—STSJ Madrid 6-5-93 (Rec. 2.563/92 s. 1.ª): Dado que el Convenio Colectivo para el Ministerio de Hacienda reseña los puestos de trabajo que pueden percibir el complemento de *disponibilidad horaria* y el número máximo de perceptores, de tal forma que inclusive pudiera darse el caso de que profesionales de la misma categoría y actividad perciban unos sí y otros no dicho complemento, dando así al reconocimiento de este derecho carácter constitutivo, hay que estar a lo dispuesto en la norma paccionada que goza de la fuerza de obligar y eficaz del Convenio y, por lo tanto, es de estricta observancia, sin que el hecho de que haber firmado en el contrato de trabajo la posibilidad de cambiar con carácter general el horario por necesidades del servicio implique el reconocimiento del derecho a percibir este complemento.

—STSJ Madrid 27-4-92 (Rec. 2.818/91 s. 1.ª): No procede reclamar el *plus de cargo o función* en el Ministerio de Defensa por desempeñar trabajos semejantes a los prestados por quienes lo perciben, pues es necesario que se les exija el mismo grado de responsabilidad.

—STS 28-10-92 (Rec. 307/92): El *plus de mayor dedicación* previsto en el Convenio del Ministerio de Trabajo y el INEM se debe abonar si se amplía la jornada por ser inherente al puesto de trabajo la mayor disponibilidad, aunque no medie concesión expresa del empleador.

En cambio, la STSJ País Vasco 5-12-91 (Rec. 82/90) entendió que era necesario tanto el exceso de jornada como la disponibilidad, no bastando verse obligado con frecuencia a trabajar más tiempo que la jornada ordinaria.

—STSJ Madrid 25-5-93 (Rec. 3.407/92 s. 1.ª): En el Convenio del Ministerio de Cultura, el *plus de restauración* no debe abonarse a quienes llevan a cabo funciones preliminares de estudio y documentación.

—STS 5-12-92 (Rec. 425/92) y 10-12-92 (Rec. 1.609/91) y STSJ Madrid 14-1-91 (AS 766), 29-1-91 (AS 918), 19-2-91 (AS 1.397) y 3-2-94 (Rec. 1.769/93 s. 1.ª): El *premio de permanencia* previsto por el Convenio Colectivo del extinto organismo Medios de Comunicación Social del Estado no es un derecho adquirido para quienes todavía no

se hallaban en condiciones de exigirlo al tiempo de perder su vigencia el Convenio, siendo una mera expectativa y no procediendo su abono. Ver también *SUCESIÓN DE EMPRESAS*.

—STSJ Castilla y León 18-11-92 (AS 5.358): En el Ministerio de Hacienda, el complemento de *especial responsabilidad* retribuye a aquellos trabajadores que desempeñan dentro de su categoría profesional puestos que suponen una especial responsabilidad ligada al ejercicio de determinadas actividades que suponga la concurrencia de ciertos factores, de lo que se desprende que no tiene derecho a él quien, si bien maneja y custodia fondos públicos, tiene esta función como propia de su categoría y no consta que en el desempeño de sus funciones concurran los factores aludidos en un grado superior al del resto de los puestos de la misma.

—STSJ Madrid 7-1-93 (AS 260) reconoce el carácter compensable y absorbible con los sucesivos incrementos salariales del *complemento personal transitorio* abonado a los trabajadores integrados en el Ministerio de Hacienda y provenientes de las antiguas recaudaciones para respetar sus derechos económicos, con arreglo al art. 26.4 ET y para no mantener indefinidamente una diferenciación con el resto de trabajadores de Hacienda, lo que constituiría una discriminación.

—STSJ Andalucía 272-91 (AS 1.095) reitera que los *complementos de puesto de trabajo* pueden suprimirse al cambiar de puesto.

PREDETERMINACIÓN DEL FALLO

—STS 21-5-66 (RJ 2.716), 20-4-67 (RJ 1.642), 27-2-75 (RJ 1.123) y 21-2-86 (RJ 800), STCT 15-2-81 (RTCT 7.476) y STSJ Madrid 7-2-92 (AS 973): En modo alguno se puede *configurar como hecho un concepto jurídico*, ya que la consecuencia de ello sería la predeterminación del fallo, hasta el punto de que cualquier apreciación de esta índole que indebidamente figure entre los hechos probados resultará inoperante y habrá de tenerse por no puesta.

En concreto, la STS 21-2-86 indica que «los conceptos jurídicos son expresiones técnicas jurídicas de matiz sustantivo, con las que le legislador da a conocer o define la esencia o núcleo de la institución de que se trata, que sean asequibles ordinariamente a la comprensión de sólo los juristas, no siendo propias del lenguaje común ordinario, que es el que el juzgador debe emplear, para narra las conductas sometidas a su enjuiciamiento y decisión; la predeterminación del fallo es anticipar obligadamente el mismo porque al reproducir las palabras de la definición legal supongan juicios de valor que conduzcan positivamente a la calificación jurídica de la institución, adelantando inadecuadamente apreciaciones cuyo lugar justo ha de ser el de los fundamentos de la resolución y negativamente en cuanto si se suprimen dejan sin base el hecho y por tanto el juicio de valor que encierran ... los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, además, no tienen otro alcance que el de su eliminación o más bien *tenerlos por no puestos*, según reiterada y constante doctrina de esta Sala plasmada en numerosas sentencias», no siendo procedente invocar la predeterminación del fallo para alegar un error en la apreciación de la prueba.

En esta línea, la STSJ Canarias 1-2-91 (AS 1.144) estima el motivo de quebrantamiento de forma por predeterminación del fallo con el solo alcance de tenerlo por no puesto.

—STS 23-3-81 (RJ 1.400), STCT 6-2-77 (RTCT 659) y STSJ Madrid 9-7-91 (Rec. 4.198/90 s. 1.º-2.ª)y 7-2-92 (AS 973) juzgan que el vicio de la predeterminación del fallo puede ser apreciado incluso *de oficio*.

—STSJ Madrid 9-7-91 (Rec. 4.198/90 s. 1.º-2.º) afirma que «de oficio, es procedente suprimir del hecho probado ... la expresión «realiza las *funciones propias de la categoría* ...», ya que su contenido, por encar-

nar un juicio de valor, supone por el lugar donde se encuentra, dentro de los hechos probados, la predeterminación del fallo y cuando su lugar adecuado hubiese sido dentro de los fundamentos jurídicos, como conclusión de tal carácter».

En igual sentido, STSJ Madrid 26-6-91 (Rec. 3.629/90 s. 1.ª). Cercana a ellas, la STSJ Madrid 7-2-92 (AS 973) considera predeterminación del fallo decir que las funciones de la actora son análogas a las de cierta categoría.

—STSJ Madrid 9-4-91 (Rec. 2.647/90 s. 10, Actualidad Laboral 990) y 25-5-93 (Rec. 3.407/92 s. 10) y STSJ Andalucía 22-1-91 (AS 423): No procede incluir en el relato histórico de la sentencia, mediante revisión fáctica, un *concepto valorativo*, de carácter jurídico.

[1] Sin embargo, con la nueva redacción que al art. 36 ET confiere la reforma de 1994, el Estatuto no exige que la retribución de las horas nocturnas se vea incrementada.

PRESCRIPCIÓN

Ver también *CONFLICTO COLECTIVO* y *SEGURIDAD SOCIAL*.

DE ACCIONES

—STS 4-10-82 (RJ 6.099), 24-1 y 15-12-83 (RJ 120 y 6.218) y 20-6-88 (RJ 5.432): Para que opere la *interrupción* de la prescripción de acuerdo con lo previsto en el art. 1.973 CC, la acción antes ejercitada y la que después se active han de ser la misma, siendo necesario que el objeto y la causa de pedir coincidan de manera esencial.

—STS 11-6-90 (RJ 5.058): «El *cómputo* desde el día en que la acción pudiera ejercitarse se halla referido a las acciones no susceptibles de ejercicio tras la extinción del contrato, es decir, (las sólo ejercitables) dentro de la vigencia de éste, pues para las que lo son rige ese plazo del año desde la extinción del contrato».

—STS 23-7-90 (RJ 6.457): «En cuanto a la prescripción alegada con base al art. 59.1 ET, no puede aceptarse ... (ya que) ... no estamos ante una reclamación de salarios atrasados sino de una *compensación por vulneración de un derecho fundamental* por motivos sindicales, que nace de la propia sentencia, sin ser de aplicación el precepto invocado, que se refiere a derechos laborales».

—STS 8-10-86 (RJ 5.423) y 21-5-90 (RJ 4.481): La no alegación de la prescripción en el *expediente administrativo* no impide hacerla valer en juicio.

—STS 1.ª 3-11-93 (La Ley 15.800-R), STSJ Extremadura 25-1-91 (AS 1.279) y STSJ País Vasco 4-2-91 (AS 1.059): La prescripción *no* puede ser apreciada *de oficio*.

—STS 11-7-81 (RJ 3.167), 26-6-86 (RJ 3.746), 13-5-88 (RJ 3.623), 18-9-89 (RJ 6.456), 8, 13 y 25-11-89, 11-6-90 (RJ 5.058), 21-5-90 (RJ 4.481), 23-1-91 (RJ 175) y 5-6-92 (RJ 4.528), STCT 12-3-87 (RTCT 5.614), STSJ Madrid 18-10-89 (Actualidad Laboral 119), 9-2-90 (Actualidad Laboral 27-5-90), 16-4-90 (Actualidad Laboral 720), 2-1-91 (AS 677), 11-1-91 (AS 750), 26-2-91 (AS 1.411), 23-4-91 (Rec. 6.762/88), 13-9-91 (AS 5.275), 10-10-91 (Rec. 4.261/90 s. 1.ª), 28-4-92 (Rec. 1.853/91) y 15-7-93 (Rec. 4.429/92 s. 1.ª) y STSJ Andalucía 11-2-

91 (AS 1.079) y 18-9-91 (AS 4.992): En el caso de *acciones declarativas de derechos* como la de fijeza del trabajador, la clasificación profesional o el reconocimiento de antigüedad *y las de condena en virtud del derecho antes declarado*, la jurisprudencia estima que estas últimas resultan afectadas por el transcurso del plazo de prescripción computado desde la fecha de cada uno de los respectivos vencimientos con total abstracción del eventual seguimiento de un anterior proceso encaminado a obtener un pronunciamiento declarativo, no interruptivo de aquella prescripción.

La reciente STS 1-12-93 (La Ley 13.626) reitera esta doctrina estimando que la prescripción no se interrumpe si las acciones declarativas y de condena pudieron ser ejercitadas conjunta o simultáneamente y para que opere la interrupción de la prescripción de una acción por el ejercicio de otra es necesario que ambas acciones coincidan en objeto y causa de pedir, lo que no sucede entre la acción declarativa del tiempo de servicios y posteriores reclamaciones de cantidad.

Por su parte, la STSJ Madrid 16-4-90 señala en su fundamento jurídico cuarto que no cabe admitir que los derechos económicos reclamados estuviesen condicionados al reconocimiento de la *fijeza y antigüedad*, pues, en la misma línea que se ha señalado para los supuestos de clasificación profesional, se trata de acciones inequívocamente diferentes, de suerte que el ejercicio de una no obsta a que pueda serlo también el de la otra, e incluso han podido hacerse valer conjuntamente, habida cuenta que nada obsta a la acumulación. Y la STSJ Madrid 11-1-91 sostiene que «si se entiende ... que la sentencia se limita a constatar una situación jurídica ya existente[1], su eficacia retroactiva obliga a declarar que el tiempo de prescripción empieza a correr desde el momento de al exigibilidad de la mayor retribución (arts. 59.2 ET y 1969 CC), en que el derecho a la percepción existía, así como la acción para hacerlo efectivo, que por ello pudo ser ejercitada, y como es este último criterio expuesto el que la sentencia de comentario adopta, y que asimismo es reiterado por la posterior sentencia del Alto Tribunal de 25 noviembre de 1989, no cabe el menor género de duda, como esta última señala, que la demanda que reclama los mayores salarios retroactivamente» queda «sujeta a la aplicación de la excepción de prescripción ... como así lo declaró la misma sala cuarta del Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 y 13 de

[1] Como se observa al tratar de los contratos temporales.

noviembre de 1989», con cita también de la STS 18-9-89. Igualmente, la STSJ Madrid 13-9-91 indica que «como declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 26-6-86, entre otras, se trata de dos acciones perfectamente diferenciadas y, como quiera que el ejercicio de una, cual es la petición de su condición de trabajadora fija, no es obstáculo para hacer valer la otra, concretamente la de diferencias económicas, evidentemente aquella no interrumpe la prescripción por aplicación del art. 1.973 CC». Esta línea es seguida también por la STSJ Madrid 15-7-93. En cambio, la STS 6-3-84 (RJ 1.524) sostuvo que hasta la firmeza de la sentencia de fijeza no cabía ejercitar la acción por las correspondientes diferencias salariales ni, por ende, comenzaba a correr el plazo de prescripción.

La STS 5-6-92 sostiene que el proceso anterior en el que se postulaba un pronunciamiento de naturaleza declarativa sobre la procedencia de un incremento salarial de acuerdo con un Convenio Colectivo y también las diferencias salariales de un determinado año no interrumpe la prescripción de la reclamación de cantidad por el motivo expuesto y un período posterior, debiendo reclamar los trabajadores anualmente ante el impago.

La STS 11-7-81 y la STSJ Madrid 10-10-91 aplican esta doctrina en materia de compensación económica del tiempo en que la *jornada realizada excediera* de la que tenía asignada contractualmente el trabajador, de modo que, como advierte el TSJ de Madrid, la acción para exigir el pago de las horas extraordinarias puede ejercitarse desde el mismo día en que tales horas se verificaron, sin necesidad de esperar a la resolución ,de un pleito sobre la duración de la jornada normal, pues la declaración de una hora como extraordinaria es un antecedente inmediato del cobro de la misma que puede ser debatido perfectamente dentro de la acción de cantidad.

En materia de *clasificación profesional*, las STS 26-6-86 y 11-6-90, la STCT 12-3-87, las STSJ Madrid 18-10-89, 9-2-90, 16-4-90, 2-1-91, 26-2-91, 23-4-91 y 1-3-94 (Rec. 2.457/93 s. 1.ª) y la STSJ Andalucía 11-2-91 entienden que, al ser acciones distintas susceptibles de ejercicio conjunto o separado, sin que exista litispendencia ni cosa juzgada, el plazo prescriptivo de la acción de diferencias salariales por trabajos de superior categoría corre a pesar del ejercicio de la acción de clasificación profesional. Esta doctrina es recogida por la STC 29-3-90 (RJ 60).

La STS 21-5-90 aplica esta doctrina respecto de la declaración de una determinada *jornada y la duración de las vacaciones*.

Las STS 13-5-88 y 23-1-91 sostienen que la previa acción declarativa del derecho de *preferencia a ocupar una plaza* no interrumpe la prescripción de las acciones de resarcimientos de daños y perjuicios por no efectuarse la contratación, cuyo plazo prescriptivo corre desde cada vencimiento de los salarios que integran su indemnización.

—STSJ Madrid 12-11-93 (Rec. 782/93 s. 1.ª): «No concurren entre las reclamaciones pertenecientes a los dos períodos de referencia las identidades que contiene el art. 1.252 CC y que así *no se impida el ejercicio separado de acciones*, dado el que no pueda excepcionarse la existencia de litispendencia o cosa juzgada y que se deduzca la no interrupción del plazo prescriptivo».

—STS 14-11-79 (RJ 3.386), 13-1-81 (RJ 194) y 17-12-82 (RJ 7.836): Se interrumpe la prescripción por un *proceso anterior* cuando el primero decide la suerte del posterior, con lo que se evitan, además, sentencias contradictorias. Este sería el caso contemplado por la STSJ Madrid 29-4-92 (AS 2.172) que estima que la acción para reclamar diferencias salariales entre lo percibido como contratado administrativo y lo que correspondería percibir como contratado laboral no puede ejercitarse ni, por tanto, prescribe hasta la sentencia que declara la naturaleza laboral de la prestación, fundando tal decisión en que a) la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restringido, b) va en contra de toda lógica exigir al demandante que periódicamente fuera reclamando cantidades, cuando la sentencia que constituye el título de su derecho no ha alcanzado firmeza, lo que, además, supondría propiciar una política judicial derrochadora de energía procesal, con planteamiento de pleitos múltiples que podrían devenir inútiles o con resultados contradictorios, c) si la reclamación salarial se hubiera formulado antes se podría haber alegado la excepción procesal de litispendencia, pues en el segundo pleito el juez tendría que pronunciarse, aunque fuera de forma instrumental, sobre la naturaleza de la relación jurídica entre las partes, d) en esta línea se pronuncia la STS 28-2-90 (RJ 1.245) al entender que produce vinculación a los tribunales la sentencia declarando la incompetencia de jurisdicción en proceso sobre declaración del carácter laboral de una relación jurídica respecto del pleito posterior sobre despido, e) en esta misma línea, las STCT 27-6-80 (RTCT 3.855) y 26-5-83 (RTCT 4.781) declaran que existe litispendencia entre el proceso pendiente sobre derecho a

pensión de jubilación y el siguiente pidiendo las prestaciones correspondientes, y f) resulta contrario a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el art. 9.3 de la Constitución.

—STS 20-6-88 (RJ 5.439) y 25-3-92 (RJ 1.874), STCT 17-3-88 (RTCT 2.034) y 10-10-88 (RTCT 6.410), STSJ Madrid 20-9-91 (AS 5.312), STSJ Cantabria 22-2-91 (AS 1.202), STSJ Castilla y León 26-2-91 (AS 1.174), STSJ Castilla-La Mancha 21-1-91 (AS 1.035) y STSJ Andalucía 27-2-91 (AS 1.090) y 15-4-91 (AS 2.767): La incoación previa de un proceso de *conflicto colectivo* interrumpe la prescripción de las acciones singulares que luego puedan ejercitar los trabajadores, dada la naturaleza cuasi normativa y declarativa de la sentencia de conflicto colectivo y para evitar la existencia de sentencias contradictorias.

Ahora bien, la STSJ Cataluña 27-3-91 (AS 2.110) puntualiza que es necesario que ambos procesos (colectivo e individual) contemplen el mismo «thema debati».

—STS 27-1-87 (RJ 155): La prescripción *alegada por uno de los codemandados* aprovecha a los demás.

—STSJ Madrid 10-4-91 (AS 2.613), con cita de STCT 1-7-86 (RTCT 5.412) indica que la acción de *clasificación profesional* no prescribe sino desde la terminación del contrato de trabajo, pues el derecho a ostentar una determinada categoría profesional no es de tracto sucesivo sino de tracto único, por lo que no se aplica el número 2 del art. 59 ET sino el primero.

—STSJ Madrid 7-7-93 (Rec. 3.654/93): El derecho al reconocimiento de una circunstancia o condición contractual, como es la *antigüedad* no puede prescribir mientras subsiste el contrato, pues lo único que prescribirá es la cantidad devengada por dicho concepto correspondiente al período perjudicado por la inactividad del titulRJ Por ello, la mujer *excedente forzosa por razón de matrimonio* que no se reincorpora tras cesar toda discriminación por la Constitución sino más tarde tiene derecho a que se compute a efectos de antigüedad el período durante el cual no pudo reincorporarse, con efectos a partir del año anterior a su reclamación.

—STSJ Madrid 3-1-91 (AS 683) y STSJ Castilla y León 11-2-91 (AS 1.303): De acuerdo con el art. 1.973 CC, la prescripción no sólo se interrumpe por el ejercicio de la acción judicial sino también por *reclamación extrajudicial o reconocimiento de deuda.*

—STSJ Baleares 17-1-91 (AS 1.008): Alegada expresamente la prescripción de todas las *cantidades* (diferencias salariales por trabajos de

superior categoría) *anteriores en un año a la fecha de la reclamación previa*, es obvio, que por aplicación de lo dispuesto en el art. 59 ET están prescritas las posibles cantidades devengadas hasta ese momento.

—STSJ Andalucía 15-1-91 (AS 457): Para que la *reclamación previa interrumpa la prescripción* es necesario que se deduzca en la forma prevista en el art. 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo[2], cumpliendo entre otras exigencias que sea dirigida al jefe administrativo o director del organismo en el que el trabajador preste sus servicios y sea presentada en el centro al que se halle adscrito, de modo que no la interrumpe la presentada directamente en un Ministerio distinto a aquel en el que se integra el órgano provincial en el que trabajaba el actor.

—STSJ Madrid 25-1-93 (Rec. 4.428/92-1.ª) y STSJ Andalucía 25-5-92 (Actualidad Laboral 30-11-92): La *reclamación previa no seguida de demanda* no interrumpe la prescripción, puesto que, de acuerdo con el art. 69.3 LPL, en tal caso la reclamación previa no surte efectos, incluyendo el interruptivo de la prescripción.

En contra, la STSJ Madrid 30-3-92 (Rec. 383/91 s. 1.ª), con cita de STCT 1-12-83, 15-7-85 y 13-3-89 y STSJ Madrid 11-6-91, por entender que «el art. 1.973 CC debe ser interpretado de forma que se acompasen justa y rectamente los principios de respeto al derecho subjetivo y de seguridad jurídica, la prescripción pugna con el primero en favor del segundo, de manera que, en definitiva, sólo el derecho abandonado por su titular durante todo el lapso del plazo prescriptivo puede entenderse prescrito», lo que no sucede si ha habido reclamaciones previas y demandas anteriores, aunque se haya desistido de ellas, pues son reclamaciones, al menos, extrajudiciales y, como tales, interrumpen la prescripción en virtud del citado art. 1.973 CC. También admiten el efecto interruptivo de la reclamación no seguida de demanda las STSJ Madrid 13-12-93 (Rec. 1.157/93 s. 10) y 25-1-94 (Rec. 1.971/93 s. 1.ª).

—STSJ Andalucía 11-2-91 (AS 1.079): El desistimiento no impide al demandante «reiterar luego su demanda frente al mismo demandado, pero siempre la efectividad de la demanda queda sometida a la prescripción de la acción o derecho material, cuando esta prescripción se alegue de contrario, debiendo entenderse que el *desistimiento no interrumpe la prescripción*, por haber existido un abandono voluntario de la acción emprendida (de reclamación de diferencias salariales por trabajos de superior categoría en el caso de autos), en armonía con lo establecido en el art. 1.946 CC y en base a que el desistimiento supone el restablecimiento de la situación anterior, dejando sin efecto las actuaciones procesales practicadas.

[2] En la actualidad, los arts. 125 y 126 de la Ley de las Administraciones Públicas de 26 de noviembre de 1993 (RCL 2.512).

En contra, la STSJ Baleares 9-1-91 (AS 992) advierte que, aunque algunas STCT, como las de 14-11-85 (RTCT 6.214) y 13-7-87 (RTCT 15.829) estiman que la demanda desistida no produce el efecto previsto en el art. 1.973 CC, otras, tales como las de 16-6-82 (RTCT 3.676) y 28-3-89 (RTCT 2.129), así como la del Supremo de 23-2-84 (RJ 910), afirman que una demanda, aunque desistida, produce la plena interrupción del plazo de prescripción, doctrina que, a juicio de esta Sala debe prevalecer, pues el desistimiento en el proceso laboral no puede significar que la acción no haya sido ejercitada. Asimismo, la STSJ Madrid 2-3-95 estima la interrupción de la prescripción por la demanda, aunque luego el actor desista de ella.

—STSJ Extremadura 16-1-91 (AS 138): Cualquiera que fuera la *anulación de actuaciones* en expediente administrativo o en proceso judicial es independiente de la interrupción de la prescripción que se produce en la forma ordenada por el art. 1.973 CC.

—STSJ Madrid 26-2-91 (AS 1.410) y 28-4-92 (Rec. 1.853/91): La prescripción de las diferencias salariales se computa desde su devengo aunque después se publique un *Convenio Colectivo con efectos retroactivos*, ya que sólo se cuenta desde su publicación la prescripción de las diferencias resultantes del incremento salarial derivante del nuevo Convenio.

Sin embargo, la STSJ Castilla y león 12-2-91 (AS 1.310) sostuvo que la prescripción no comenzaba a computarse sino a partir de la publicación del nuevo Convenio Colectivo.

—STS 16-11-84 (RJ 5.858): Debe tenerse en cuenta el plazo de prescripción que determina la *legalidad vigente* al tiempo de poder ejercitar la acción.

La STC 22-3-92 aplica plazo de prescripción que resulta de norma vigente al tiempo del inicio de su cómputo pero que fue fijado jurisprudencialmente con posterioridad. En contra, voto particular que rechaza la aplicación retroactiva del plazo fijado jurisprudencialmente.

—STSJ Madrid 18-2-94 (Rec. 2.419/93 s. 10) niega que pueda estimarse la *prescripción alegada en suplicación* sin determinar las cantidades prescritas, no pudiendo el tribunal hacer cálculos omitidos por el recurrente.

De faltas laborales

—STS 3-11-93 (La Ley 15.790-R): El cómputo de la prescripción de las faltas laborales que se cometen fraudulentamente, *con ocultación* y eludiendo los posibles controles del empresario, no se inicia hasta que éste tenga conocimiento de los hechos y pueda ejercer sus facultades disciplinarias.

En esta línea, la STS 12-6-1996 (RJ 5063) estima que la prescripción de la falta motivadora del despido del trabajador no comienza hasta el conocimiento cabal, pleno y exacto de la falta, seguido de la tramitación de expediente sancionador potestativo pero necesario para cerciorarse de los hechos. En parecido sentido se pronuncia la STS 25-1-96 (RJ 199).

—STS 3-11-88 (RJ 8.509): La prescripción de las faltas laborales se interrumpe *cuando el asunto está «sub iudice»*. Así, las STS 26-5-92 (RJ 3.608) y 24-9-92 (Rec. 2.415/91) y la STCT 17-1-83 (RTCT 388) entienden que la prescripción de las faltas laborales se interrumpe por el ejercicio de la acción penal contra un trabajador.

—STS 9-2-88 (RJ 600) y 3-5-88 (RJ 3.540) y STSJ Murcia 24-1-91 (AS 643): La prescripción de las faltas laborales se interrumpe por el *expediente sancionador*, cumpliendo los requisitos pertinentes.

Así, la STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234) significa que «al contemplar el (Convenio Colectivo) aplicable al actor, con carácter obligatorio, la formalidad previa de existencia de un expediente disciplinario, éste ha de estimarse que interrumpe tal plazo siempre que ... no se produzca en su trámite dilaciones excesivas».

Para la STSJ Cantabria 11-1-91 (AS 501), «cuando el Convenio establece un plazo para la tramitación del expediente no está configurando una causa de nulidad sino regulando y limitando la duración de los efectos de la tramitación que tiene en orden a la interrupción de la prescripción, cuyo plazo vuelve a correr una vez concluido aquel».

—STS 3-5-88 (RJ 3.540) y STSJ Cantabria 19-2-91 (AS 1.194): La posibilidad de un *nuevo despido* tras la declaración de nulidad del despido supone que el despido inicial interrumpe la prescripción de las faltas o mantiene abierto el plazo hasta el transcurso del plazo legal de 7 días.

Según la STSJ Madrid 24-2-92 (AS 1.040), la interrupción de la prescripción de faltas laborales, *cuando el primer despido es nulo*, sólo se mantiene si el nuevo despido se efectúa en el plazo de 7 días señalado por los arts. 113.2 LPL y 55.4 ET.

—STS 21-7-87 (RJ 5.701), 18-9-87 (RJ 6.216), 5-11-87 (RJ 7.815), 30-4-90 (RJ 3.512), 14-5-90 (RJ 4.316) y 4-2-91 (RJ 795) y STSJ Navarra 25-9-91 (S. 339/91) y 8-11-91 (S. 382): En las *faltas continuadas* y reiteradas, demostrativas de un mismo propósito inicial, el «dies a quo» de la prescripción es la fecha del conocimiento de los hechos en todo su alcance y extensión por el empresario.

PRINCIPIO PRO OPERARIO

—STS 10-5-35 y 16-2-93: Rige en el orden social un *principio tutelar*, que templa el principio dispositivo.

—STCT 25-5-82 (RTCT 3.107), STSJ Madrid 8-1-91 (AS 713) y STSJ Andalucía 25-1-91 (AS 434) y 5-9-91 (Rec. 214/91): El principio pro operario es aplicable *sólo* al caso de duda *respecto de la interpretación* de normas jurídicas y no lo es en caso de duda en cuanto a la determinación de los hechos.

—STC 25-1-83 (RTC 3): El principio de *igualdad entre las partes* es aplicable al orden social pero esta igualdad debe caracterizarse por un sentido compensador de la «desigualdad originaria entre trabajador y empresario, que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula», en la que se da una dependencia del trabajador respecto del empresario.

PROCEDIMIENTO DE OFICIO

—STSJ Aragón 23-12-92 (Rec. 219/92) y 19-5-93 (Rec. 256/93), STSJ Asturias 27-1-95 y Auto TSJ Aragón 15-9-92 (Rec. 500/92): La *Administración del Estado tiene la cualidad de parte* en el procedimiento de oficio, puesto que, en caso contrario, no podría defender jurisdiccionalmente la pretensión que ha deducido, pudiendo no haber contradicción, y porque admitida la demanda se tramita por las normas generales, que prevén la intervención del demandante.

Así también la STSJ Castilla y León 20-12-91 (AS 6.610), para la cual la Administración está legitimada para recurrir la sentencia a) por el interés público que supone la observancia de la legalidad en el orden social, cuya defensa corresponde a la Administración, b) por la atribución a la misma de actividad sancionadora en el orden social, c) por la competencia que se le confiere a la autoridad laboral para promover la acción de la justicia del orden social cuando la impugnación del hecho objeto de la actuación inspectora constituya cuestión judicial previa a la apreciación del ilícito administrativo, d) porque la acción de la justicia en el proceso laboral no se agota en la instancia, sino con el posible ejercicio ulterior de los medios de impugnación o recurso y e) por el art. 24 CE.

En contra, el ATSJ La Rioja 31-12-92 (Rec. 234/92) sostiene que la Administración sólo tiene legitimación para presentar la demanda pero no para actuar en el proceso ni representar a los trabajadores, ya que, como dice la LPL, la sentencia se notificará a las partes y se comunicará a la autoridad laboral, que se distingue de las partes y no puede recurrir; siendo parte actora los trabajadores, aunque no puedan disponer del proceso. También STCT 10-10-75 (RJ 3.834) y STSJ La Rioja 24-4-92 (RJ 1.847), para las cuales la Administración sólo puede incoar el proceso pues no es parte, por lo que no puede recurrir en suplicación o en casación.

—STS 2-6-97 (Rec. 3216/96) reconoce que el procedimiento de oficio es el adecuado para que la Administración del Estado plantee el carácter fraudulento de una contratación laboral simulada para obtener prestaciones por desempleo.

PRUEBA EN EL PROCESO

Ver también *PREDETERMINACIÓN DEL FALLO.*

Carga de la prueba

—STS 26-9 y 7-10-85 (RJ 4.375 y 4.670), 11-6-86 (RJ 3.528), 25-3-92 (RJ 1.873) y 20-4-92 (Rec. 1.387/91), STSJ Navarra 2-1-91 (AS 236) y STSJ Extremadura 16-1-91 (AS 138): El *art. 1.214 CC* sólo puede servir de fundamento en casación o suplicación cuando la sentencia censurada haya basado su pronunciamiento en el principio de inversión de la carga de la prueba, pero no en otro caso, pues es el juez de instancia el que valora la prueba.

La STCT 22-5-87 (RTCT 10.866) admite la invocación del art. 1.214 CC por haber sido explícito fundamento de la sentencia pero desestima el recurso pues el actor no ha probado los hechos en que se fundaba la demanda. Y la STCT 22-5-87 (RTCT 10.872) recuerda que el art. 1.214 CC es inoperante en suplicación, dada su generalidad, no habiéndose probado los hechos constitutivos de la demanda.

—STSJ Madrid 9-4-91 (Rec. 2.647/90 s. 1.ª, Actualidad Laboral 990): La *falta de contestación a la confesión* por la demandada (por vía de informe al ser una Administración Pública) no produce indefensión para la contraparte.

Así, la STSJ Baleares 28-1-91 (AS 1.018) precisa que es facultad discrecional y no revisable del juzgador tener por confesa o no a la parte que evade las preguntas (o, mejor dicho, posiciones) de la contraparte, siendo necesario, en todo caso, que haya sido apercibida de poder ser tenida por confesa. Así también la STSJ Navarra 12-4-91 (AS 2.722) declara la nulidad de la sentencia por haber dado por confesa a la actora sin previo apercibimiento.

—STSJ Baleares 28-1-91 (AS 1.018) y STSJ Madrid 17-3-92 (AS 1.623): *Si no se presentaron las pruebas* documentales sin causa justificada podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba señalada, lo cual claramente indica que se trata no de una obligación sino de una facultad concedida al

órgano judicial que podrá hacer o no uso de ella según el resultado de las restantes actuaciones y pruebas practicadas.

NULIDAD POR DEFICIENCIAS SOBRE LOS HECHOS PROBADOS

Ver también *CLASIFICACIÓN PROFESIONAL*.

—STS 29-4-92 (RJ 2.685): La *total carencia de relato fáctico* en la sentencia, con infracción del art. 97.2 LPL, es un vicio de orden público, determinante de nulidad y apreciable de oficio.

La STSJ Madrid 19-2-91 (Rec. 584/88 s. 1.ª-2.ª) entiende que el incumplimiento de incluir en la versión judicial de hechos probados cuantos datos apoyen, a través del análisis jurídico correspondiente, la solución de la controversia constituye una incongruencia omisiva, con olvido de que el art. 120.3 CE exige no una motivación cualquiera sino una motivación completa en hechos y en Derecho, en cuanto sea preciso para la decisión de todas las cuestiones litigiosas, según los arts. 359 y 372 LEC; procediendo aplicar el remedio dispuesto por el art. 240 LOPJ al incurrir en la radical omisión de la premisa fáctica al prescindir de todo su contenido.

—STS 6-3-84 (RJ 1.521), 17-10-84 (RJ 5.285), 12-3-85 (RJ 1.316), 25-9-86 (RJ 5.167), 19-11-86 (RJ 6.476), 27-1-87 (RJ 161), 24-2-87 (RJ 1.108), 14-7-87 (RJ 5.366), 20-6-88 (RJ 5.414), 15-2-90 (RJ 1.090 y 1.091), 3-4-91 (RJ 3.245), 27-7-91 (RJ 6.264), 4-3-92 (RJ 1.616) y 26-5-92 (RJ 3.603), STCT 23-9-87 (RTCT 19.738) y STSJ Madrid 18-2-91 (Rec. 5.383/89 s. 1.ª), 20-5-91 (Rec. 1.134/91 s. 1.ª-2.ª), 7-7-92 (Rec. 1761/92), 8-10-92 (Rec. 4.418/91 s. 1.ª), 2-11-92 (Rec. 4.977/91) y 21-5-93 (Rec. 3.319/92 s. 1.ª): Procede declarar la *nulidad de la sentencia por omisión de datos esenciales* en hechos probados y, en especial, los necesarios para que en su momento se pronuncie el Tribunal Superior o el Supremo.

En particular, la STS 24-2-87 señala que la nulidad de las sentencias se produce cuando contienen declaraciones fácticas oscuras, incompletas o contradictorias y de ahí la necesidad de dejar constancia en las mismas de los hechos probados con toda precisión y detalle que requiere el reflejo de la realidad deducible de los medios de prueba aportados a los autos y de los que a ellos puedan ser incorporados en virtud de las facultades que corresponden a los juzgadores y la STS 14-7-87 advierte que «una vez más ha de recordarse la importancia de los hechos probados y la exigencia de ... la Ley de Procedimiento

Laboral y doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, en el sentido de que el relato de aquellos sea completo, de manera que caso de sustentarse criterio distinto, independientemente del pronunciamiento que recaiga, pueda construirse la sentencia, lo que no podrá hacerse si faltan en la narración elementos que son determinantes de un criterio y cuya omisión impide el cumplimiento de la función» revisora.

La STS 3-4-91 declara la nulidad de la sentencia por carecer de una declaración de hechos probados sobre todos los extremos que, con carácter fáctico, determinan luego la adecuada normativa jurídica que haya de aplicarse, y la STSJ Madrid 18-2-91 sostiene que el juzgador de instancia tiene obligación de consignar no sólo los hechos que sirven de base a su resolución sino también cuantos antecedentes y circunstancias se relacionen con el tema debatido, a fin de que puedan ser apreciados por el Tribunal superior y servir de fundamento para la nueva sentencia que dicte.

La STSJ Madrid 21-1-91 (Rec. 1.470/88 s. 4.ª) declara la nulidad de actuaciones por no hacer la sentencia declaración expresa en la que se expongan con claridad los extremos fácticos que se estimen determinantes, *sin que baste remitirse a alegaciones* de las partes o al contenido de *certificaciones*, sobre todo cuando son contradictorias.

Por el contrario, la STCT 5-4-75 (RTCT 1.663) y la STSJ Madrid 8-3-93 (Rec. 1.944/92 s. 1.ª) entienden que por el motivo del vigente art. 191 a) LPL no se puede invocar la insuficiencia o equivocado contenido del resultando de hechos probados, caso en el que debe utilizarse la vía de la revisión de los hechos probados (actualmente el art. 191 b) LPL), señalando la segunda de las sentencias citadas que «la apreciación de la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados de la sentencia recurrida es de la facultad de la Sala, y aunque también puede ser acusada tal insuficiencia por la parte interesada, ello ha de efectuarlo no por el cauce de la infracción de normas o garantías procedimentales del apartado a) ... sino por la vía de revisión de hechos probados que permite el apartado b) del propio precepto» [1].

[1] En mi opinión, si la nulidad puede ser declarada por la Sala, caso de que realmente proceda este remedio extremo, no sólo puede ser advertida por la propia iniciativa de la misma sino que ha de admitirse que las partes lo pongan de manifiesto por la vía adecuada, que no es otra que la del art. 191 a) LPL. Si puede declararse la nulidad ha de poder pedirse esa declaración y no sólo la adición de hechos. Otra cosa es que se entienda que, al ser la nulidad un remedio extremo, deba intentarse primeramente la revisión fáctica, lo que creo que no habría de chocar con la apreciación preferente de las causas de nulidad pues ha de primar la posibilidad de subsanación.

Por su parte, la STS 21-2-86 (RJ 800) aclara que «es cierto que la resultancia fáctica ... constituye un requisito básico y constitutivo de la sentencia pero también lo es que la nulidad de la misma como remedio extremo sólo cabe declararla cuando adoleciese de deficiencia insalvable.

—STSJ Cataluña 27-12-91 (Rec. 5.768/91): Se debe declarar nulidad de actuaciones si no se hace constar en los fundamentos de Derecho los *razonamientos que han llevado a declarar los hechos* probados.

En contra, la STSJ País Vasco 4-12-91 (Rec. 865/91), STSJ Baleares 22-2-91 (AS 1.626) afirma que «si bien es cierto que la sentencia prescinde de recoger, ni siquiera con brevedad, el proceso intelectivo seguido por el juzgador y que formó su convicción acerca de la realidad de los hechos que declara probados, no aduce ni argumenta la recurrente que este defecto le haya ocasionado indefensión, ni merma alguna de sus posibilidades de combatir la dicha sentencia, lo cual constituye requisito imprescindible para que la denuncia de infracciones procesales merezca ser recogida».

—STSJ Castilla y León 1-2-91 (AS 1.163) suprime un hecho probado por resultar de *documentos no aportados como prueba* documental en su momento ni acordados como diligencia para mejor proveer.

Principios de aplicación

—STS 6-3-84 (RJ 1.525), 21-2-86 (RJ 800), 21-3-86 (RJ 1.373), 19-12-89 (RJ 9.054), 2-3-90 (RJ 1.748) y 10-6-92 (RJ 4.557): Rige en el proceso laboral el principio de *libre valoración de la prueba*.

En particular, la STS 21-2-86 significa que la apreciación de la prueba es facultad privativa del juzgador de instancia, que ha de valorarla conjuntamente, sin otra limitación que la de acomodarla a las reglas de la sana crítica, cuya valoración ha de prevalecer en tanto no se demuestre sea irrazonable y que se ha incurrido en equivocación evidente, lo que no se verifica en el supuesto encaminado más bien a sustituir el criterio objetivo del magistrado «a quo» por el parcial e interesado de quien recurre.

—STS 23-7-90 (RJ 6.457): La Sala admite que en la *fundamentación jurídica se puedan contener datos fácticos* aunque no sea deseable, en pura técnica procesal.

Ello lo confirma, con invocación de las STC 2-12-82 (RTC 72), 20-5-86 (RTC 61) y 24-3-88 (RTC 55), la STSJ País Vasco 6-3-91 (AS

1.727), estimando, por ello, improcedente la pretensión de revisión fáctica tendente a trasladar los hechos descritos en la fundamentación jurídica de la sentencia a su ubicación correcta.

La STSJ Madrid 15-3-91 (Rec. 15-3-91 (Rec. 6.157/88 s. 4.ª) afirma que es doctrina jurisprudencial (STS 13-11-84, 14-4-85 y 9-10 y 9-12-85) que han de tenerse por hechos probados no sólo los que figuren en el relato fáctico sino también los que estimados como tales, aunque así no se diga expresamente, consten en cualquier otro lugar de la sentencia, como puede ser en su fundamentación jurídica. Sobre ello ver también la STSJ Castilla-La Mancha 12-3-92 (AS 1.546).

—ATC 13-2-85: Cabe *cambiar la calificación jurídica de los hechos*, sin alterar éstos, en la sentencia que resuelve el recurso de suplicación, sin que ello implique tener que declarar la nulidad de actuaciones y reponer los autos al momento de haberse infringido normas esenciales de procedimiento.

—STC 7-2-84: Como quiera que el derecho a usar los *medios de prueba* se refiere a los pertinentes, la denegación de aquellas pruebas que el juzgador estime inútiles no supone necesariamente indefensión, pues tal facultad viene impuesta por razones prácticas, como evitar dilaciones que podrían vulnerar el derecho de las otras partes a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, la STC 7-12-83 reconoce que puede argüirse con algún fundamento que se produce indefensión cuando la prueba no practicada pudo alterar la sentencia recaída.

—STS 19-6-93: La *incomparecencia de testigos* no se encuentra entre las causas de suspensión del juicio y menos aún si no han sido citados judicialmente. Debe declararse la nulidad de actuaciones si se *deniega la prueba* sin que conste que haya causa que lo justifique ni sea suficiente la explicación del órgano judicial.

—STS 16-6-86 (RJ 3.652), 2-3-87 (RJ 1.305), 13-2-91 (RJ 831), 25-3-92 (RJ 1.873): Para que un motivo de recurso por *error de Derecho* en la apreciación de la prueba pueda prosperar es preciso que se alegue y acredite la vulneración de un precepto que imponga al juzgador una determinada valoración de la prueba que haya de prevalecer frente a su libertad de apreciación.

—STSJ Galicia 8-1-91 (AS 19): La circunstancia de haberse practicado como *testifical* lo que la parte considera que *debiera haber sido confesión* no constituye infracción de normas sustantivas sino que debe hacerse valer a través de la vía del vigente art. 191 b) LPL.

—STSJ Madrid 8-7-97 estima producida indefensión por no permitir prestación *confesión por el letrado* con poder para absolver posiciones.

REVISIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

—STS 1-3-77 (RJ 1740), 6-3-84 (RJ 1.525), 2-6-87 (RJ 4.110) y 22-6-91 (RJ 5160), STCT 11-3-75 (RTCT 1273), 2-12-75 (RTCT 5407) y 23-9-86 (RTCT 8.312), STSJ Madrid 10-9-92 (AS 4.417), 30-9-92 (AS 4.501), 15-10-92 (Rec. 3.470/92 s. 2.ª) y 10-2-94 (Rec. 753/93 s. 2.ª) y STSJ Castilla-La Mancha 4-7-92 (AS 3.974): Para que procediese la *revisión de los hechos probados* (como permite actualmente el art. 191 b) LPL) debería acreditarse un error de hecho manifiesto y patente del juzgador, a la vista de determinadas pruebas documentales o periciales, sin necesidad de argumentaciones, deducciones e hipótesis más o menos lógicas, naturales y razonables y sin contradicción alguna con otras pruebas, a la vista de determinadas pruebas documentales o periciales practicadas, lo que la STSJ Murcia 9-1-91 (AS 630) denomina «literosuficiencia» del documento en cuya virtud se pretenda la revisión fáctica.

No cabe, como significa la STS 25-11-97 (Rec. 3367/94) sustituir el criterio del juzgador por el del recurrente.

Recuerda la STSJ Asturias 20-2-91 (AS 1.239) que es necesaria la autenticidad del documento, esto es, la garantía formal de fe pública u otra autorización del mismo carácter y valor equivalente, e indubitabilidad, o sea, la firmeza material de su contenido, para evidenciarlo por sí solo, sin necesidad de especulaciones ni conjeturas la certeza del error denunciado más allá de cualquier duda o vacilación, quedando excluidas tanto las incertidumbres como las posibilidades alternativas.

—STSJ Extremadura 16-1-91 (AS 138): Es doctrina constante, tanto del TS como del TCT, la de que no cabe combatir un hecho *por considerar nulos o escasos los medios de prueba* para sentar una afirmación sino que es necesario e imprescindible que se persiga la revisión fáctica con fundamento en documentos o pericias idóneos.

—STS 27-3-85 (RJ 1.401) y 21-2-86 (RJ 800), STCT 28-2-73 (RTCT 983), 26-5-73 (RTCT 2.394), 28-5-73 (RTCT 2.298), 19-5-75 (RTCT 2.472), 22-10-75 (RTCT 4.524), 16-11-76 (RTCT 5.297), 25-1-77 (RTCT 307), y 26-5-80 (RTCT 3.013), STSJ Andalucía 18-1-91 (AS 420), STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234) y STSJ Madrid 20-1-94 (Rec. 4.070/93 s. 3.ª): La *revisión de los hechos* requiere que sea *esencial* para la calificación jurídica o trascendental para el fallo, supuesto que no se da cuando, a pesar de la revisión, el fallo sería el mismo.

—STS 2-6-87 (RJ 4.110), STCT 18-10-74 (RTCT 4.150), 9-2-82 (RTCT 724) y 12-7-88 (RTCT 5.011), STSJ Madrid 17-3-92 (AS 1.622),

13-7-92 (AS 3.695) y 17-9-92 (AS 4.436) y STSJ Castilla y León 31-1-91 (AS 324): La petición de revisión fáctica ha de indicar en base a *qué documentos o pericias* ha de tener lugar y *en qué manera han de ser revisados* los hechos probados en la sentencia, concretando los términos en los que han de quedar redactados.

En este sentido, la STS 2-6-87 significa que «es menester para que prospere el error de hecho que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido en la sentencia, que se entiende equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al resultando fáctico, presentando con claridad la alternativa defendida», debiendo basarse en pruebas documentales o periciales.

Por supuesto, no es suficiente la referencia genérica a la prueba documental, como confirma la STSJ Castilla y León 24-1-91 (AS 309).

—STS 5-12-62 (RJ 4.545), 11-3-63 (RJ 1.550) y 17-5-65 (RJ 3.289), STCT 20-11-75 (RTCT 5.183), 7-2-77 (RTCT 627), 14-3-73 (RTCT 1.251), 16-4-83 (RTCT 3.218) y 9-2-84 (RTCT 1.168), STSJ Castilla y León 2-1-91 (AS 343) y STSJ Madrid 18-6-92 (AS 3.446), 13-7-92 (AS 3.695) y 10-9-92 (AS 4.417): No pueden combatirse los *hechos probados* si éstos han sido *obtenidos por el juez «a quo» precisamente de los mismos documentos* en que la parte pretende amparar el recurso, toda vez que ello equivaldría a sustituir la interpretación que de las pruebas en cuestión hizo el juzgador, por la apreciación personal y subjetiva que de ellas hace la parte.

—STSJ Madrid 30-9-92 (AS 4.501): La pretensión de revisión fáctica debe especificar con claridad si se persigue una *modificación o una adición* del texto, ya que son términos opuestos que no cabe esgrimir en un mismo motivo.

—STS 20-4-67 (RJ 1.642), 27-2-75 (RJ 1.123), y 25-2-76 (RJ 987): No se puede pretender la *adición de hechos* que encierran conceptos propios de la parte dispositiva del fallo.

—STSJ Asturias 20-2-91 (AS 1.238) y STSJ Madrid 8-1-91 (AS 704) y 30-3-93 (Rec. 5.340 s. 1.ª): No procede la *revisión fáctica* amparada en el art. 191 b) LPL si no va *seguida de un examen del Derecho* aplicado (al amparo del art. 191 c) LPL).

La STSJ País Vasco 20-7-92 (AS 3.8065) desestima un recurso de suplicación puesto que la pretensión revisora del relato fáctico no va acompañada de la denuncia de la infracción de norma del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

Y, como indican la STS 25-11-97 (Rec. 3367/94) y las STSJ Madrid 12-12-91 (Rec. 3.635/91) y 10-2-94 (Rec. 753/93 s. 2.ª), si se desestima

la revisión fáctica se debe desestimar la revisión de Derecho que queda subordinada a aquella. Así, la STS 25-11-97 indica que «la infracción denunciada ... depende por completo de que se haya aceptado el precedente motivo de revisión fáctica, por lo que el fracaso de este último comporta también, inevitablemente, el fracaso de aquél».

—STS 21-2-86 (RJ 800): *No* es dable alegar la *infracción de preceptos procesales al invocar error en la apreciación de la prueba*, limitado a cuestiones «de facto».

—STSJ Asturias 24-6-93 (La Ley 13.463): *Solamente* son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho en la apreciación de la prueba los *documentos que* ostenten un decisivo valor probatorio y tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad y su contenido no esté contradicho por otros elementos probatorios (art. 1.692.4 LEC[2]).

—STS 2-11-89 (RJ 7.989): No es apta para la revisión fáctica el *acta notarial*, que es un documento testimonial.

—STCT 28-6-74 (RTCT 3.279), 29-1-75 (RTCT 458), 7-4-75 (RTCT 1.674): La *demanda* no es una prueba documental ni permite la revisión de los hechos probados (por la vía del vigente art. 191 b) LPL), toda vez que, como señala la STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234), se trata de un documento que se limita a recoger manifestaciones de parte.

—STSJ Madrid 10-9-92 (AS 4.417): El *acta del juicio* (como confirman la STS 31-1-86, RJ 308, y la STSJ Castilla-La Mancha 27-3-92, AS 1.561), *la confesión* (como advierten las STS 8-7-86, RJ 3.985, 2-6-87, RJ 4.110, y 13-2-91, RJ 831, y dos STCT 18-1-85, RTCT 305 y 306, aunque se trate de una confesión irregularmente evacuada) *y la prueba testifical* (como ratifican la STS 2-6-87, RJ 4.110, y 5-4-91, RJ 3.251) no son medios aptos para la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia.

La STSJ Madrid 10-2-94 (Rec. 753/93 s. 2.ª) recuerda que son ineficaces como medios revisorios la demanda, la reclamación previa, el acta del juicio, *el contrato suscrito y las nóminas*.

Para la STSJ Asturias 20-2-91 (AS 1.238), las hojas de salarios no reúnen los requisitos necesarios para fundar la revisión fáctica de la sentencia.

[2] La cita de dicho precepto ha de entenderse hecha al anterior a la reforma procesal de 30 de abril de 1.992, que suprimió el motivo específico de casación por error en la apreciación de la prueba documental en los órdenes civil y contencioso-administrativo, pero no en el social.

La STSJ País Vasco 23-1-91 (AS 277) considera que ni los recibos de salarios ni los boletines de cotización permiten la revisión fáctica.

La STSJ Madrid 12-12-91 (Rec. 3.635/91) declara inapta para la revisión fáctica la hoja de cálculo por su identidad de naturaleza con las nóminas o recibos de salarios, con cita de Ss. 24-7, 4-9 y 12-11-91.

En cambio, la STSJ Castilla y León 8-1-91 (AS 358) admite la eficacia revisoria de los recibos de salarios al no haber sido tachados de falsedad (ni formal ni ideológica o de contenido) por la contraparte.

—STCT 27-6-74 (RTCT 3.242), 9-2-84 (RTCT 1.168), 25-4-89 (RTCT 2.737) y 23-7-90 (RTCT 6.456), STSJ Madrid 13-7-92 (AS 3.695) y STSJ Cataluña 30-11-91 (Rec. 5.282/91): Las actas e *informes de la inspección de trabajo* no son prueba documental ni, por tanto, permiten la revisión fáctica de la sentencia. Además, como indica la citada STSJ Cataluña 30-11-91, a través de él el funcionario accionante se limita a constatar o reflejar lo que otros le dicen o lo que él razona o concluye como resultado de su intervención, por lo que integra y constituye testimonio de referencia o de valoraciones sin efectos vinculantes.

Esto lo reitera la STSJ Cantabria 26-2-91 (AS 1.206), identificando su contenido con el de una prueba testifical, por lo que, aunque es siempre valuable como elemento de convicción, no tiene el carácter de prueba documental ni permite fundar la revisión fáctica en suplica.

La STSJ Madrid 28-1-91 (AS 887) recoge la doctrina arriba expuesta pero considera que, en el caso de autos, el informe de la Inspección de Trabajo constituye prueba pericial porque fue recabado como diligencia para mejor proveer (?).

—STCT 5-12-74 (RTCT 5.226), 7-11-74 (RTCT 4.592), 21-6-74 (RTCT 3.103) y 12-12-74 (RTCT 5.319): No es medio idóneo para intentar la revisión fáctica la copia de una *sentencia de juicio anterior*, pues los medios aportados en proceso anterior pueden reflejar una realidad no acreditada en la contienda resuelta (STCT 10-12-74, R. 5319), o se pueden haber aportado pruebas distintas (STCT 21-6-74, R. 3105), sin que pueda pretenderse en base a los hechos probados en otra sentencia entre las mismas partes contendientes, pues el TS tiene declarado, entre otras sentencias en las de 15-2-66, 1-12-65 (RJ 4.659), 2-1-76 (RJ 262) y 6-5-88 (RJ 3.571), que los hechos declarados probados en un proceso laboral no extienden su eficacia fuera del mismo para el que son únicamente válidos (STCT 11-10-76, RTCT 4.379).

Por su parte, STSJ Madrid 22-1-91 (AS 826), 5-3-91 (Rec. 2.933/90 s. 1.ª), 13-9-93 (AS 4.175) y 20-1-94 (Rec. 4.070/93 s. 3.ª) sostienen que

los hechos que en una sentencia se declaran probados no vinculan al juzgador en ulteriores litigios ni, consecuentemente, son aptos para conseguir la revisión fáctica en vía de recurso; precisando, la primera de ellas, que sólo una sentencia mero-declarativa o constitutiva tiene eficacia plena en otros procesos ulteriores mas no las obtenidas en procesos declarativos de condena, por un período distinto, puesto que para que las sentencias recaídas en este tipo de procesos vinculasen en procesos ulteriores sería menester que se diera en ambos la triple identidad precisa para la cosa juzgada, excluyente, precisamente, del proceso posterior. Ver también *COSA JUZGADA*.

—STCT 17-11-83 (RTCT 9.794) y STSJ Madrid 18-6-92 (AS 3.446): «El *acta del comité de empresa* no es un documento que pueda considerarse eficaz a efectos revisorios por cuanto en ella se recogen por escrito las manifestaciones hechas por los miembros de aquel órgano unitario y a cuyas manifestaciones no cabe atribuir, por tanto, otro valor que el de una prueba testifical».

—STS 20-3-84 (RJ 1.582), 6-11-90 (RJ 8.552) y 24-2-92 (Rec. 1.059/91) y STSJ Asturias 15-2-91 (AS 1.234): Los informes de *detectives privados* no son pruebas documentales sino testificales, siempre y cuando se ratifiquen aquellos en el juicio, por lo que no permiten seguir la vía del art. 191 b) LPL.

No obstante, la STSJ Baleares 5-2-91 (AS 1.616) estima que no cabe declarar la absoluta ineficacia del informe no ratificado en juicio por el testigo directo de los hechos sino por el jefe de la empresa de seguridad.

—STSJ Madrid 13-3-90 (Actualidad Laboral 9-9-92) y STSJ Andalucía 22-1-91 (AS 423) y 9-4-91 (AS 2.706): Los *Convenios Colectivos*, por ser normas jurídicas, no permiten fundar la revisión fáctica. En esta línea, la STSJ Madrid 12-11-93 (Rec. 782/93 s. 1.ª) dice que no es preciso incorporar su contenido en los hechos probados, dado el conocimiento de las normas que al juzgador se atribuye y cuando su constancia e interpretación deben ser objeto de consideración jurídica en fundamento de tal carácter.

—STSJ Extremadura 9-1-91 (AS 129): No tiene eficacia revisoria la *carta de despido*.

—STS 2-11-89 (RJ 7.990), 6-6-90 (RJ 5.033) y 6-11-90 (RJ 8.552): Carece de eficacia revisora la prueba documental consistente en meras copias o *fotocopias* aportadas a los autos por la misma parte recurrente, sin género alguno de adveración o reconocimiento de adverso.

Así, la STSJ Galicia 5-1-91 (AS 9) recuerda que «respecto al valor de las fotocopias ya se tiene pronunciada reiteradamente la jurisprudencia, en el sentido de señalar que éstas tienen el que le da el art. 604 LEC, y que es que tienen que ser tenidas en cuenta como prueba si la parte a la que perjudican las hubiera aceptado como legítimas, lo que ocurre en el presente supuesto, pues no fueron impugnadas en el acto del juicio».

Ahora bien, la STSJ Baleares 25-1-91 (AS 1.016), con cita de STS 1.ª 12-6-86 (RJ 3.386), 27-1-87 (RJ 359), 5-2, 25-3 y 30-12-88 (RJ 705, 2.472 y 10.073), 20-4 y 6-7-89 (RJ 3.243 y 5.404) y 26-5-90 (RJ 4.083), advierte que la *falta de reconocimiento de un documento privado* no le priva íntegramente de valor probatorio y que puede ser tomado en consideración por el juzgador de instancia en atención a las circunstancias y al resto de pruebas y máxime si no ha sido tildado de falso.

—STSJ Madrid 17-5-93 (Rec. 289/92 s. 2.ª): Carece de eficacia revisora el *documento confeccionado por la parte interesada* y contestado por la impugnante.

—STSJ Aragón 30-1-91 (AS 209) y STSJ País Vasco 23-1-91 (AS 277): Carecen de eficacia revisora las *resoluciones administrativas*.

—STCT 22-5-87 (RTCT 10.878) niega la fuerza para la revisión fáctica de la *nota que el instituto demandado entregó* al letrado que intervino en autos.

—STSJ Canarias 15-1-91 (AS 66) y STSJ Murcia 15-1-91 (AS 634): Los *informes no ratificados* en juicio no constituyen prueba pericial ni son aptos para la revisión fáctica.

RECLAMACIÓN PREVIA

Ver también *DEMANDA*, *PLAZOS* y *PRESCRIPCIÓN*.

—STC 16-3-89 (RTC 60), 217/1991, 120/1993 de 19-4 (BOE 25-5-93) y 122/1993 de 19-4 (BOE 25-5-93): La reclamación previa tiene como objetivos fundamentales, por un lado, poner en conocimiento del organismo correspondiente el contenido y los fundamentos de la pretensión y, por otro, darle oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando el uso de los mecanismos jurisdiccionales. En cierto modo, viene a sustituir a la conciliación previa al juicio que también exige con carácter general la LPL, sin perjuicio de que la fórmula utilizada en uno y otro caso sea diferente, fundamentalmente por la imposibilidad legal de los entes públicos de llegar a una transacción, que es el objeto principal de la conciliación. Además, la reclamación previa, aun cuando retrasa el acceso a la jurisdicción, *cumple unos objetivos razonables e incluso beneficiosos*, tanto para el reclamante que puede resolver así de forma rápida y acomodada a sus intereses como para el desenvolvimiento del sistema judicial, que se ve aliviado de asuntos.

Para STS 9-6-88 (RJ 5.259), la reclamación previa «proporciona a la parte a quien se dirija la oportunidad de una mayor reflexión sobre los hechos que originan la acción, evitando tal vez así posibles procesos, y también de la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición, en este caso al Estado».

—STC 11-5-92 (RTC 70), STS 25-4-69 (RJ 2.630), 26-9-79 (RJ 3.217) y 5-11-81 (RJ 4.378), STSJ Extremadura 3-4-91 (AS 2.480) y STSJ Andalucía 6-11-91 (AS 6.110): Su falta es *apreciable de oficio*.

En contra, STS 30-6-77 (RJ 3.211), STCT 31-3-79 (RTCT 2.068), 19-12-83 (RTCT 11.018), 24-5-85 (RTCT 3.409), 2-3-87 (RTCT 4.605), 19-9-88 (RTCT 5.556) y 13-4-89 (RTCT 2.667) y STSJ Madrid 30-3-92 (AS 1.650), considerando que se trata de un privilegio renunciable de la Administración. Por ello, la STCT 28-12-87 (RTCT 29.281) estima que si no se alegó su falta en la instancia, sería una cuestión nueva inadmisible en vía de recurso.

STSJ Andalucía 18-6-93 (Rec. 795/92-Ma) considera que la falta de reclamación previa, así como su defectuosa formulación, que implica falta de concordancia con las pretensiones de la demanda, constituye

una excepción dilatoria, prevista en el art. 533.7.ª LEC, por lo que no puede ser apreciada de oficio, no procediendo advertir el defecto al actor para que lo subsane.

—STC 194/1997, de 11 de noviembre, recuerda que «la doctrina de este Tribunal ha venido declarando contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva decisiones judiciales que apreciaron la falta de agotamiento de la vía previa, en supuestos en los que la finalidad de la reclamación administrativa había sido materialmente satisfecha; así, cuando, aun formulada la demanda antes de vencer el plazo para entender desestimada la reclamación previa, este plazo había ya transcurrido el día del juicio y la Administración adoptó en este acto una postura procesal de oposición a la pretensión de la parte actora (SSTC 120/1993, 122/1993, 144/1993, 191/1993); o cuando el órgano judicial ha exigido al demandante un doble trámite antes de formular la demanda, que, además de no desprenderse de la normativa aplicable (art. 71 LPL), era innecesario, pues la Administración ya había conocido y desestimado expresamente la pretensión del interesado (STC 355/1993)»; y, en esta línea, indica como «el vigente Texto Articulado (de 1990) -teniendo en cuenta quizá la doctrina sentada en la STC 60/1989- elimina ... la exigencia de agotar un doble trámite antes de formalizar la demanda, [pues] otorga a la solicitud inicial el valor de reclamación previa, que deja expedito el acceso a la jurisdicción una ves denegada expresamente o por silencio administrativo».

—STS 2-7-83 (RJ 3.706), 4-12-84 (RJ 6.330), 5-12-88 (RJ 9.549), 30-5-91 (RJ 3.928) y 30-3-92 (RJ 1.887), STCT 17-5-89 (RTCT 3.308), STSJ Madrid 12-3-90 (AS 1.160) y STSJ Cataluña 15-3-91 (AS 2.078): La *demanda* puede formularse *antes de que la reclamación previa se entienda denegada* por silencio administrativo siempre y cuando el juicio se celebre después del indicado plazo, ya que con ello se evita la indefensión que pudiera suscitar el incumplimiento del plazo de reflexión.

Corroborando esta tesis, las STC 120/93 de 19-4 (BOE 25-5-93), 122/1993 de 19-4 (La Ley 2.200) y 144/93 de 26-4 consideran que en caso de presentación de la demanda antes de la desestimación de la reclamación previa, el vicio queda subsanado al transcurrir el plazo de desestimación presunta hasta el acto del juicio y contestarse la demanda en éste, quedando garantizada la finalidad de la reclamación previa [1].

[1] Sin embargo, ver art. 121.1 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 noviembre 1992 que exige la resolución expresa o presunta de la reclamación previa antes de presentarse la demanda.

STSJ Canarias 23-1-91 (AS 538) admite la reclamación «previa» simultánea a la demanda siempre que desde ésta al acto del juicio pase el indicado plazo para que la reclamación se entienda desestimada por silencio administrativo.

—STC 11-5-92 (RTC 70) entiende que la posibilidad de subsanación prevista en la LPL se refiere al *defecto subsanable de la falta de acreditación* del agotamiento de la vía previa en el momento de presentación de la demanda, no a la falta de agotamiento de dicha vía. Así, declara que la concesión del plazo de 4 días no permitiría eliminar el vicio detectado que depende de actuaciones previas al proceso por parte del recurrente, el agotamiento de la vía administrativa, que sólo puede realizarse agotándola antes de volver a demandar, por lo que mal puede corregirse la falta de agotamiento de esa vía administrativa una vez abierta la subsiguiente vía judicial; y no puede sostenerse que por exigir el agotamiento de la vía administrativa previa que la parte no cumplimentó se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva.

—STC 65/93 de 1-3: Aunque procede permitir la subsanación de la falta de reclamación previa, no existe falta de tutela judicial *si no se aprecia de oficio* la falta de reclamación previa y opuesta luego en el juicio la correspondiente excepción, manteniendo el demandado que no es necesaria y no intentando la subsanación de la falta, se estima en la sentencia.

—STSJ Madrid 2-2-93 (Rec. 847/92 s. 1.ª): La caducidad de la reclamación previa es una *falta insubsanable*, de conformidad con el art. 11.3 LOPJ. No reabre el plazo una *comunicación posterior* que no puede considerarse como resolución posterior extemporánea.

—STSJ Madrid 30-4-96 (Rec. 6.035/94) considera que la *falta de reclamación previa impide un pronunciamiento sobre el fondo*, debiendo absolver al demandado.

—STCT 17-1-83 (RTCT 400) y 20-2-85 (RTCT 1.182): La *congruencia entre las posiciones de las partes en la vía administrativa y la judicial* se refiere a las causas de pedir o de denegar.

Así, la STCT 18-6-79 (RTCT 4.125) ya aclaró que lo que se prohíbe no es alegar hechos nuevos sino causas no aducidas. STSJ Aragón 16-1-91 (AS 184) estima que, en el caso planteado, no sólo se trata de hechos distintos sino de una causa denegatoria diferente, lo que supone una variación de conceptos que está prohibida a ambas partes respecto de la vía administrativa.

A estos efectos, la STCT 4-12-81 (RTCT 7165) entiende que no importa que no exista coincidencia entre reclamación previa y demanda más que en lo que vaya a ser objeto del pleito.

En todo caso, tal congruencia afecta sólo a los hechos y no a consecuencias jurídicas de los mismos, como la excepción de prescripción (STS 8-10-86, RJ 5.423, y 21-5-90, RJ 4.481) o la caducidad (STCT 17-1-83, RTCT 400, y STSJ Madrid 23-11-92, Rec. 3.278/92). Claramente, la STSJ Madrid 24-1-94 (Rec. 1.567/93 s. 1.ª) afirma que «ninguno de los preceptos legales ... impiden ni prohíben la posibilidad de alegarse por la parte demandada en el proceso, y concretamente en el acto del juicio, las excepciones procesales que estime oportunas frente a la acción deducida de contrario, y ello aunque ninguna mención se hubiere hecho a ellas en la contestación dada a la reclamación administrativa previa o no se hubiera producido tal contestación, tanto más cuando la excepción invocada ... ha sido de incompetencia de jurisdicción ... que, por afectar al orden público procesal, es incluso apreciable de oficio». En cambio, la STSJ Galicia 11-1-91 (AS 27) entiende que no es oponible la prescripción si no fue alegada en el expediente administrativo.

La STSJ Madrid 28-1-94 (Rec. 386/93 s. 2.ª) estima que el art. 72 LPL se refiere a extremos circunstanciales de tiempo, cantidades o conceptos pero no a cuestiones esenciales al proceso, como la competencia (territorial en el caso de autos) que es de orden público.

La STSJ Galicia 10-4-91 (AS 2.408) rechaza una pretensión subsidiaria no hecha valer en vía previa.

La STSJ Extremadura 3-4-91 (AS 2.480) estima *variación sustancial* de la reclamación previa por pedirse en la demanda una determinada fecha de efectos no solicitada en aquella reclamación, toda vez que «la interposición de la reclamación previa no quiere decir que la vía administrativa se haya agotado, pues este agotamiento ha de serlo en forma correcta, es decir que debe tener plena concordancia con las pretensiones de la demanda, pues de no ser así la indicada vía no se ha agotado o -si lo desea la parte recurrente- no se ha agotado correctamente».

Ahora bien, de acuerdo con la STS 14-6-96 (RJ 5.160) no hay variación sustancial entre reclamación previa y demanda por solicitar menos de lo inicialmente reclamado, toda vez que quien pide lo más pide lo menos.

—STSJ Cataluña 13-7-92 (Rec. 4.569/92) trata el supuesto en que en reclamación previa sólo se pidieron cantidades por trabajos de superior categoría y *luego se aclara la demanda pidiendo también* la clasificación profesional, no existiendo al respecto reclamación previa ya que su finalidad no se cumple cuando el conocimiento exacto de las

pretensiones del actor en orden a poder atenderlas no existe o no se corresponde con el de la verdadera reclamación objeto de litigio.

—STS 17-5-82 y 14-2-85 (RJ 648): Cuando sean *dos las Administraciones u organismos demandados*, deberá agotarse la reclamación previa frente a ambos.

—STS 6-11-79 (RJ 3.936) y 27-4-82 (RJ 3.080): El plazo para presentar la demanda es de *caducidad*, no interrumpiéndose más que por la propia demanda.

Así, la STSJ Madrid 10-4-92 (Rec. 1.910/91 s. 1.ª) entiende que el plazo para presentar la demanda no puede prorrogarse o dilatarse por medio de escrito posterior alguno que el reclamante pudiera dirigir al organismo administrativo en cuestión, como pueda ser el de denuncia de la mora.

Según la STS 5-4-91 (RJ 3.252), la *desestimación de la demanda*, sin entrar en el fondo y sin perjuicio de una nueva demanda, por haber transcurrido el plazo establecido desde la contestación, expresa o presunta, a la reclamación previa no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, porque, habiéndose seguido un proceso regular en el que recayó sentencia seguida del oportuno recurso, que por ésta se resuelve, satisface la tutela judicial, aun cuando el resultado sea adverso a los solos efectos formales por quedar imprejuzgado el fondo, que podrá reproducirse.

—STS 25-2-63 (RJ 1.990), 31-1-74 (RJ 313), 8-10-74 (RJ 3.905) y 5-4-91 (RJ 3.252), STCT 12-9-84 (RTCT 6.869) y 26-1-85 (RTCT 481) y STSJ Andalucía 18-1-91 (AS 580): *Aunque caduque* la reclamación previa ello no afecta al *derecho* subjetivo material, que *puede volver a ejercitarse* mientras no haya perecido.

Así, la STSJ Madrid 10-4-92 (Rec. 1.910/91 s. 1.ª) estima que, transcurrido el plazo previsto, no se produce la caducidad de la acción ni la desestimación de la demanda en cuanto a las cuestiones de fondo que en ella se suscitan sino simplemente la estimación de la falta de reclamación previa.

—STCT 18-2-86 (RTCT 984) y 19-2-86 (RTCT 1.019): En caso de *suspensión de los plazos de caducidad*, se reanudan a partir de la resolución expresa o presunta, computando los ya transcurridos.

—STSJ Andalucía 18-1-91 (AS 580): Cuando el plazo para la presentación de la demanda tras la reclamación previa se expresa por días se entiende que son *días hábiles*.

—STSJ Cantabria 18-12-91 (AS 6.719): No cabe apreciar la caducidad de la acción cuando se acudió a la *reclamación previa en lugar*

de a la conciliación previa, que era lo procedente, al no haberse indicado al demandante la vía previa oportuna y ser ésta, además, problemática por el carácter público de la entidad demandada.

En caso semejante y de igual modo, la STS 13-10-89 (RJ 7.171) da valor a la conciliación en sustitución de la reclamación previa al existir dudas sobre la procedencia de una u otra vía. Asimismo, la STS 18-7-97 (Rec. 4519) estima suspendido el plazo de caducidad por la conciliación, aunque lo que procedía era la reclamación previa.

—STSJ Galicia 22-7-95 deniega la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando, *dirigido a una Administración de las CCAA, es presentado en la del Estado.*

—STSJ Cataluña 29-2-96 considera que en demandas frente a *organismos públicos sometidos a Derecho extranjero* es preceptiva la conciliación extrajudicial, en lugar de reclamación administrativa previa.

—STS 24-6-96 (RJ 5.302): La *denegación expresa* de la reclamación previa, aun producida después de actuado el silencio administrativo, abre el plazo hábil para el ejercicio de la acción.

En contra, la STS 21-7-97 considera que cuando la reclamación previa, en materia de despido, es resuelta extemporáneamente, esto es, con posterioridad a la fecha en que pudo entenderse desestimada presuntamente, no se reabre el plazo de caducidad de la acción por despido.

RECONVERCIÓN

—STS 23-1-67 (RJ 691) y STCT 1-3-74(RTCT 1.076): *Hay reconvención* cuando el demandado hace cualquier petición que no se limita pura y simplemente a pedir que se le absuelva.

—STSJ Castilla y León 31-1-91 (AS 324) aplica la *compensación de deudas* por diferencias a favor y en contra de los trabajadores por diferentes conceptos retributivos, sin exigir reconvención.

RECURSOS

Ver también *CASACIÓN, REPOSICIÓN, REVISIÓN* y *SUPLICACIÓN.*

—STC 25-1-83 (RTC 3) y 22-5-87 (RTC 69): El *derecho del art. 24.1 CE implica* no sólo el derecho al proceso en primera instancia sino también a los *recursos* establecidos en la Ley. Sin embargo, al no existir norma o principio constitucional que obligue a la existencia de una doble instancia (que no existe en el proceso laboral) o de unos determinados recursos, es evidente que, en abstracto, es posible la inexistencia de recursos o condicionar los previstos al cumplimiento de determinados requisitos, siempre que sean justificados y proporcionados.

—STC 23-7-87 (RTC 140) 14-6-93 entienden que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si *omitida la firma de letrado* se inadmite el recurso sin conceder plazo de subsanación.

—ATS 11-10-93 (La Ley 15.806-R): Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de las pretensiones de *audiencia al rebelde* que se deduzcan en relación con sentencias de estas Salas y con sentencias de los Juzgados de lo Social incluidos en el ámbito de su jurisdicción, y frente a las sentencias que se dicten resolviendo sobre estas pretensiones podrá formularse recurso de casación.

—STC 96/93 de 22-3: No cabe rechazar un recurso al mismo tiempo por improcedente y por motivos formales, como *no haber solicitado los testimonios exigidos* por la ley, pues si es improcedente es irrazonable inadmitirlo por razones formales y si es procedente debe permitirse la subsanación.

—STC 96/93 de 22-3 (La Ley 2.213): La finalidad y ratio, en el *recurso de queja*, de que el recurrente, mediante la petición de testimonio, manifieste o exprese su voluntad de interponer el ulterior recurso de queja contra una decisión previa de inadmisión de otro recurso -en el caso, el de suplicación, y, por ello, cuando esa finalidad se ve satisfecha por otra vía, ya que pese a la falta de solicitud expresa de los testimonios el recurrente manifiesta claramente su intención de formular la queja en el recurso de reposición[1] es evidente que la

[1] Aplicando el art. 398 LEC, sobre el recurso de queja contra la denegación del recurso de apelación, que ya no es aplicable conforme a la LPL, que, para el caso de inadmitirse el recurso de suplicación, se remite al recurso de queja en casación de la LEC, que no exige previa reposición u otro recurso.

finalidad esencial a que responde la norma procesal y, por tanto, el requisito en sí, ha de entenderse observado; y, en cualquier caso, tal defecto formal debería haber conducido a la posibilidad de subsanación antes de acordar la inadmisión de plano del recurso por tal causa.

—STC 91/88 de 20-5: En el proceso laboral no hay ninguna norma que prohíba de forma expresa la «*reformatio in peius*», por aplicación supletoria de las normas civiles debe también admitirse la prohibición según ha entendido tradicionalmente la jurisprudencia, si bien una de las características del proceso laboral frente al civil es precisamente el mayor margen de actuación del juez, lo cual puede representar a la postre una delimitación del principio dispositivo.

Por su parte, la STC 45/93 de 8-2 sostiene que la prohibición de «reformatio in peius», es decir, de que la situación de quien interpone un recurso quede empeorada exclusivamente como consecuencia del recurso tiene respaldo constitucional en cuanto pueda producirse indefensión y es aplicable también proceso laboral, como una modalidad de incongruencia procesal que vulnera también el principio general del Derecho procesal «tantum devolutum quantum apellatum», no siendo significativas las extralimitaciones intrascendentes.

La STSJ Galicia 28-1-91 (AS 89) recoge el principio de referencia al señalar que «es principio incontrovertido en nuestro ordenamiento jurídico, al ser contrario al sistema procesal agravar la situación del recurrente cuando la parte contraria no recurre sino que acató y consintió la resolución que le perjudicaba», siendo este principio tradicional en nuestro Derecho desde la Ley XIV, título 23, partida 3.

—STS 3-3-87 (RJ 1.317): «Es unánime y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida entre otras muchas en sus sentencias de 17 de julio de 1982 (RJ 4.638) y las en ella citadas, así como en las más recientes de 13 de febrero de 1984 (RJ 863) y 18 de abril de 1985 (RJ 1.887), y en las mismas mencionadas, la de que *sólo la parte a la que la resolución de instancia resulta desfavorable* puede como perjudicada o agraviada por ella utilizar los medios de impugnación que la Ley concede para que se revoque o reforme, ... al carecer de interés y de legitimación para recurrir quienes no sufran ningún gravamen con la sentencia, al ser el legitimador del recurso, mucho más, cuando la parte a la que únicamente es gravosa la condena la ha consentido, ya que lo primero que se requiere para recurrir es interés, al ser idea íntimamente ligada a la de vencimiento, de ahí que carezca de la mencionada legitimada activa para realizarlo quienes no sufran

ningún gravamen con la sentencia de instancia dado que presupuesto fundamental es que aquél provenga de la parte dispositiva del pronunciamiento que puso fin al proceso en la instancia».

Así, la STCT 12-3-87 (RTCT 5.611) declara que carece de interés que legitima para recurrir la parte demandada que ha sido absuelta íntegramente de la demanda, puesto que contra un pronunciamiento absolutorio no posible interponer recurso por quien ha resultado favorecido por la sentencia, como reiteradamente tiene declarado este tribunal en sentencias, entre otras, de fecha 16-12-80 (RTCT 6.692), 27-1-82 (RTCT 397), 21-6-83 (RTCT 5.889) y 16-4-85 (RTCT 2.528), ello además de que, como asimismo tiene también resaltado dicho tribunal, el recurso se da contra el fallo y no contra los considerandos.

Las STSJ Extremadura 29-1-91 (AS 156) y 4-2-91 (AS 1.258) recogen esta doctrina, estimando improcedente el recurso de suplicación de quien fue absuelto por la sentencia, al no tener interés que le ampare por no pararle perjuicio alguno la sentencia.

Excepcionalmente, la STC 23-4-92 (RTC 60) reconoce *legitimación al FOGASA para recurrir una sentencia absolutoria* de despido pues de ella pueden derivarse consecuencias perjudiciales para él.

—STC 255/93 de 20-7 (La Ley 2.278) niega que se vulnere el art. 24 CE por la *inadmisión del recurso de suplicación al haberse interpuesto indebidamente recurso de casación* a pesar de que la propia sentencia recurrida indicaba que el procedente era el de suplicación, no siendo una mera cuestión de «nomen iuris» puesto que se trata de dos recursos perfectamente diferenciados y con tramitación distinta.

REPOSICIÓN, recurso de

—STC 22-5-87 (RTC 69), 213/93 de 28-6 (La Ley 2.242) y 21-11-95: De los arts. 376 y 377 LEC, que se refieren al recurso de reposición, se desprende que regulan un recurso contra infracciones de procedimiento y por ello las posibles infracciones que con él se denuncien serán también de procedimiento por lo que es lógico que el *recurso debe citar la norma procesal infringida*, sin que ello suponga un formalismo riguroso sino más bien una necesidad para el juez, que así podrá ser congruente con el petitum del recurso; *pero* si la resolución tiene contenido sustantivo *cabrá invocar infracción de normas sustantivas*, lo que se produce en mayor medida en el proceso laboral, ya que cabe recurso de reposición no sólo contra providencias sino también contra autos.

—STC 218/93 de 30-6 (La Ley 2.243): Aunque el art. 183.1 y 2 LPL establece que la reposición procede contra las providencias y autos y el art. 49 LPL las diferencia de las *resoluciones verbales*, ello no significa que éstas queden exentas de impugnación, siendo tal diferencia puramente formal y debiendo admitirse el recurso contra las resoluciones orales según su contenido decisorio.

REVISIÓN

—STS 7-7-93 (La Ley 15.670-R): Las *causas* para instar la revisión son únicamente las que de manera cerrada la ley establece, que han de ser *interpretadas estrictamente*; y no basta la anulación de un acto documentado por los tribunales del orden social sino que es necesario que la *falsedad del documento* se declare por sentencia penal.

—STS 28-7-93 (Rec. 2.294/91): «Como ha declarado esta sala con reiteración (sentencias de 27 de febrero y 19 de septiembre de 1991 y 8 de febrero de 1993, entre muchas) la *naturaleza extraordinaria y excepcional* de este recurso (de revisión) en cuanto que, como consecuencia del mismo, se puede romper el principio de irrevocabilidad de una sentencia firme, y consiguientemente el de seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE, exige una interpretación rigurosa tanto de las causas que lo viabilizan como de los requisitos formales exigidos, a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de los litigantes y con menoscabo de la cosa juzgada, se intente volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos».

—STS 11-7-93 (RJ 5665): La *maquinación fraudulenta* que prevé el art. 1.796.4 LEC comprende todo artificio realizado personalmente o con auxilio extraño por la parte que ha obtenido la sentencia favorable, artificio que implica una conducta maliciosa o dolosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor con consciente y voluntario aprovechamiento a través de actos directos que provoquen una grave situación de irregularidad procesal, colocando a la otra parte en una posición de indefensión.

En particular, según la STS 19-6-95 (RJ 5253), constituye maquinación fraudulenta el señalamiento por el trabajador como domicilio de la empresa el de la obra ya concluida.

Según las STS 22-3-1991 (RJ 5228) y 6-5-1991 (RJ 3789) no es que la citación de una sociedad deba realizarse directamente en el domicilio del administrador único, pues antes hay que intentar la citación en el domicilio social, pero si intentada sin éxito y conociendo el domicilio del administrador se omite éste se puede apreciar la existencia de maquinación fraudulenta.

—STS 17-4-97 (Rec. 2.498/95) estima que el *plazo para interponer el recurso de revisión* es de caducidad y e incumbe al recurrente no sólo indicar que lo ha interpuesto oportunamente sino también fijar con claridad el dies a quo y acreditar su certeza mediante prueba concluyente.

—STS 13-3-97 (Rec. 4.107/95): Un *documento publicado en un boletín oficial* no puede considerarse que se ha recobrado después a efectos del recurso de revisión.

SALARIOS

Ver también GARANTÍAS DEL SALARIO, JURISDICCIÓN, PLUSES y SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

—STS 2-3-92 (RJ 1.608): En caso de reclamación de *salarios impagados*, corresponde al trabajador la prueba de su devengo y a la empresa la de su pago.

—STC 21-5-86 (RTC 63), 24-5-90 (RTC 96), 15-12-92 (RTC 237) y 23-12-93 (RTC 385), STS 8-6-95 (RJ 4772), STCT 21-7-86 (RTCT 7.167) y 13-11-86 (RTCT 12.769), STSJ Madrid 26-2-91 (Rec. 717/91 s. 5.ª), 10-12-91 (Rec. 4.603/91) y 17-3-92 (Rec. 924/92 s. 1.ª), STSJ Castilla-La Mancha 19-9-90 y STSJ Andalucía 11-1-93 (Rec. 771/92): Deben respetarse, en su caso, los *límites de incremento de salarios que establezca la ley de presupuestos*, incluso en perjuicio de lo previsto en el Convenio Colectivo, que debe respetar lo dispuesto en la ley, pues dicha ley puede establecer límites al crecimiento de las retribuciones de los empleados públicos (funcionarios y laborales), lo que está en inmediata relación con el gasto público, incluso si estos empleados lo son de entes territoriales distintos al Estado, por corresponder al Estado la política económica general y las bases del régimen jurídico de la función pública así como por los principios de igualdad y solidaridad, pero respecto de los empleados de las CCAA y las corporaciones locales el límite ha de referirse al volumen total de retribuciones y no al incremento de cada uno de los afectados.

Según la STC 24-5-90, la aplicación de estos límites al personal laboral del sector público no implica discriminación respecto de los trabajadores del sector privado. Sobre el particular, también pueden citarse las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/87, de 21 de mayo, para la cual la LPGE constituye un límite directo, de efecto inmediato sin necesidad de resoluciones o actos intermedios, sobre los gastos de los entes públicos; 237/92, de 15 de diciembre, 385/93, de 23 de diciembre, y 22 de mayo de 1.997 (Rec. 544/88), que reconoce como límite a la normativa autonómica el fijado por el Estado al incremento del volumen total de las retribuciones de los empleados públicos.

La STS 3.ª 9-5-96 (RJ 4.101) admite la competencia contencioso-administrativa para conocer de la impugnación de los convenios

colectivos entre la Administración local y el personal laboral cuando no se fundamenta en normas de la rama social del Derecho sino en la extralimitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Asimismo, la STS 3.ª de 16 de mayo de 1.997 declara la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de los acuerdos de las corporaciones locales sobre retribuciones de su personal, ya sea éste funcionario o laboral.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de junio de 1995 (RJ 4772), recuerda la sujeción de los Convenios Colectivos a las leyes de Presupuestos y admite que la autoridad laboral está legitimada para impugnarlos. Dicha sujeción es recordada por la STS 31-3-95.

En esta línea, la STSJ Murcia 20-10-93 declara la nulidad de determinados artículos impugnados del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Murcia por suponer un incremento de la masa salarial superior al máximo permitido por la ley de presupuestos generales del Estado.

—STSJ Madrid 18-6-91 (Rec. 3.348/90 s. 1.ª-2.ª): Los «*Presupuestos Generales del Estado ... no establecen ningún incremento ...* sobre los salarios individuales sino un topo e límite máximo asignado al crecimiento de la masa salarial conjunta de cada organismo empleador ... por lo que cabe crecimientos salariales inferiores al indicado, como corresponde a un límite máximo que no puede rebasarse, pero que no obliga a llegar a él y es posible también una distribución del aumento de la masa salarial, por debajo de aquel límite, en los términos que en cada convenio colectivo se acuerde por las distintas unidades negociadora, puesto que, en modo alguno, se trata de un incremento sobre las retribuciones percibidas por cada trabajador en el ejercicio precedente, es decir, que el precepto de referencia fija un tope de una banda de crecimiento salarial, cuya cuantificación y distribución exacta habrá de fijarse entre las partes mediante la negociación oportuna, sin que pueda ser invocado para pretender, individualmente, aumentos salariales iguales en cada caso.

—STS 3-10-92 (Rec. 1.781/91): El *art. 60 LGP* (que declara nulos los gastos sin consignación presupuestaria previa) no autoriza a no pagar los salarios legalmente debidos.

—STSJ Madrid 20-9-91 (AS 5.312): Es conocida «la indispensable homogeneidad de los conceptos entre los que se establezca la comparación para que pueda operar entre ellos el efecto de la *compensación o absorción*».

Por ello, la STSJ Madrid 10-1-91 (AS 743) y 24-1-91 (AS 871) desestimaron la absorción al tratarse de conceptos no homogéneos (un complemento personal para equiparar salarios de trabajadores de centros distintos y la subida salarial por el reconocimiento de una categoría superior, en el primer caso; y conceptos retributivos por unidad de tiempo con un salario a la parte o por tarea).

En cambio, la STSJ Madrid 3-4-95 estima que la absorción y compensación es factible entre conceptos remuneratorios distintos.

SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A CARGO DEL ESTADO

—STS 24-4-90 (RJ 3.493) y 24-12-90 (RJ 9.830), 19-5-93 (Rec. 3.041/92), 2-4-93 (Rec. 1.038/92), 16-7-93 (Rec. 2.404/92) y 23-7-93 (Rec. 1.895/92, La Ley 15.744-R), STSJ Madrid 17-6-92 y 17-2-94 (Rec. 2.541/93 s. 2.ª), STSJ Murcia 16-2-93 y STSJ Cataluña 22-3-91 (AS 2.092) y 25-11-91 (S. 5.110/91): Los salarios de tramitación pueden reclamarse al Estado en el *plazo general de prescripción de 1 año*, prevaleciendo el art. 59 ET (con plazo idéntico al de la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad patrimonial de la Administración) sobre el plazo de 30 días que fija el RD 17-4-82.

En contra se manifestaron la STS 21-5-84 (RJ 3.051) y la STSJ Castilla y León de 24-9-91, así como la STSJ Castilla-La Mancha 24-9-92 (tomada como término de comparación por STS 2-4-93), que entiende que se aplica dicho plazo y no el art. 59 ET pues no es acción derivante del contrato de trabajo.

—STSJ Castilla y León (Valladolid) 12-11-96: La acción para el *reintegro por el Estado* de lo abonado en concepto de salarios de tramitación no prescribe desde la firmeza de la sentencia sino desde la fecha en que el abono se hace efectivo al trabajador despedido.

—STS 12-4-84 (RJ 2.086), 16-12-86 (RJ 7.494), 6-6-88 (RJ 5.231) y 11-12-89, STSJ Madrid 8-2-93 (Rec. 3.339/92 s. 2.ª), 25-2-93 (Rec. 4.035/92 s. 2.ª) y 2-7-93 (Rec. 8/93 s. 2.ª) y STSJ Galicia 14-191 (AS 37): No cabe reclamar salarios de tramitación al Estado en *despido nulo*.

Lo reitera la STS 7-7-97 (Rec. 3621/96).

De acuerdo con las STSJ Madrid 28-11-96 (Rec. 4.138/95 s. 2.ª), 12-1-97 (Rec. 3.628/95 s. 2.ª) y 15-1-97 (Rec. 4.302/95 s. 2.ª), en caso de despido nulo, el orden jurisdiccional social carece de jurisdicción para conocer de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de justicia, al no poderse reclamar salarios de tramitación al Estado.

—STS 30-1-91 (RJ 193), STCT 30-9-81 (RTCT 5.513), 9-10-81 (RTCT 5.759), 11-4-85 (RTCT 2.395), 18-2-86 (RTCT 994) y 9-12-87 (RTCT 27.566), STSJ Asturias 22-3-91 (AS 2.189) y STSJ Madrid 10-9-91 (Rec. 2.991/91, Actualidad Laboral 92/92) y 30-9-95 (AS 3.362): El

límite de los 60 días hábiles de salarios de tramitación a cargo de la empresa se computa desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia se dicta.

Así, la STSJ Canarias 3-1-91 (AS 523) estima que los salarios de tramitación desde la fecha de la sentencia a la fecha de su notificación corresponden al empresario.

Ahora bien, si hay auto aclaratorio de la sentencia, se discute si debe computarse hasta la fecha de éste, como entiende la STSJ Madrid 9-12-96 (Rec. 9.147/96 s. 6.ª) o bien hay que seguir estando a la fecha de la sentencia, opción que hace suya la STSJ Canarias (Sta. Cruz) 27-7-95 (AS 3.013).

—STSJ Madrid 20-6-91 (Rec. 1.943/91, Actualidad Laboral 1.165) y STSJ Cantabria 18-3-91 (AS 1.957): «La jurisprudencia ... nos dice que *cuando una sentencia es anulada* ha dejado de existir a todos los efectos procesales y materiales y entre ellos, como uno más, el de la declaración de la improcedencia del despido enjuiciado» a efectos del abono de salarios de tramitación por el Estado.

Por ello, como señala la STSJ Madrid 17-6-96 (Rec. 6.142/94), el cómputo de los salarios de tramitación a cargo del Estado finalizará al dictarse la segunda sentencia.

—STSJ Canarias 26-4-91 (AS 2.373): En el supuesto de *salarios de tramitación pendiente recurso luego estimado, opción por la indemnización* y abono de salarios (art. 116.3 LPL), el cómputo debe hacerse desde el momento en que se dictó sentencia en primera instancia hasta que la sentencia se notifica.

—STSJ La Rioja 28-3-96 sostiene que para el cómputo de los salarios de tramitación *cuando el empresario, que ha optado por la indemnización*, recurre la sentencia que declara el despido improcedente, el dies a quo es el siguiente al del despido y el dies ad quem el de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia.

—STS 27-6-90 (RJ 5.527): La responsabilidad del Estado por salarios de tramitación no se extiende a las *cuotas de la Seguridad Social* que, por su propia naturaleza de cargas o tributos de carácter social, no revisten el carácter de salario al que, en exclusiva, se contrae dicha responsabilidad; siendo además incompetente el orden social para conocer de las incidencias relativas a tales cuotas.

Este criterio es compartido por la STS 30 6-5-88 (RJ 4.446), que estima que el Estado sólo asume la obligación del pago de determinados salarios pero la empresa mantiene otras obligaciones que pesan sobre ella como tal, incluyendo las cotizaciones sociales. Así, la STS

21-12-88 entiende que, al ser los salarios de tramitación verdaderos salarios, debe cotizarse a la Seguridad Social.

—STSJ Andalucía 22-1-96 estima que para interponer la reclamación de salarios de tramitación frente al Estado no es necesario acreditar previamente el pago de las *cotizaciones sociales*.

—STCT 7-3-89 (Rec. 2.914/88 s. 2.ª), STSJ Madrid 25-9-90 (Rec. 2.809/90 s. 2.ª) y 18-4-91 (AS 2.632, Actualidad Laboral 837) y STSJ Cataluña 21-9-91 (AS. 5.566): El mes de *agosto*, por ser inhábil, debe excluirse del período de salarios de tramitación de los que responde el Estado[1].

—STS 3-6, 8-7 y 8-10-96 (RJ 4.876, 5.763 y 7.501) reconocen la *legitimación activa al trabajador* para reclamar al Estado la cantidad que exceda de los 60 días a cargo del empresario.

Este criterio es reiterado por laS STS 18-7-1997 (Rec. 4229/96) y 5-11-97 (Rec. 260/97), para las cuales cuando la sentencia recaída en proceso por despido -de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 11/94- declara su improcedencia y limita la condena por salarios de tramitación a los que no exceden de 60 días, de modo que impide que la ejecución abarque el resto, el trabajador goza de legitimación activa en el posterior proceso para reclamarlo al Estado.

En cambio, STS 20-7-95 (RJ 6324) estimó que el trabajador sólo podía reclamar contra el Estado en caso de insolvencia del empresario.

Ya para la STSJ Andalucía 21-5-93 (AS 2.296), cuando la sentencia condena a la empresa al pago de todos los salarios de tramitación, el trabajador debe acudir a la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de que luego la empresa pueda repetir contra el Estado el exceso de los 60 días hábiles, pero cuando la empresa sólo es condenada con ese límite, se debe reconocer legitimación activa al trabajador para reclamar al Estado la cantidad que exceda del referido límite legal[2].

---

[1] Sin embargo, en virtud del vigente art. 43.4 LPL, los días del mes de agosto son hábiles para la modalidad procesal de despido, por lo que, aunque de hecho no se practiquen actuaciones durante el mes de agosto, el empresario no habrá de soportarlo, siempre que hayan pasado los 60 días hábiles desde la demanda.

[2] La reforma de 1994 ha solventado el problema de la legitimación activa respecto del cobro de los mismos frente al Estado, que se había suscitado tras el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990. En efecto, mientras que el art. 56.5 ET establecía que el exceso de salarios de tramitación posteriores a los 60 días hábiles siguientes a la demanda eran «por cuenta del Estado», el art. 103 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 preveía la condena al empresario no debe contener límite alguno, sin perjuicio de la legitimación activa del empresario para reclamar al Estado el exceso del límite en cuestión.

Así, la STSJ Andalucía 18-3-93 (AS 1.610) niega, en el caso de autos, que los trabajadores tengan legitimación frente al Estado, respecto del cual, al amparo del art. 116 LPL, hay una triple legitimación: la del trabajador cuando la sentencia limita la responsabilidad empresarial a los 60 días hábiles, la del mismo trabajador en caso de que el empresario no haga el abono pertinente por insolvencia y la del empresario en los demás casos.

La STSJ Castilla-La Mancha de 8-11-91 (AS 6.388) y la STSJ Madrid 10-9-92 (AS 4.416) estiman que la restricción de la legitimación activa al empresario no es aplicable al caso dado que el mismo se rige por la LPL de 1980, con clara legitimación activa del trabajador.

La STSJ Madrid 19-2-91 (AS 1.394) entiende que, tras la vigencia de la LPL de 1990, la condena al empresario debe incluir todos los salarios de tramitación, sin perjuicio de que pueda reclamar el exceso de los 60 días al Estado.

Por su parte, la STSJ Galicia 18-4-91 (AS 2.429) afirma que el abono completo de los salarios de tramitación por el empresario y la exigencia de su reclamación posterior contra el Estado es el sistema más razonable y acorde con el art. 56.5 ET y, si bien la LPL de 1980 establecía la condena limitada al empresario y la reclamación del trabajador al empresario, la solución adoptada por la LPL de 1990, que es la expuesta, entra perfectamente dentro de las facultades delegadas por la Ley de Bases de Procedimiento Laboral. La legitimación del trabajador se limita al caso de insolvencia del empresario o cuando la condena a éste se haya limitado a los 60 días hábiles siguientes a la demanda.

Por el contrario, la STSJ Canarias 28-5-93 (AS 2.277) niega que la LPL limite la legitimación activa del trabajador. STSJ Andalucía de 8-11-91 (AS 6.373) admite la legitimación activa del trabajador salvo que el empresario haya sido condenado al pago de todos los salarios de tramitación y haya efectuado el pago. En parecido sentido, se manifiesta la sentencia del mismo tribunal de 19-6-92 (AS 3.124). Por su parte, la STSJ Madrid 24-2-94 (Rec. 869/93 s. 2.ª) estima que las normas del ET, no modificadas por la LPL, implican que el empresario sólo ha de ser condenado hasta el límite de los 60 días hábiles, de modo que corresponde al trabajador reclamar los salarios de tramitación que excedan de ese límite al Estado no sólo en caso de insolvencia del empresario sino también en cualquier otro caso en que éste no los abone al trabajador.

EN GENERAL

—STS 2-11-89 (RJ 7.986): El *impago* de los salarios de tramitación no supone una readmisión irregular.

—STS 7-12-90 (RJ 9.760) y 30-1-91 (RJ 193): La cuantía de los salarios de tramitación no es variable ni susceptible de actualización pues se computa conforme al *salario determinado en la sentencia de despido.*

En esta línea, la STS 12-4-93 (RJ 2.922) sostiene que la cuantificación de los salarios de tramitación es automática en virtud del salario fijado en la sentencia de despido, existiendo cosa juzgada si luego pretende revisarse su cuantía real, aunque se haga como reclamación de cantidad, pues la cosa juzgada no pierde su eficacia porque se dé a las acciones una denominación distinta, con independencia de las acciones para reclamar posibles diferencias entre el salario percibido con anterioridad al despido y el debido, que no resultan impedidas por dicha excepción.

La STSJ Canarias 26-4-91 (AS 2.373) niega que se pueda entrar en cuantificaciones distintas a las hechas en la sentencia por despido a efectos de salarios de tramitación a cargo de la empresa ni, por ende, a cargo del Estado, debiendo respetarse los hechos probados, en cuanto al salario módulo, de la sentencia.

—STSJ Castilla y León 25-3-91 (AS 2.162): Los salarios de tramitación no constituyen, propiamente, salarios sino que constituyen una obligación «ex lege», que viene a indemnizar el lucro cesante del trabajador despedido.

En cambio, las STS 9-4-84 (RJ 2.057) y 7-7-94 (RJ 6.351) sostienen que los salarios de tramitación *son verdaderos salarios.*

La STS 4-7-95 y la STSJ Madrid 11-11-94 afirman la obligación empresarial de alta en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, por ser verdaderos salarios. La STSJ Madrid 10-12-91 (AS 7.043) afirma, además, la procedencia de retenciones por el IRPF.

En esta línea, la STS 3.ª 7-10-97 (Apelación n.º 10922/91), con cita de las Sentencias de 7 de marzo, 4 de octubre y 20 de noviembre de 1991 y 24 de febrero de 1995, declara que los salarios de tramitación no constituyen una indemnización y son mera consecuencia de la subsistencia de la relación laboral en tanto no se sustancia y decide la controversia, «ya que la relación laboral no queda resuelta por el despido improcedente sino que termina por el acto de opción por la extin-

ción del empresario o, cuando proceda, del trabajador. Asimismo, la STS 24-10-97 (Apelación n.º 9429/91) reitera la obligación de cotizar por los salarios de tramitación.

—STS 13-5-91 (RJ 3.907) y 2-12-92 (Rec. 652/92): Procede el *descuento de lo percibido* por el trabajador despedido *en otro empleo* al calcular los salarios de tramitación, incluso en caso de despido nulo.

—STSJ Andalucía 30-7-91 (Rec. 27/91): No procede la condena al abono de salarios de tramitación cuando se opte por la *readmisión*, sin perjuicio del derecho a exigir los salarios atrasados.

—STSJ Murcia 5-3-91 (AS 1.988): Los salarios de tramitación han de reclamarse *en el procedimiento por despido*.

—STSJ Madrid 25-1-91 (AS 513) y 27-2-91 (AS 1.414) y STSJ Cantabria 18-4-91 (AS 2.552): Los salarios de tramitación incluyen las *pagas extraordinarias*.

—STSJ Cantabria 18-4-91 (AS 2.552): En caso de *incapacidad laboral transitoria* durante la tramitación del despido, no se devenga salarios de tramitación sino las prestaciones de la Seguridad Social.

Ver también *DESPIDOS Y SANCIONES* (en cuanto al salario regulador en las procedentes por despido).

SEGURIDAD SOCIAL

Ver también *ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DESEMPLEO, INTERESES, JUBILACIÓN* y *JURISDICCIÓN*.

Accidente de trabajo

—STS 1.ª 27-11-93 (La Ley 27-11-93), 7-3-94 y 13-7-98, con cita, entre otras, de STS 10-7 y 28-10-85 (RJ 3.965 y 5.086) y 4-6-93 (RJ 4.479), recuerdan que las prestaciones de Seguridad Social *por accidente de trabajo* o enfermedad profesional son compatibles con las indemnizaciones que puedan exigirse por culpa extracontractual, en particular ante el orden civil.

—STS 29-9-97 niega la existencia de accidente laboral en caso de trabajador fallecido en *accidente de tráfico* durante el fin de semana cuando regresaba a su domicilio tras visitar a su familia residente en otra población.

Campo de aplicación

—STS 28-1-99 estima que no procede la afiliación al régimen especial de trabajadores autónomos de los *profesionales liberales* sin que los órganos de gobierno del colegio profesional soliciten su inclusión.

Ver también CONTRATO DE TRABAJO.

Invalidez

—STS 11-11-91: *No procede declarar una situación* de invalidez permanente *cuando no se reconoce el derecho* a la prestación correspondiente.

—STS 29-10-93 (La Ley 13.566): La doctrina jurisprudencia que ha dado lugar al art. 144 LPL nunca extendió el criterio de no revisión de los actos declarativos de derechos adoptados por las entidades ges-

toras a situaciones distintas de las modificativas del mismo acto, considerándose como acto distinto la *revisión del grado de invalidez.*

—STS 21-3-70 (RJ 1.240), 17-1-76 (RJ 268), 3-4-79 (RJ 1.543), 9-3-81 (RJ 1.324) y 19-1-83 (RJ 99) recogen la presunción de certeza de las *resoluciones técnicas calificadoras* en materia de Seguridad Social, pero es negada por STS 18-7-86 (RJ 4.251), al entender que carecen de tal presunción las resoluciones de órganos de la Seguridad Social de distinto origen y atribuciones que las extinguidas Comisiones Técnicas Calificadoras para las que se proclamó legalmente dicha presunción.

—STSJ Castilla-La Mancha 20-3-92 (AS 1.554) valora la prevalencia del *informe pericial* ratificado en juicio frente al dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades aportado en fotocopias.

Sin embargo, las STSJ Murcia 15-1-91 (AS 636) y 22-1-91 (AS 642) asumen la doctrina sentada por el TCT según la cual los informes emitidos por médicos oficiales, como son todos los que integran la UVMI, gozan de mayor credibilidad por su imparcialidad y desinterés en el tema que los aportados por las partes, salvo que procedan de centros o servicios de alta cualificación profesional o de profesionales de superior imparcialidad, prestigio y preparación a los médicos oficiales.

—STS 15-12-93 (La Ley 13.640): En caso de *incapacidad permanente total* el período previo de cotización no se cuenta a partir de su declaración y dicha incapacidad no es una situación asimilada al alta.

Muerte y supervivencia

—STC 22 y 23-11-83 (RTC 103 y 104), 42/84 de 23-3 y 20-9-90 (RTC 142): La *pensión de viudedad* debe reconocer, indistintamente, *en favor del viudo o la viuda*, a partir de la Constitución, incluso aunque la viudez se hubiera producido con anterioridad a su entrada en vigor.

—STS 25-9-92 (RJ 7.367) y 25-10-93: La supresión del requisito de *convivencia* para que el cónyuge tenga derecho a la pensión de viudedad tiene efectos retroactivos, o, mejor dicho, efecto desde luego, al no cuestionarse que perjudique otro derecho adquirido de igual origen.

—STC 3/93 de 14-1 (La Ley 2.144): Las prestaciones de la SS en caso de supervivencia se deben reconocer a sus beneficiarios sin *discriminación de sexo.*

—STC 28-2-94 y STS 29-6-92 (RJ 4.688) y 10-11-93 (La Ley 15.845-R): No procede el reconocimiento de la pensión de viudedad en caso de *parejas de hecho* o convivencia «more uxorio».

—STS 26-11-93 (La Ley 15.905-R) rechaza la equiparación de la *separación matrimonial de hecho* con la soltería o viudedad a efectos del reconocimiento de prestaciones en favor de los familiares.

—STS 14 y 26-4-94: La pensión de viudedad no se extingue por la *convivencia marital con otra persona.*

Obligaciones del empresario

—STS 2-3-77 (RJ 1.789): La *falta de la baja* del trabajador por la empresa es una infracción de una obligación administrativa pero la baja no es requisito esencial extintivo de la obligación de cotizar, que nace y muere en función del trabajo, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto de la Seguridad Social derivado del cobro de cotizaciones sin cubrir riesgo alguno.

En este sentido, la STSJ Aragón 23-12-94 estima que la falta de baja formal no conlleva la obligación de cotizar mientras aquella no se curse.

—STS 18-2-91, 14-4-92 (RJ 2.650), 20-4-93 y 3-5-93 (Actualidad Jurídica Aranzadi 24-6): En caso de *pluriactividad*, cuando el sujeto ha desarrollado simultáneamente actividades sujetas a dos o más regímenes de la Seguridad Social, se devengan las pensiones correspondientes a cada uno de ellos, pero no cabe sumar las cotizaciones de los distintos regímenes para computar la base reguladora; a diferencia de la situación de pluriempleo en el mismo régimen, en cuyo caso sólo hay derecho a una pensión pero se computan todas las cotizaciones).

—STS 15-2-93 y 24-9-93 (Actualidad Jurídica Aranzadi 18-11): En caso de períodos de cotización cubiertos en España y en otro Estado comunitario debe aplicarse un principio *«pro rata temporis»* en el abono de las prestaciones.

—STS 6-10-93: El incumplimiento por el empresario de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones (art. 96.2 LGSS), pero, con el alcance que le atribuye el art. 96.3 LGSS, de modo que el principio de *automaticidad de las prestaciones* supone imponer a la entidad aseguradora (INSS o mutua) la responsabilidad de todas las prestaciones reconocidas por la ley,

obligándole a su pago directo, sin perjuicio del derecho que tiene de repetir contra el empresario incumplidor.

Por su parte, la STS 10-5-93 (La Ley 13.402) estima el anticipo de la entidad gestora de la pensión de invalidez en el caso de falta de cotización por alta posterior a la iniciación del trabajo en virtud del criterio expansivo de la automaticidad de las prestaciones.

Y la STS 15-6-1998 (La Ley 9055) declara que, en caso de incapacidad temporal, la prestación se impone ex lege al empresario, «pero ello no impide -a falta de norma expresa en sentido contrario- la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio ed que ésta se subrogue en los derechos del beneficiario (art. 126.3 LSS)».

En cambio, la STSJ Madrid 14-1-91 (AS 773), aunque aprecia la prescripción de las cotizaciones no ingresadas, entiende que no por ello se extingue la responsabilidad de la entidad empleadora, el Estado, y como quiera que el incumplimiento no se limitó a la falta de cotización sino también a la de afiliación, la responsabilidad por la diferencia del porcentaje no puede ser objeto de anticipo a cargo del INSS.

—STSJ Castilla y León (Burgos) 3-6-1997 (Rec. 816/96) niega la obligación del Estado de cotizar por los *altos cargos* que no tuvieran la condición de funcionarios públicos por el tiempo en que desempeñaron sus cargos antes de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

—STSJ Madrid 16-6-95 (AS 2.664) declara la responsabilidad empresarial de la *Sección Filial del Instituto* y no del Ministerio de Educación y Ciencia por la falta de cotización.

—STS 8-7-93 (La Ley 13.403): *Cuando el salario se incrementa retroactivamente* por Convenio Colectivo, el tope máximo de cotización se aplica al salario mensual, incluido el incremento, no al mes en que se hace efectivo el incremento correspondiente a distintas mensualidades anteriores.

—STS 27-7-93 (Rec. 2.890/92): Es competente el orden social para conocer de la *impugnación del alta de oficio.*

Prescripción y caducidad

—STS 12-2-92 (RJ 971 y 972), 13-2-92 (RJ 986), 18-3-92 (RJ 1.665), 22-6-92 (RJ 4.604), 5-10-92 (Rec. 2707/91) y 30-10-92 (Rec. 2621/91): La obligación de *reintegro de prestaciones indebidamente percibidas* tiene un plazo quinquenal de prescripción.

Ahora bien, a tenor de la STS 24-9-1996 (RJ 6855), en supuestos excepcionales es de aplicación el plazo de 3 meses, con dos requisitos: 1.º que no se produzcan perjuicios difícilmente reparables en la esfera del beneficiario y que hubieran sido fácilmente superables si desde el principio el organismo gestor hubiera actuado de acuerdo con la información disponible o la que pudo obtener utilizando los elementos normales de gestión, en virtud del principio de equidad y, 2.º, por otra parte, la buena fe del beneficiario, sin que pueda exigirse al beneficiario un control preciso de la legalidad de la situación que tiene reconocida, cuando ha cumplido los deberes de información que pueden resultar exigibles en cada caso[1].

—STS 7-7-93 (La Ley 13.479): El derecho a las cantidades resultantes de la *errónea fijación de la cuantía de una prestación ya reconocida prescribe* a los 5 años, al igual que el derecho a la devolución de cantidades indebidamente percibidas, por identidad de supuestos.

—STS 27-10-97 contempla el plazo de prescripción de *un año* para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entrar sumas de dinero derivadas de prestaciones reconocidas.

—STSJ Castilla y León 31-1-91 (AS 323) y STSJ Andalucía 5-2-91 (AS 1.101): La reclamación sobre la cuantía de un prestación de Seguridad Social, incluyendo las de desempleo se rige, a efectos de prescripción y caducidad, por las mismas normas que el reconocimiento de la prestación, de modo que, a pesar de la *caducidad de la reclamación previa*, puede reproducirse en tanto no prescriba la acción, no predicándose cosa juzgada de la resolución administrativa denegatoria contra la que no se interpuso demanda.

—STSJ Madrid 15-3-91 (Rec. 6.157/88 s. 4.º): El TCT ha mantenido reiteradamente (entre otras Ss. 29-3-82, 13-1-86 y 19-5-89) que la *caducidad prevista en el art. 55.2 LGSS* tiene por fin sancionar las negligencias o desidias de los beneficiarios en el acto material de cobro de sus prestaciones, regulando así la mora del acreedor que se abstiene de cooperar a la conducta activa del deudor, dispuesto a cumplir su prestación liberatoria.

[1] Pero el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, confiere nueva redacción al art. 45 LGSS, para incluir en la aplicación del plazo de 5 años los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora.

PRESTACIONES EN GENERAL

—STC 134/87 de 21-7: No existe un derecho subjetivo al mantenimiento de una pensión en cuantía determinada, pudiendo la ley *variar la cuantía de las pensiones*.

—STC 22-6-89 (RTC 113): La *inembargabilidad* de las prestaciones de la Seguridad Social no puede ser absoluta sino que debe sujetarse a los límites de la LEC para el embargo de pensiones.

—STS 6-7-92 (RTC 5.582) reconoce la *legitimación activa del cónyuge viudo* del causante de las prestaciones para reclamar atrasos o diferencias por ellas.

—STS 1, 9 y 23-7-92 (RJ 5.568, 5.599 y 5.654) y 29-9-92 (Rec. 55/92): Cuando concurre una prestación de la Seguridad Social y otra *complementaria a cargo de una empresa pública*, el complemento goza del carácter de pensión pública y por ello se aplica el límite máximo de pensiones a la suma de ambas.

—STS 25-2-92 (RJ 1.376) contempla la aplicación inmediata de los *reglamentos comunitarios* en materia de Seguridad Social en lugar de los convenios bilaterales con países comunitarios.

—STS 23-2-93 (Actualidad Jurídica Aranzadi 6-5-93): Las *prótesis especiales*, como gafas y audífonos, sólo generan ayudas económicas a cargo de la Seguridad Social en los casos establecidos reglamentariamente.

A estos efectos, la STS 6-7-93 reitera que los audífonos y gafas son prótesis especiales.

—STSJ Castilla y León 5-11-91 (AS 6.244) reconoce la vigencia del subsidio especial por cada hijo a partir del segundo en caso de *parto múltiple* pero sólo con la duración de 6 semanas del descanso obligatorio.

—STS 25-6-93 (La Ley 13.286): Para que el *desempleo valga como situación asimilada a la de alta* es necesaria la inscripción como demandante de empleo en la oficina de empleo pues el desempleo ha de ser voluntario.

—STS 12-7-93 (La Ley 15.789-R): Según reiterada jurisprudencia, establecida con anterioridad a la entrada en vigor del vigente texto articulado de la LPL, las entidades gestoras no pueden *revisar por sí actos suyos que reconozcan derechos* a beneficiarios ni imponer el reintegro de lo indebidamente pagado, pues han de solicitarlo en el correspondiente proceso, salvo en supuestos en que exista norma habilitante al respecto, la revisión se limite a la corrección de errores

materiales o de hecho o dicha revisión se derive de haber omitido el beneficiario su obligación de aportar datos o ser inexacta la declaración que hiciera de éstos, corroborando el art. 144 de la nueva LPL la excepción a la regla primeramente señalada para el caso de errores materiales o de hecho o aritméticos así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones e inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

—STS 17-7-95 estima la *improcedencia del reintegro de gastos médicos* por acudir a la medicina privada sin antes reclamar a la gestora la prestación de asistencia denegada en un centro.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

—STS 20-4-92 (RJ 2.662): *Es competente el orden social* para conocer de los daños causados por la asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social, pues es materia de Seguridad Social. Para esta sentencia, la *responsabilidad* debe calificarse de *objetiva* en virtud de la eficacia que debe predicarse de la asistencia sanitaria y si bien estima que la apreciación de los daños morales es cuestión que corresponde al juzgador de instancia, cabe su revisión si es notable la desproporción entre el daño real causado y la compensación económica.

La competencia del orden social frente al contencioso-administrativo es recogida por las STS 10-2-92 (RJ 958) y 10-7-95 (RJ 5.488), STSJ Castilla y León 3-4-91 (AS 2.338), STSJ Extremadura 9-1-95 y STSJ Galicia 8-1-97.

En esta línea, la STS 6-5-92 (La Ley 13.363, RJ 3.511) entiende que no es aplicable el art. 1.902 CC al tratarse de una beneficiaria de la Seguridad Social que acude a la institución sanitaria a recibir la asistencia que precisa, entendiendo que es una reclamación propia de la Seguridad Social e, implícitamente, afirmando la competencia del orden social frente a otros. A ello añade que, si bien es cierto que en casación difícilmente cabe la revisión de la valoración de los daños, en atención a la finalidad de justo resarcimiento al perjudicado se revisa la cuantía para obtener el resarcimiento, teniendo en cuenta también los daños causados por el retraso en el pago de la indemnización.

Sin embargo, el orden contencioso-administrativo (STS 14-7-79) también ha conocido de daños causados por intervenciones de médi-

cos de la Seguridad Social por ser el médico un funcionario y tratarse de un funcionamiento anormal de un servicio público, e incluso el orden civil se ha declarado competente en supuestos de responsabilidad de los médicos del INSALUD (STS 20-2-81 y 30-1-90). La competencia del orden civil es confirmada por el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 23-12-93 (Con. 5/93), por entender que los daños causados por una defectuosa asistencia sanitaria por las entidades de la Seguridad Social no constituyen prestaciones de la misma ni entran dentro de su acción protectora, cuestiones atribuidas al orden social, fundándose la pretensión en las normas civiles sobre culpa extracontractual (arts. 1.902 y 1.903 CC), sin olvidar que la LOPJ viene a configurar la vis atractiva de la jurisdicción civil. En cambio, el Auto de la propia Sala de Conflictos del TS de 7 de julio de 1.994 (Con. 3/94) aprecia la competencia del orden contencioso-administrativo a partir de la Ley 30/92 de las Administraciones Públicas, al haber unificado el fuero de la responsabilidad patrimonial de la Administración en dicho orden jurisdiccional. En contra, voto particular motivado.

Por su parte, la STS 21-4-93 (La Ley 13.227) afirma que en caso de daños causados por la asistencia sanitaria sigue siendo necesaria la culpa o negligencia del causante.

Seguro Obrero de Vejez e Invalidez

—STS 3-12-93 (La Ley 13.625): Hasta el Decreto 4-6-59, que extiende a las empresas la administración de los seguros sociales, no hay responsabilidad de la empresa por incumplimiento de obligaciones (principio de *compensación de culpas*).

—STS 23-12-92 (Rec. 203/92), 2-11-93 (La Ley 15.833-R), 22-4-96 (Rec. 1.384/95) y 10-11-97 (Rec. 169/97): Por la Ley de 26-12-58 se equipara el *tiempo trabajado para la Administración antes de 1-1-59* a tiempo cotizado para la pensión SOVI (Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez), de modo que la falta de cotización anterior a dicha fecha no impide el reconocimiento de la pensión ni impone responsabilidad alguna a la Administración por falta de cotización.

—STS 14-6-93 (La Ley 15.658-R): El art. 7 OM 2-2-40 utiliza para describir el *período de carencia* del SOVI la expresión días de cotización, el art. 8 D 18-4-47 habla al efecto de cotizaciones y el art. 2 OM 18-6-47 se refiere a ese mismo requisito empleando los términos días de trabajo; y si bien esta última disposición podría dar pie ciertamente a la tesis de la entidad gestora que concibe el período de carencia como un período de trabajo cotizado no es menos cierto que las normas anteriores inclina hacia la posición contraria, la cual entiende tal requisito estrictamente como período de cotización, debiendo prevalecer el precepto contenido en la norma de superior jerarquía, que es el D 18-4-47.

Al respecto, la STS 3-12-93 (La Ley 13.625) estima que, dado que las normas del régimen general de la Seguridad Social no son aplicables al SOVI, éste exige un período de cotización no sustituible por período de trabajo o de alta.

SENTENCIA

Ver también *CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, CONGRUENCIA, DEMANDA* y *EJECUCIÓN.*

—STC 64/93 de 1-3: La oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial, debiendo dictar sentencia *quien presidió el juicio verbal.*

—STSJ Galicia 4-6-92 (AS 3.038): No cabe una *condena de futuro.*

Para la STS 25-1-91 (Rec. 830/90) y la STSJ Madrid 16-11-92 (Rec. 2.885/92 s. 40), «la condena de futuro sólo puede cumplirse en obligaciones de tracto sucesivo en tanto no sobrevengan causas voluntarias o legales de innovación».

La STS 26-5-92 (RJ 3.607) concluye que la ejecución de prestaciones periódicas (como las *pensiones* de jubilación o invalidez) se extiende a todo el tiempo que transcurra durante la situación del beneficiario pues tal situación sólo se extingue por las causas establecidas, de modo que la condena de futuro late implícitamente en todo reconocimiento de prestaciones periódicas de esta naturaleza, si bien esa proyección hacia el futuro puede ser limitada por la posterior vigencia de normas legales (caso de los límites a la responsabilidad de MUFACE respecto del extinto Montepío de la AISS).

—STSJ La Rioja 24-4-92 (AS 1.847): La *claridad* de las sentencias (impuesta junto a la precisión y la congruencia por el art. 359 LEC) significa la posibilidad de que su contenido sea comprendido sin dificultad *y la precisión* implica que se decidan de forma inequívoca las cuestiones controvertidas, utilizando las expresiones adecuadas.

—STSJ Baleares 5-2-91 (AS 1.618): «La mala fe (o *temeridad* que puede ser multada en la sentencia) existe cuando la parte es plenamente consciente de la absoluta inconsistencia jurídica de su postura, ya estribe ésta en un pretender, ya en oponerse ... por ausencia inexcusable de la diligencia más elemental. Esta temeridad, además, ha de ser notoria, lo que es tanto como exigir que ... se muestre manifiesto, patente, obvio, incluso para la persona menos experta dentro del círculo de las que intervienen en el sector de actividades de que se trate. Conviene advertir, por oro lado, que la norma del art. 97.3 debe ser utilizada con prudencia», de forma restrictiva, para evitar coartar el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, el

juez de instancia ha de consignar de manera explícita en su sentencia las razones que le mueven a hacer uso de esta facultad y el tribunal puede examinar su pertinencia, de oficio, en el recurso de suplicación.

SUCESIÓN DE EMPRESAS

Ver también *LITISCONSORCIO*.

En concesiones administrativas

—STS 7-3-88 (RJ 1.860), STSJ Madrid 17-7-89, 16-5-90 (Rec. 1.560-400-M/90) y 29-6-93 (Rec. 652/93) y STCT 17-4-84, 27-1-86, 25-1-87, 3-2-87 y 9-3-87: No hay subrogación del ente público concedente en las relaciones laborales del concesionario cuando esta subrogación no está prevista en los contratos de concesión y, en todo caso, la *subrogación del art. 44 ET exige la continuación de la actividad*, supuesto que no se da cuando al término de la concesión la Administración concedente no continúa desarrollando por explotación directa esa misma actividad.

—STS 5-4-93 (RJ 2.906): En caso de concesiones administrativas, no existe siempre subrogación empresarial a cargo del nuevo concesionario, debiendo atender a la normativa sectorial, a los pliegos de condiciones administrativas, como determinantes del objeto de la concesión, y al hecho de que la concesión lleve aparejada o no la *entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial* básica para la explotación del servicio.

En este sentido, la STSJ Extremadura 26-5-92 (AS 2.570) y la STSJ Cataluña 6-7-94 (AS 3.025) significan que en las concesiones administrativas de servicios públicos sólo se produce la subrogación empresarial si la empresa anterior cede, además del servicio, elementos patrimoniales para su ejecución.

—STSJ Castilla y León 24-1-91 (AS 309) estima la subrogación empresarial al haber *continuado la actividad la Administración* concedente por gestión directa.

—STSJ Madrid 17-5-93 (Rec. 289/92 s. 2.ª): No existe sucesión de empresas a cargo de la Administración si «*la Administración no había asumido por sí misma la realización del servicio*, no pudiendo conferirse a las tareas realizadas por el trabajador en sus instalaciones la condición de consentimiento de relación laboral, dada la naturaleza de la actividad ajena a la propia del organismo».

—STSJ Valencia 23-1-92 (Rec. 600/91): La *pérdida de la condición de concesionaria* no determina por sí misma la desvinculación de los trabajadores, si esa continúa con su actividad y cuenta con material propio, de notable valor patrimonial y no incluido en la concesión, sin que exista pacto o convenio que imponga la obligación de absorber al personal.

—STSJ Andalucía 14-11-91 (Rec. 847/91): No ha sucesión de empresas por sustitución entre *empresas concesionarias* pues cada una mantiene su titularidad.

—STSJ Murcia 5-11-91 (S. 547) declara la subrogación empresarial de la Administración al extinguirse la concesión por ser la *actividad propia de la Administración.*

—STSJ País Vasco 10-6-91 (Rec. 320/91): Cabe aplicar el art. 44 ET al extinguirse una concesión *aunque no se continúe la actividad.*

—STSJ País Vasco 22-11-91 (Rec. 1.334/91): *No* hay sucesión de empresas entre las concesionarias cuando el servicio adjudicado se desarrolla con los medios de la empresa sin diferenciación que haga posible una *separación de la empresa original.*

En general

—STJCE 7-3-96 aprecia el objetivo de la *Directiva 77/187/CEE*, consistente en garantizar los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa, si bien ello no implica necesariamente que el trabajador haya de continuar en la empresa, siendo los Estados miembros los que decidan la suerte del contrato de trabajo.

—STS 26-1-88 (RJ 56): El art. 44 ET opera en caso de sucesión en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. A estos efectos, la *empresa* es una organización económica de elementos productivos encaminada a la producción de bienes o servicios, debiendo entenderse por *centro de trabajo* la unidad productiva con organización específica y por *unidad productiva autónoma* (siguiendo el criterio de la STS 6-4-73) el centro de trabajo o unidad de explotación claramente diferenciada que constituya una unidad socio-económica de producción.

—STS 22-1-90 (RJ 180): Sin perjuicio de normas sectoriales, para la sucesión de empresas es necesario que la transmisión afecte a un *conjunto de elementos patrimoniales* susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados.

Pero, según las STS 23-1 y 9-2-95 (RJ 403 y 789), la subrogación sí se produce, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, si está *establecida por convenio colectivo.*

—STS 21-7-92 (Rec. 2.699): Cuando la empresa sucesora celebra un *contrato temporal con el trabajador fijo en la anterior empresa*, puede apreciarse fraude de ley, siendo fijo el trabajador también en la empresa sucesora.

—STS 30-9-97: En caso de sucesión de empresas, la empresa sucesora ha de asumir la fijeza del trabajador *contratado temporalmente de forma fraudulenta* por la anterior empresa.

—STSJ Madrid 21-5-93 (Rec. 1.299/92 s. 5.ª): «*Si los contratos de los demandantes tenían señalada una fecha de finalización* y se llega a ésta, aquellos se extinguen, de suerte que los que se celebren con otra empresa ... aunque el destino fuera el mismo cometido, operan desconectados de aquéllos que ya habían fenecido».

—STSJ Valencia 28-7-95 estima nula de pleno Derecho la cláusula del contrato de arrendamiento de empresa de devolución de la misma «libre de personal», como *cláusula contra legem.*

Normas aplicables

—STS 22-6-93: Las *condiciones* que tuvieran los trabajadores en la empresa anterior, posteriormente absorbida por la demandada, únicamente se mantendrían en el supuesto de ser *más favorables*, pero no si lo eran las de la nueva empresa.

—STSJ Madrid 18-6-91 (Rec. 3.348/90 s. 1.ª-2.ª): En caso de absorción de un organismo público (Medios de Comunicación Social del Estado) por otro ente público (el Estado), se han de respetar los derechos adquiridos pero *no meras expectativas de derecho fundadas en el Convenio Colectivo del organismo extinguido* puesto que ello supondría la inmutabilidad de las condiciones más favorables o pretender aplicar lo más favorable y no lo perjudicial de cada norma sucesiva con olvido de que una empresa extinguida no genera ni prorroga convenio alguno.

Esta doctrina es expuesta, también para Medios de Comunicación Social del Estado, por la STSJ Cataluña 26-2-91 (AS 1.680), si bien estima que en caso debatido existe ya un derecho adquirido al haberse efectuado su abono por la Administración, ya que su pago constituye un acto propio contra el cual no es lícito accionar.

La STSJ Madrid 22-1-91 (AS 841) significa que «la Sala no desconoce que en otros supuestos de absorción de personal procedente de entes estatales extinguidos, y con base en que la norma legal decisoria de la extinción hacía expresa reserva del mantenimiento de las condiciones laborales, se hayan respetado niveles económicos consolidados (S. 9-5-90); sin embargo, cuando la relación, novada en la persona del empleador, ha acarreado el *sometimiento a una norma colectiva nueva*, no puede dejar de aplicarse la teoría de la globalidad a que se refiere el art. 3 ET, porque no es lícito tomar parcial y simultáneamente varios Convenios Colectivos, para reclamar derechos laborales establecidos en cada uno de ellos, y menos aún cuando no habían llegado a adquirirse bajo la vigencia del ya sustituido globalmente».

La STSJ Andalucía 6-2-91 (AS 1.428) juzga que la subrogación por transferencia entre entes públicos no consagra una pervivencia indefinida de las normas sectoriales anteriores, siendo imposible traer a colación con posterioridad, para un concepto retributivo devengado con posterioridad, una norma colectiva de un organismo al que el demandante ya no pertenece y que además no existe porque se extinguió; el respeto a los derechos adquiridos que se reconoció en su momento no afecta a las nuevas situaciones que se produzcan en el futuro según doctrina legal muy consolidada, de la que es muestra la STS 4-7-88 (RJ 5.740).

Ver también *CONVENIOS COLECTIVOS* y *PLUSES*, respecto del premio de permanencia de extinto organismo MCSE, así como STSJ Andalucía 26-2-91 (AS 1.120), STSJ Madrid 14-1-91 (AS 766), 28-1-91 (AS 890) y 29-1-91 (AS 913), STSJ Valencia 26-1-91 (AS 973).

Supuestos diversos

—STS 23-9-97 (Rec. 300/97) niega la existencia de sucesión empresarial a cargo del Estado respecto del personal de las *extintas cámaras de la propiedad urbana*, ya que no ha habido cambio de titularidad en una empresa o parte significativa de la misma sino supresión de las cámaras, causa de extinción del contrato de trabajo asimilable a la fuerza mayor del art. 49.1 h) ET, y la transmisión parcial de su patrimonio a la Administración no constituye cesión de los elemento necesarios para continuar su actividad, que ya no puede continuar por ministerio de la ley.

—STS 22-10-87 (RJ 7.185) y 3-6-92 (RJ 4.737): Es aplicable el art. 44 ET al traspaso o *transferencia de competencias* del Estado a las CCAA. Como señala la primera «es claro que a ambos, cedente y cesionario, les alcanza la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44 ET referida a las obligaciones laborales nacidas en los 3 años anteriores a aquella fecha (del traspaso) ...; en cambio, respecto de las obligaciones posteriores a la transmisión responderá exclusivamente la Comunidad ... por imperativo de la subrogación "ex lege" establecida en dicho precepto, ya que obviamente la cesión no revistió carácter delictivo».

Por su parte, la STSJ Cataluña 9-7-92 entiende que puede darse la sucesión empresarial en caso de *creación o supresión de organismos públicos* siempre que la entidad resultante asuma el patrimonio y actividad que desarrollaba la anterior empleadora.

—STS 13-3-90 (RJ 2.069) y 9-7-91 (RJ 5.879): No es exactamente aplicable el art. 44 ET a los *trabajadores de las antiguas recaudaciones*, pero cabe apreciar un régimen subrogatorio especial.

Para la STSJ Madrid 7-1-93 (AS 260), la opción por la integración, prevista en el RD 1.327/86, excluye que exista sucesión de empresas y, por tanto, que haya que aplicar el art. 44 ET, debiendo estar a la normativa contenida en dicho RD y la OM 23-9-87.

—STS 16-11-92 (RJ 8810): Existe sucesión empresarial cuando, tras la extinción de los contratos en expediente de regulación de empleo, los trabajadores prestan sus servicios como trabajadores-accionistas de una *sociedad anónima laboral* a la que ceden el remate de los bienes pertenecientes antes al empleador, siendo idéntico el centro de trabajo y la actividad desarrollada, con lo que se exime de responsabilidad al FOGASA.

—STSJ Castilla y León (Valladolid) 4-2-97 (Rec. 1.557/96) y 22-4-97 (Rec. 2534/96) niegan la existencia de sucesión empresarial del art. 44 ET respecto de los trabajadores de la Administración del Estado procedentes de las extintas *cámaras oficiales de la propiedad urbana*.

SUPLICACIÓN, recurso de

Ver también *CONGRUENCIA, EJECUCIÓN, MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS, NORMAS SUSTANTIVAS, NULIDAD DE ACTUACIONES, PRUEBA EN EL PROCESO* y *RECURSOS*.

Clasificación profesional

—STS 9-3-92 (RJ 1.628), 13-7-92 (RJ 5.606), 15-7-92 (RJ 5.623), 22-7-92 (RJ 5.647), 21-12-92 (Rec. 2.610/91) y las citadas al comentar, más abajo, la STSJ Baleares 30-11-92 (AS 5.813), y STSJ Madrid 8-2-93 (Rec. 1.161/92 s. 1.ª): *No hay recurso* en procesos de *clasificación profesional*[1] ni siquiera si se ha acumulado una pretensión de diferencias salariales por trabajos de superior categoría.

Sin embargo, la STSJ Madrid 28-6-91 (Rec. 1.060/91 s. 1.ª-2.ª) sostuvo que si cabe recurso en cuanto a las diferencias salariales por razón de su cuantía debe permitirse el examen de la realización o no de funciones de superior categoría, pues lo contrario violaría el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, debiendo interpretarse restrictivamente la norma limitativa del recurso; y la sentencia debe resolver todas las cuestiones examinadas, incluyendo la clasificación profesional, conforme a los arts. 35 y 187.1 LPL que ordenan que la sentencia resuelva todas las cuestiones acumuladas y se admita recurso contra dicha sentencia.

—ATSJ Madrid 29-6-93 (Rec. 3.282/93): No hay recurso contra las sentencias sobre la *reclasificación operada en el Ministerio de Defensa* a través de la CIVE, toda vez que «lo pretendido es una pura clasificación profesional, ya que se niega la juridicidad de la categoría reconocida por la entidad empleadora y se suplica que se declare que es otra la que corresponde al trabajador».

—STSJ Baleares 30-11-92 (AS 5.813): Las excepciones a la posibilidad de interponer recurso de suplicación tienen una «clarísima limi-

[1] La STC 51/82 de 19-7 entendió que las sentencias de clasificación profesional había de ser recurribles pero ello se debía a la debilidad de la norma que lo establecía, el art. 137 de la LPL de 1980.

tación al establecer que procederá en todo caso la suplicación en los supuestos en que la cuestión debatida *afecte a todos o un gran número de trabajadores*, párrafo que no puede entenderse sólo aplicable a reclamaciones exclusivamente salariales, no sólo por su dicción literal y gramaticalmente interpretada, sino porque como expresa MONTERO AROCA, su razón estriba den evitar (que) queden sin recurso reclamaciones de poca importancia individual, pero que pueden ser trascendentales al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho sustancialmente iguales, cuales son las que particularmente afectan a las Administraciones Públicas, evitando así que las sentencias en única instancia de los juzgados, sea cual fuere su contenido, en materia de *clasificación profesional*, tengan como único recurso el extraordinario de amparo en el supuesto de violación de un derecho constitucional». Sin embargo, STS 28-9-92 (Rec. 261/92), 20-10-92 (Rec. 2.608/91), dos de 30-10-92 (Rec. 211 y 371/92) y 11-11-92 (Rec. 977/92), tras recordar la irrecurribilidad de las sentencias de clasificación profesional (vide supra), ponen de manifiesto que los procesos de clasificación profesional no pueden afectar a múltiples trabajadores ya que se basan en circunstancias individuales y no generalizables.

PRESTACIONES SALARIALES PERIÓDICAS

—ATSJ Madrid 1-7-91 (Rec. 1.212/91 s. 1.ª-2.ª): En las *acciones declarativas de contenido económico, para determinar si procede o no suplicación*, no hay que estar únicamente a la cantidad fijada inicialmente en la demanda sino al resultado de los sucesivas cantidades que se devenguen a lo largo del tiempo. Por ello, en las acciones de reclamación del derecho a percibir *trienios*, debe admitirse el recurso de suplicación, aunque la cantidad pedida sea inferior al límite legal, puesto que se trata de un derecho que no se limita a dicha cantidad sino que es objeto de revalorización posterior.

En cambio, el ATSJ Madrid 5-4-94 (Rec. 2.657/93 s. 1.ª) estima que «aun cuando en las demandas se reclama como primera pretensión el reconocimiento de un derecho, éste es de claro contenido económico, como lo acredita el abono de cantidades concretas pedidas como segunda pretensión por los demandantes a consecuencia de la declaración de aquel derecho solicitado, y en tales casos, tanto el extinguido Tribunal Central de Trabajo como la propia Sala que ahora resuelve, tienen reiteradamente declarado que la cuantía del proceso, a

efectos de recurso, se ha de determinar por las cantidades realmente reclamadas en el pleito de que se trate, y sin incluir en su cómputo aquellas que pudieran corresponder a peticiones de futuro».

—STSJ Extremadura 3-7-92 (AS 3.537): Cuando lo que se discute es el derecho abstracto a una determinada *antigüedad* siempre hay lugar al recurso pero cuando lo realmente pretendido son las consecuencias económicas de la misma deben seguirse las reglas generales sobre la cuantía.

—ATSJ La Rioja 21-2 y 7-3-91 (AS 1.251 y 1.796) y 12-6-92 (AS 2.991): En el caso de *prestaciones salariales periódicas*, es aplicable supletoriamente el art. 489.6.ª LEC para la determinación de la cuantía, a efectos de admitir o no el recurso de suplicación.

En contra de la aplicación del art. 489 LEC a las prestaciones periódicas (de Seguridad Social) se pronuncia la STS 12-2-94 (Actualidad Jurídica Aranzadi 14-4-94) por considerar que es una regla limitada a los procesos civiles en los que la cuantía está a disposición de las partes, a diferencia del proceso laboral en que es de orden público y queda fuera del arbitrio de los litigantes.

RESOLUCIÓN

—STC 40/93 de 8-2: No cabe entrar a conocer, en suplicación, de un *hecho nuevo*, pues ello produciría un atentado al principio de igualdad de las partes en el proceso.

Así, la STSJ País Vasco 24-1-91 (AS 282) recuerda que, en el recurso de suplicación, «no puede resolverse sobre cuestiones extemporáneas, por nuevas, traídas al recurso, pues ello sí supondría indefensión clara para la otra parte».

—STS 23-7-90 (RJ 6.457), STCT 12-3-87 (RTCT 5.611) y STSJ Madrid 5-3-91 (Rec. 2.933/90 s. 1.ª) y 22-9-92 (AS 4.464): El recurso de suplicación se da *contra el fallo*, no contra los fundamentos jurídicos.

—STC 11-5-92 (RTC 70): No es contrario a la tutela judicial efectiva que el tribunal al conocer del recurso de suplicación haya extraído las consecuencias adecuadas de la *excepción procesal formulada en la instancia* (falta de reclamación previa)

—STS 20-4-92 (Rec. 1.387/91): Si el Tribunal al resolver el recurso de suplicación acaba *estimando la competencia del orden jurisdiccional social, debe entonces pronunciarse sobre la cuestión de fondo* planteada siempre que, para ello, cuente con suficientes elementos de juicio,

Supuesto que afecta a gran número de trabajadores

—STC 3-7-85 (RTC 79), 19-5-86 (RTC 56) y 14-9-92 (RTC 108) y STS 27-5-94 (RJ 5.367) y 22-4-96 (RJ 4.135): El recurso de suplicación en *supuesto que afecta a gran número de trabajadores* protege la seguridad jurídica y tal supuesto se da por cumplido cuando el proceso o procesos ante el mismo órgano posean claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, en atención a circunstancias objetivas como la naturaleza de las reclamaciones, o cuando dicho supuesto es notorio, es decir, de público conocimiento y a la vez de conocimiento judicial.

Por ello, la STS 27-7-92 (RJ 5.668) entiende que procede el recurso por este motivo cuando la afectación general ha sido indiscutida en instancia. Ahora bien, significa la STC 58/93 de 15-2, en relación con el antiguo art. 153.1 LPL, que corresponde al órgano de suplicación comprobar, por su carácter de orden público, si se dan los requisitos de acceso al recurso y, en concreto, si la sentencia recurrida afecta a un gran número de trabajadores, debiendo razonar de forma suficiente el órgano judicial la no concurrencia de los presupuestos de admisión.

STS 15-4-99 considera la alegación y prueba de la afectación general a estos efectos.

La STSJ País Vasco 9-1-91 (AS 253) estima que, si bien en principio es necesario que la afectación general haya sido alegada en instancia también procede la suplicación si es notoria[2].

El ATSJ Madrid 6-11-91 (Rec. 570/91) entiende que no procede la suplicación por afectar a un gran número de trabajadores cuando la cuestión ya ha sido decidida por los tribunales superiores, habiendo consolidado un criterio doctrinal, pues en tal caso no se cumple la finalidad del precepto que persigue la unificación de las soluciones judiciales sobre asuntos iguales o análogos. Pero, según la STSJ Castilla-La Mancha 25-1-91 (AS 1.041), la inadmisión por este motivo es discrecional, pudiendo admitir el recurso la Sala[3].

Las STCT 28-5-77 (RTCT 3.106), 9-2-78 (RTCT 1.307), 28-9-78 (RTCT 4.909), 23-5-81 (RTCT 3.720), 10-7-81 (RTCT 508) y 12-11-82

[2] El vigente art. 189.1 b) LPL impone que la afectación general sea notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

[3] El vigente art. 198.1 LPL previene que la Sala podrá acordar la indecisión del recurso por haber ya desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

(RTCT 6.887) estiman que la expresión «gran número de trabajadores» no ha de interpretarse en relación con la plantilla de la empresa, como hace el recurrente, sino con el montante total de operarios del sector afectado.

La STS 21-12-92 (RJ 10.435) advierte que la finalidad de la admisión del recurso de suplicación por afectación a múltiples trabajadores responde, principalmente, a evitar que queden privadas de la suplicación reclamaciones de cuantía modesta en su consideración individual, pero que, al ser previsible su multiplicación subjetiva por planteamiento de otras reclamaciones análogas, aconsejan el acceso a tal recurso para que la doctrina de suplicación actúe en función unificadora; también, para que, conocida tal doctrina, se eluda innecesaria conflictividad, mediante transacción de problemas análogos».

—STSJ Castilla-La Mancha 25-1-91 (AS 1.041) entiende que, al haber sido admitido el recurso por la sentencia impugnada, por considerar que afectaba a gran número de trabajadores, según se establece en su parte dispositiva, materia que fue objeto de alegaciones en el curso del juicio, no puede entrarse a resolver sobre tal cuestión si no es mediante la interposición de la parte recurrida del correspondiente recurso de suplicación atacando tal disposición del fallo, toda vez que la circunstancia de que el tema debatido afecta a gran número de trabajadores es una cuestión de hecho que fue objeto de debate y resuelta en sentencia.

—STS 4-11-96 aplica el supuesto de afectación general, parar abrir la suplicación en procesos de cuantía inferior a 300.000 pta., a la reclamación de *diferencias salariales en el INEM*.

Supuestos diversos

—STC 158/85 de 26-11: Ningún precepto legal puede ser interpretado contra la Constitución en forma que implique la vulneración de un derecho fundamental, de suerte que ninguna prohibición puede ser tan absoluta que impida admitir escritos o *alegaciones* cuando el escrito que se presente contenga elementos de juicio necesarios *para evitar la vulneración de un derecho fundamental*[4].

[4] Recogiendo esta doctrina jurisprudencia, el art. 231 LPL admite la presentación de escritos ante la Sala, en el recurso de suplicación, en los supuestos comprendidos en el art. 506 LEC y cuando el escrito contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

—STSJ Castilla-La Mancha 20-3-92 (Rec. 1.241/91): Cuando se trata de un recurso que pretende velar por la pureza del procedimiento y evitar que el *derecho a la tutela judicial efectiva* sea desconocido, es obligado proceder al examen y resolución del recurso, cualquiera que sea la cuantía de la reclamación ejercitada en la demanda.

—STSJ Madrid 30-3-93 (Rec. 5.340 s. 1.ª) entra a considerar si existe *incongruencia antes de ver si* la cuantía alcanza o no el mínimo para la *suplicación* y con independencia de ello.

—STSJ Madrid 7-7-93 (Rec. 3.750/93) entiende que la denuncia de una *infracción formal abre el recurso,* aun cuando por el fondo la sentencia sea irrecurrible (se trata de clasificación profesional).

—STSJ Extremadura 12-12-91 (Rec. 646/91): Debe admitirse el recurso de suplicación respecto de *todas las acciones acumuladas* aunque sólo alguna de ellas sea recurrible.

—STSJ Navarra 19-11-91 (S. 332): En materia de *sanciones,* sólo cabe recurso de suplicación contra sentencias que confirmen sanciones muy graves.

—STS 26-7-93 (La Ley 15.764-R): Las decisiones sobre *ejecución provisional,* ya sea su incoación o cualquier otro acto posterior, *no son susceptibles de recurso de suplicación* por vulneración de la sentencia que provisionalmente se ejecuta.

Así, la STSJ Madrid 8-1-91 (AS 710) niega que contra las resoluciones dictadas en ejecución provisional de la sentencia de despido quepan otros recursos que los de reposición o súplica, conforme al art. 302 LPL.

En cambio, la STSJ Galicia 18-4-91 (AS 2.433) estimó que sí debía admitirse la suplicación si la adopción misma de la ejecución provisional rebasa los supuestos legales, entendiendo que esta doctrina se haya implícitamente contenida en dos STS 7-4-90 (RJ 3.130 y 3.131).

Por su parte, el ATSJ Andalucía (Málaga) 6-9-96 (Rec. 258/95) considera que no cabe recurso de suplicación en ejecución provisional.

—STS 16-12-96 (Rec. 746/96): Sólo cabe recurso de casación contra el auto que desestima el recurso de reposición contra el *auto que declara «in limine» la competencia,* pero no contra el que lo estima, puesto que en tal caso no se cierra el cauce procesal al demandante.

Tramitación

—STC 12-12-91 analiza la exigencia de *depósitos o consignaciones* para recurrir en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En particular, la STC 27-1-94 (Actualidad Jurídica Aranzadi 3-3) admite la garantía hipotecaria en lugar de la consignación para recurrir en suplicación.

—STS 22-4-82 (RJ 2.354) y STCT 1-3-83 (RTCT 1.712): *No* cabe en el proceso laboral la *adhesión al recurso de suplicación.*

—STCT 5-10-76 (RTCT 4.271): El *escrito de impugnación* debe abundar en los razonamientos de la sentencia y no insistir en las alegaciones hechas en el juicio por la parte y que fueron rechazadas en la sentencia.

—STC 107/93 de 22-3 (La Ley 2.209): Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, como interpretación restrictiva e infundada de los requisitos para recurrir, si se inadmite el recurso de suplicación por haberse *presentado en el registro de la Audiencia,* que funciona también como registro de los demás órganos judiciales de la provincia, incluyendo los juzgados de lo Social, por considerar que se está tratando de aplicar la posibilidad de presentar los escritos en el juzgado de guardia el último día del plazo.

—STSJ Castilla y León 17-1-91 (AS 301): Como tiene establecido reiteradamente el Tribunal Supremo en doctrina consolidada, no pueden alegarse cuestiones nuevas no planteadas en la instancia pues atenta el principio de igualdad de las partes en el proceso, por lo que procede la desestimación del motivo (fundado en la introducción en la demanda de variantes sustanciales de conceptos sobre los formulados en la reclamación previa, lo que no se invocó en el acto del juicio).

Según la STSJ Andalucía 22-1-91 (AS 423), las cuestiones nuevas no propuestas ni debatidas en la instancia, ni esgrimidas en ningún momento del juicio, sino planteadas por primera vez en el recurso determinan la improcedencia de su admisión, por significar unas alegaciones extemporáneas que vulneran el principio de contradicción y el derecho de defensa del litigante contrario, y cuyo conocimiento, además, resulta vedado al tribunal ad quem por mor del dogma jurídico de la congruencia consagrado por el art. 359 LEC.

Para la STSJ Canarias 15-1-91 (AS 535), la cuestión nueva en vía de recurso, no suscitada ni controvertida por las partes durante la sustanciación del procedimiento de instancia, de admitirse, supondría vulnerar el principio dispositivo y de rogación que rige el proceso, principio que impide a los tribunales el resolver más cuestiones que las planteadas y debatidas a lo largo de su desarrollo.

Así, la STSJ País Vasco 4-2-91 (AS 1.059) significa que no puede plantearse en suplicación una *cuestión nueva,* no aducida en la ins-

tancia, como la prescripción, que no puede apreciarse de oficio y es de oposición potestativa.

—STSJ Castilla y León 8-1-91 (AS 357): El recurso de suplicación es un *recurso extraordinario*, sujeto a unos motivos tasados, sin que sea admisible que, con olvido o desconocimiento de la técnica procesal propia de un recurso extraordinario como es la suplicación, se limite a mezclar cuestiones de hecho con otras de Derecho, sin citar ni apoyarse para las revisiones de las primeras en documento o pericia hábil a tal fin ni concretar preceptos o normas que hayan sido infringidos por el juez «a quo», limitándose en la exposición del motivo a disentir de las apreciaciones del juzgador, confundiendo la suplicación, como si de un recurso ordinario se tratara, con la apelación, lo que impide el examen y decisión del recurso en cuanto al fondo, ya que ello supondría la construcción del mismo «ex officio» por la Sala, lo que repugna al más elemental principio de igualdad procesal de las partes con preterición de indefensión, que tutela el art. 24 de la Ley Fundamental.

La STSJ Extremadura 14-7-93 (AS 3.233) estima que la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación impide al tribunal examinar otras censuras que las que, cumpliendo las formalidades legales, les son propuestas, aunque entra a conocer del recurso a pesar de no expresarse el cauce procesal por el que se formula de los 3 ofrecidos por el art. 190 LPL.

La STSJ Madrid 14-5-93 (AS 2.595) reitera que «si en el recurso no se formula un motivo destinado al examen del Derecho aplicado en la sentencia recurrida, ni están los preceptos legales que se estimen infringidos en ella, razonando la forma que revista tal infracción, bien sea por interpretación errónea, inaplicación o aplicación indebida,... dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación el Tribunal Superior no puede conocer «ex officio» sobre violaciones no denunciadas por el litigante... en abierta quiebra del principio de rogación e imparcialidad que debe regir la actuación de los tribunales de justicia».

—STC 24-7-95 estima constitucional la desigualdad jurídica entre las partes para poder recurrir o no *sanciones por falta muy grave*.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Ver también *INCOMPATIBILIDAD* y *EXTINCIÓN DEL CONTRATO*.

EXCEDENCIA FORZOSA

—STS 2-10-92 (RJ 7.599): El trabajador en excedencia forzosa tiene derecho al *abono de salarios desde que la autoridad judicial ordena la readmisión*, pues el supuesto tiene la misma ratio decidendi que la contemplada por el art. 281 LPL en materia de despido.

—STC 7/83 de 14-2, 8/83 de 18-2 y 13/83 de 23-2: Es *inconstitucional*, por discriminación por razón de sexo, la *excedencia forzosa por razón de matrimonio*.

—STS 11-2-92 (RJ 966) y 30-3-92 (RJ 1.893) y STSJ Valencia 19-1-91 (AS 962): La mujer *excedente por razón de matrimonio* que no reclama su reincorporación a partir de la Constitución ve *prescrito su derecho* en el plazo de 3 años del art. 83 LCT, interpretación que ha sido avalada por STC 59/93 de 15-2 y 70/93 de 1-3.

—STS 27-7-91 (RJ 6.266), 28-10-91 (RJ 7.751), 20-11-91 (RJ 8.254), 15-10-92 (Rec. 1.654/91), 19-10-92 (Recurso de. 2.358/91) y 27-9-93: El período de *excedencia forzosa por razón de matrimonio no* se tiene por *cotizado* al haberse podido seguir cotizando o reingresar al servicio activo.

Sin embargo, la STSJ Madrid 22-1-91 (AS 837) y STSJ Andalucía 12-2-91 (AS 1.110) estiman las demandas por las que se reclama que las entidades empleadoras ingresen las cotizaciones correspondientes al período de excedencia por tal motivo.

—STC 66/93 de 1-3: Debe rechazarse una interpretación formalista en la que se desestime una *demanda formulada por despido* en el caso de negativa de la empresa al reingreso de la *mujer excedente forzosa por matrimonio*, siendo un despido nulo por discriminación.

EXCEDENCIA VOLUNTARIA

—STS 10-6-86 (RJ 3.521), STSJ Murcia 11-191 (AS 632) y STSJ Baleares 18-1-91 (AS 1.009): Para poder pedir el reingreso del excedente voluntario es necesaria la *existencia de vacante*.

Ahora bien, para la STSJ Andalucía 25-1-91 (AS 614), no es oponible al trabajador la amortización unilateral del puesto de trabajo por la empresa sin cumplir las prescripciones legales.

—STS 21-2-92 (RJ 1.047): El *plazo* de prescripción de la acción de reingreso tras la *excedencia voluntaria* se computa desde que el trabajador tuvo conocimiento de la existencia de vacante.

—STS 14-5-93 (La Ley 13.236): La indemnización que corresponda por el retraso imputable al empresario en readmitir al trabajador en excedencia voluntaria incluye los salarios dejados de percibir desde que nace la obligación de readmitir.

La STSJ Madrid 14-5-91 señala que cuando el *empresario niega la readmisión* del trabajador excedente con derecho a ella, la *indemnización debe computarse* generalmente por los salarios dejados de percibir desde que se exigió el cumplimiento de la obligación, por aplicación del art. 1.100 CC sobre las consecuencias de la mora, ya que la negativa suele ser un supuesto de mora, si bien se admite que, cuando se pruebe que hubo dolo o negligencia por el empresario, los salarios deberán abonarse desde que nació la obligación de readmitir.

La STS 17-10-95 confirma el criterio del TSJ de Madrid en el sentido de que la determinación del día inicial para el cómputo de la indemnización ha de atender al día en el que se produjo la primera vacante en la categoría del trabajador excedente constando que con anterioridad el actor había solicitado extrajudicialmente su reingreso. En esta línea, STS 21-1-97 considera que la indemnización por el cumplimiento tardío del empresario de la obligación de readmitir debe computarse no desde que se produce la vacante sino desde el momento posterior en el que se inicia el trámite preceptivo de evitación del proceso (papeleta de conciliación o reclamación previa), siendo esta la solución más ajustada al art. 1.100 CC.

La STS 14-3-95 estima que el factor de determinación de dicha indemnización es la fecha a partir de la cual puede presumirse la existencia, a los efectos del art. 1.106 CC de un lucro cesante o ganancia dejada de obtener a consecuencia del retraso en la reincorporación tras al ejercicio por el trabajador excedente voluntario del derecho de reingreso.

La STS 6-2-91 (RJ 808) estimó la inversión de la carga de la prueba sobre la justificación de daños y perjuicios, cifrándolos en los salarios dejados de percibir.

—STS 2-6-87 (RJ 4.105): Aunque el trabajador tenga derecho a la *excedencia, ha de pedirla* a la empresa y, si no se la concede, a los tribunales, no pudiendo dejar la empresa unilateralmente so pena de estimar su dimisión.

Por ello, la STSJ Valencia 30-10-91 (Recurso de. 2.178/90) estima que no cabe que el trabajador se tome la excedencia voluntaria ante la negativa o incluso el silencio de la empresa y si lo hace se aprecia dimisión voluntaria.

—STS 28-2-89 y 27-9-90 (RJ 7.055): La indemnización por la negativa injustificada del empresario en el caso de excedencia voluntaria *prescribe* desde que existiendo vacante el empresario niega la readmisión.

—STSJ Madrid 4-2-92 (AS 954): La *negativa* expresa o tácita *al reingreso equivale al despido*, debiendo el trabajador accionar dentro del plazo legalmente establecido de caducidad.

—STSJ Madrid 17-3-92 (AS 1.622): «El art. 46.5 del Estatuto de los Trabajadores no concede una derecho específico de reincorporarse en la misma vacante en que el propio trabajador excedente prestar sus servicios, sino sólo un *derecho genérico y preferente a la reincorporación* del trabajador excedente en cualquier plaza de la empresa, siempre que sea de igual o similar categoría a la suya y previa existencia de la vacante, sin que pueda el trabajador excedente seguir esperando, salvo acuerdo en tal sentido con la empresa, la existencia de la plaza que le convenga más, obligando a ésta última a mantener tal derecho expectante, puesto que la condena en este tipo de acciones genera un derecho de reingreso en la primera vacante que precisamente se produzca en la empresa, sin distinción de puesto de trabajo y por tanto de la ubicación del mismo».

—STSJ Madrid 14-191 (AS 769): Aunque normalmente no procederá la excedencia voluntaria en los *contratos temporales* sí cabe en los de obra o servicio determinado, que pueden tener una duración más amplia que los demás, lo que viene a reconocer el art. 7.2 RD 2.104/84 al señalar que la suspensión del contrato (p.e. por excedencia) no amplia el tiempo de duración determinada.

—STSJ Baleares 14-11-91 (Recurso de. 317/91): Es nula la *regulación convencional menos favorable* que la legal, en materia de excedencia para el cuidado de hijos.

Otros supuestos

—STS 27-2-90 y STSJ Extremadura 12-1-93 (La Ley 13.134): El *reingreso tras la incapacidad laboral* transitoria o la invalidez provisional se puede pedir en el plazo de un mes desde la firmeza de la declaración de aptitud para el trabajo.

VACACIONES

—STS 7-10-91 (RJ 7.202), 23-12-91 (Actualidad Jurídica Aranzadi 6-2-92) y 20-5-92 (La Ley 13.462): La *retribución de las vacaciones* ha de comprender todos los conceptos retributivos, en su promedio, pero deben excluirse los conceptos que remuneran actividades extraordinarias, ajenas a las que se desempeñan en la jornada normal de trabajo, como la mayor dedicación.

En particular, las STSJ Valencia 26-1-91 (AS 969) y Murcia 18-12-91 (Rec. 222/91) estiman que la retribución de las vacaciones comprende el *plus de nocturnidad* salvo Convenio en contra.

La STSJ Cantabria 3-1-91 (AS 495) excluye de la retribución por vacaciones el plus de mayor dedicación pero incluye el de *penosidad* y nocturnidad.

—STS 13-2-97 estima improcedente el derecho a la parte proporcional de la retribución de vacaciones al extinguirse el contrato cuando durante un periodo inmediatamente anterior el trabajador había disfrutado de un *permiso no retribuido*.

—STSJ Extremadura 2-1-92 (AS 335): La *retribución* correspondiente a las vacaciones puede ser *mejorada* por Convenio Colectivo de forma más favorable a los trabajadores que la retribución normal o media que reconoce el Convenio 132 de la OIT, con excepción de los conceptos extraordinarios como el exceso de jornada o percepciones extra salariales.

—STS 26-2-87 (RJ 1.125) y 1-10-87 (RJ 6.795): El período de disfrute de las vacaciones *no puede ser decidido unilateralmente por el trabajador* y si así lo hace, ausentándose del trabajo, incurre en causa de despido por falta repetida e injustificada al trabajo.

—STSJ Galicia 1-4-91 (AS 2.379): Ya se fijen las vacaciones por pacto individual o colectivo, «si el consenso falla o fracasa, la desavenencia entre los afectados deberá dirimirse por la jurisdicción competente, sin que *en ningún caso se permita al empresario fijar unilateralmente el calendario* de vacaciones, tanto individual como colectivamente».

—STSJ Madrid 29-11-90 (Rec. 6.961/88 s. 1.ª): No existe derecho adquirido en caso de *cambio de régimen jurídico* sobre el disfrute de las vacaciones.

—STCT 28-6-85 (RTCT 4.303) y 30-10-87 (RTCT 23.572), STSJ Andalucía 19-2-91 (AS 1.112) y STSJ Aragón 17-2-93: No procede *compensar económicamente* las vacaciones si subsiste la relación laboral.

—STSJ Cantabria 20-2-91 (AS 1.195): Con carácter general, el derecho a las vacaciones *caduca anualmente*, como corresponde a su carácter anual, en términos obstativos a su acumulación con las de años subsiguientes, exceptuándose el caso de suspensión de empleo y sueldo luego revocada.

—STSJ Andalucía 19-2-91 (AS 1.112) estima que si lo que se discute es el derecho a disfrutar de vacaciones sí debe admitirse *recurso de suplicación*, que sólo se excluye en los procesos para su fijación.

—STSJ Andalucía 2-1-91 (AS 416), 22-1-91 (AS 473) y 19-2-91 (AS 1.112), con cita de STCT 30-10-87 (RTCT 23.572) y 19-7-88 (RTCT 4.949), niegan el derecho a disfrutar de las vacaciones cuando su período de disfrute ha coincidido con una situación de *incapacidad laboral transitoria*, como supuesto de caso fortuito.

—STSJ Cantabria 18-4-91 (AS 2.552): Durante la tramitación del *proceso por despido* no surge derecho al disfrute de vacaciones, por imposibilidad obvia, lo que obsta a que puede ser abonable una compensación económica de un derecho inexistente, y, sobre todo, que la situación del juicio pendiente por despido en que se obtiene la condena a los salarios de tramitación del procedimiento no es en modo alguno utilizable para pretender derechos superiores a los que hubieran correspondido al trabajador en activo, o, más precisamente, en el caso de no haberse producido la situación que se contempla.

—STCT 28-6-88 (RTCT 4.303) y 30-10-87 (RTCT 23.572); STSJ Andalucía 19-2-91 (AS 1.112) y STSJ Aragón 17-2-93: No procede compensar económicamente las vacaciones si subsiste la relación laboral.

—STSJ Cantabria 20-2-91 (AS 1.195): Con carácter general, el derecho a las vacaciones caduca anualmente, como corresponde a su carácter anual, sin términos obstativos a su acumulación con las de años subsiguientes, exceptuándose el caso de suspensión de empleo y sueldo luego revocada.

—STSJ Andalucía 19-2-91 (AS 1.112) estima que si lo que se discute es el derecho a disfrutar de vacaciones sí debe admitirse recurso de suplicación, que sólo se excluye en los procesos para su fijación.

—STSJ Andalucía 2-1-91 (AS 416), 22-1-91 (AS 473) y 19-2-91 (AS 1.112), con cita de STCT 30-10-87 (RTCT 23.572) y 19-2-88 (RTCT 4.949), niegan el derecho a disfrutar de las vacaciones cuando su período de disfrute ha coincidido con una situación de incapacidad laboral transitoria, como supuesto de caso fortuito.

—STSJ Cantabria 18-4-91 (AS 2.552): Durante la tramitación del proceso por despido no surge derecho al disfrute de vacaciones, por imposibilidad obvia, lo que obsta a que pueda ser abonable una compensación económica de un derecho inexistente; y, sobre todo, que la situación del juicio pendiente por despido en que se obtuvo la condena a los salarios de tramitación del procedimiento no es en modo alguno utilizable para pretender derechos superiores a los que hubieran correspondido al trabajador en activo o, más precisamente, en el caso de no haberse producido la situación que se contempla.